RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak 171/88 *

I — De feiten

1. *Juridisch kader*

Ingevolge paragraaf 1, lid 1, eerste zin, van het Lohnfortzahlungsgesetz (Duitse wet op de doorbetaling van loon bij ziekte; BGBl. I, blz. 946) moet de werkgever de werknemer die na zijn indiensttreding, buiten zijn schuld, ten gevolge van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte verhinderd is zijn arbeid te verrichten, gedurende de arbeidsongeschiktheid tot maximaal zes weken het loon doorbetalen. Overeenkomstig paragraaf 1, lid 3, sub 2, hebben werknemers in een arbeidsverhouding waarbij de normale werktijd niet meer dan tien uur per week of 45 uur per maand bedraagt, bij ziekte geen recht op de in paragraaf 1, lid 1, eerste zin, bedoelde doorbetaling van loon. paragraaf 10, lid 1, bepaalt, dat aan werkgevers die gewoonlijk niet meer dan twintig werknemers tewerkstellen, 80% van het doorbetaalde loon wordt vergoed door de ziektekassen.

Artikel 1 van richtlijn 75/117 van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PB 1975, L 45, blz. 19) luidt:

„Het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, neergelegd in artikel 119 van het Verdrag en hierna te noemen „beginsel van gelijke beloning", houdt in dat voor gelijke arbeid of voor arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend ieder onderscheid naar kunne wordt afgeschaft ten aanzien van alle elementen en voorwaarden van de beloning."

Artikel 3 van de richtlijn bepaalt:

„De Lid-Staten heffen de discriminaties tussen mannen en vrouwen op die voortvloeien uit wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen en die in strijd zijn met het beginsel van gelijke beloning."

2. *De voorgeschiedenis van het hoofdgeding*

Verzoekster is sinds mei 1985 als schoonmaakster in dienst van verweerster, die een schoonmaakbedrijf voor gebouwen heeft. Haar uurloon bedraagt 8,77 DM netto en de normale werktijd tien uur per week. In de periode van 11 tot en met 16 december 1987 was verzoekster arbeidsongeschikt wegens ziekte. Zij stuurde verweerster direct een arbeidsongeschiktheidsverklaring voor

* Procestaal: Duits.

deze periode. Bij schrijven van 16 januari 1988 maakte zij jegens verweerster aanspraak op doorbetaling van loon bij ziekte voor acht uur, neerkomend op een totaalbedrag van 70,16 DM netto. In een korte brief van 19 januari 1988 weigerde verweerster betaling onder verwijzing naar de geringe werktijd van verzoekster, waardoor zij ingevolge paragraaf 1, lid 3, sub 2, van het *Lohnfortzahlungsgesetz* geen recht had op doorbetaling van loon.

In haar op 28 januari 1988 bij het Arbeitsgericht Oldenburg ingekomen beroep vordert verzoekster een bedrag van 70,16 DM netto ter zake van doorbetaling van loon bij ziekte, vermeerderd met 4% rente. Zij ziet in het uitsluiten van personen met geringe werktijd van de verplichte loondoorbetaling een bij artikel 119 EEG-Verdrag verboden discriminatie van de vrouw, daar vrouwen onder de deeltijdwerknemers met geringe werktijd sterk oververtegenwoordigd zijn.

Bij beschikking van 5 mei 1988 heeft het Arbeitsgericht Oldenburg het Hof van Justitie krachtens artikel 177 EEG-Verdrag de navolgende prejudiciële vraag voorgelegd:

„Is het verenigbaar met artikel 119 EEG-Verdrag en met richtlijn 75/117 van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, dat een wettelijke regeling op het beginsel van doorbetaling van loon door de werkgever bij ziekte een uitzondering maakt voor werknemers wier contractueel bepaalde normale werktijd tien uur per week of 45 uur per maand niet te boven gaat, hoewel het percentage vrouwen dat van deze uitzondering de nadelige gevolgen ondervindt, aanmerkelijk groter is dan het percentage mannen ?"

3. *Overwegingen van het nationale gerecht*

Volgens het verwijzende gerecht is er veel te zeggen voor de opvatting, dat er een discriminatie van de vrouw, en wel een indirecte discriminatie, schuilt in de bij wet bepaalde uitzondering van werknemers met geringe werktijd van het recht op doorbetaling van loon bij ziekte. Deeltijdarbeid is namelijk een vorm van deelneming aan het arbeidsproces hoofdzakelijk voor gehuwde vrouwen, die in deze formule een kans zien om beroep en gezin met elkaar te combineren. Er bestaat dus een nauw verband tussen deeltijdarbeid en de taken die traditioneel aan de vrouwelijke kunne worden toegewezen.

Er zijn geen zakelijke gronden te bespeuren die deze discriminatie kunnen rechtvaardigen. Inzonderheid kan het besparen van de aan het doorbetalen van het loon verbonden kosten niet als argument worden gebruikt en kan ook niet worden aangeknoopt bij het criterium van de verplichte verzekering respectievelijk de vrijstelling van sociale verzekering voor werkzaamheden van geringe omvang.

II — Het procesverloop

De verwijzingsbeschikking is op 22 juni 1988 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de Deense regering, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur K. Wermuth en door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door J. Grunwald, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Bij beschikking van 23 november 1988 heeft het Hof de zaak naar de Zesde kamer verwezen.

III — Vragen van het Hof

Het *Hof* heeft de volgende vragen gesteld:

1) De Duitse regering wordt verzocht het Hof de redenen mee te delen, waarom de Duitse federale wetgever de werktijd waarvoor de werkgever in geval van ziekte geen loon behoeft door te betalen, tot tien uur per week of 45 uur per maand heeft beperkt.

2) De Commissie wordt verzocht het Hof voor iedere Lid-Staat — met uitzondering van de Bondsrepubliek Duitsland — het aantal mannelijke en vrouwelijke werknemers mee te delen waarvan de normale werktijd tien uur per week niet te boven gaat (alsmede de procentuele verhouding van dat aantal ten opzichte van het totaal der mannelijke en vrouwelijke werknemers).

De *Commissie* heeft op 5 januari 1989 geantwoord op de vraag van het Hof. Zij heeft het Hof de statistische overzichten 37, 38 en 51 van het *Onderzoek naar de arbeidskrachten* van *Eurostat* uit 1987 overgelegd. Zij stelt vast, dat in zeven Lid-Staten de groep werknemers waarvan de normale wekelijkse werktijd niet meer dan tien uur bedraagt, veel meer vrouwen dan mannen telt:

— 89% vrouwen in de Bondsrepubliek Duitsland,

— 88% vrouwen in Frankrijk,

— 86% vrouwen in Spanje,

— 85% vrouwen in het Verenigd Koninkrijk,

— 83% vrouwen in Nederland,

— 62% vrouwen in Italië.

Hetzelfde geldt voor vier landen waarvoor het cijfermateriaal weinig betrouwbaar is, omdat het relatief geringe aantal mannelijke

werknemers in de onderzochte situatie geen serieuze steekproeven toelaat (Griekenland, Ierland, Luxemburg en Portugal). Alleen in Denemarken liggen de twee percentages duidelijk dichter bij elkaar: daar maken vrouwen 54% van de onderzochte groep uit.

De *Duitse regering* heeft op 9 januari 1989 op de vraag van het Hof geantwoord, dat de werknemers die de litigieuze bepaling op het oog heeft, niet in dezelfde mate in het bedrijf zijn geïntegreerd en van het bedrijf afhankelijk zijn als andere werknemers, en dat daarom in hun geval niet aan de voorwaarden is voldaan voor het opleggen aan de werkgever van een zorgplicht die ook de doorbetaling van het loon omvat. De uitzondering van werknemers met een geringe werktijd van het recht op doorbetaling van loon gold overigens ook onder het vroegere recht.

IV — Bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

1. De Commissie *betoogt* in de eerste plaats, dat het bij ziekte doorbetaalde loon een door de werkgever aan de werknemer betaalde beloning vormt in de zin van artikel 119, tweede alinea, EEG-Verdrag. De betaling heeft plaats „uit hoofde van (de) dienstbetrekking", aangezien het recht op doorbetaling en de hoogte van het door te betalen bedrag afhankelijk zijn van de inhoud van het arbeidscontract. In tegenstelling tot de wettelijke regelingen inzake het ouderdomspensioen, waarvan de doelstellingen buiten de arbeidsrelatie liggen, betreft de omstreden nationale regeling de organisatie van de arbeidsverhouding zelf en knoopt zij aan die verhouding rechten en verplichtingen vast voor de contracterende partijen. Het Hof heeft overigens herhaaldelijk verklaard, dat artikel 119 EEG-Verdrag ook voor de overheidsdienst geldt (arresten van 8 april 1976, zaak 43/75, Defrenne II, Jurispr. 1976, blz. 455; 9 juni 1982, zaak 58/81, Commissie/ Luxemburg, Jurispr. 1982, blz. 2175; en 21 mei 1985, zaak 248/83, Commissie/ Duitsland, Jurispr. 1985, blz. 1459), waarbij moet worden opgemerkt, dat in het ambtenarenrecht de arbeidsverhouding zelfs integraal bij wet kan zijn geregeld.

In de tweede plaats kan er volgens de Commissie in casu slechts van indirecte discriminatie van vrouwelijke werknemers sprake zijn, daar de betrokken uitzondering evenzeer op mannelijke als op vrouwelijke werknemers van toepassing is. Aan de hand van het in het Eurostat — Onderzoek naar de arbeidskrachten, resultaten van 1986, gepubliceerde cijfermateriaal komt zij tot de conclusie, dat de groep werknemers waarvan de normale werktijd tien uur per week niet te boven gaat, bijna uitsluitend uit vrouwen bestaat.

Die ongelijke behandeling van mannen en vrouwen berust niet op objectief gerechtvaardigde factoren die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht. Het valt immers niet in te zien, waarom het economisch gerechtvaardigd en sociaal noodzakelijk zou zijn voltijdwerknemers gedurende zes weken hun loon door te betalen, maar die doorbetaling uitgerekend aan de sociaal zwakkere deeltijdwerknemer te weigeren. Op die manier houdt de sociale bescherming precies daar op, waar zij in de praktijk het hardste nodig is. Het argument dat de verplichting van de werkgever tot doorbetaling van het loon bij ziekte een uitvloeisel is van diens zorgplicht, die voor werknemers met een geringe werktijd echter geen bestaansreden zou hebben, overtuigt evenmin. Bij de beslissing om de werkgever

een zorgplicht op te leggen heeft de wetgever immers niet enkel rekening te houden met diens bereidheid ter zake, doch ook met de behoeften van de werknemer.

Ten slotte meent de Commissie, dat de prejudiciële vraag kan worden beantwoord aan de hand van artikel 119 EEG-Verdrag, waardoor een uitlegging van richtlijn 75/177 van de Raad van 10 februari 1975 overbodig wordt. Zij geeft het Hof derhalve in overweging, de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Een wettelijke regeling die de werkgever verplicht bij ziekte van een werknemer diens loon door te betalen, doch die hiervan de werknemers uitzondert wier normale werktijd tien uur per week of 45 uur per maand niet te boven gaat, is onverenigbaar met artikel 119 EEG-Verdrag, wanneer die uitzondering een veel groter aantal vrouwen dan mannen treft."

2. De *Deense regering* benadrukt van haar kant, dat voor het antwoord op de vraag of een maatregel indirect discrimineert, bepalend is, of een van beide kunnen in de betrokken groep aanzienlijk is oververtegenwoordigd. Vereist is daarenboven, dat dit voor nagenoeg alle bedrijfstakken het geval is en dat de discriminatie jarenlang in ongeveer dezelfde omvang voortduurt. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid is het onaanvaardbaar, dat een duidelijke, algemene, wettelijke beperking van een arbeids- en sociaalrechtelijke maatregel onwettig wordt geacht voor de ene, doch niet voor de andere bedrijfstak. Even onhoudbaar ware het, dat een dergelijke maatregel het ene jaar onwettig zou zijn en het volgende weer niet. Dit laatste kan worden geïllustreerd door de Deense situatie: in 1985 bedroeg het aandeel van de vrouwelijke werknemers die minder dan tien uur per week werkten 5% en dat van de mannelijke werknemers 2,8%; in 1986 was het verschil geslonken tot 4% vrouwen tegenover 3% mannen.

De Deense regering geeft het Hof derhalve in overweging, de prejudiciële vraag bevestigend te beantwoorden.

T. F. O'Higgins
rechter-rapporteur