

# HØJESTERETS DOM

## afsagt torsdag den 6. december 2012

**Sag 7/2011**

(1. afdeling)

HK Danmark som mandatar for A

(advokat Peter Breum)

mod

DI som mandatar for BASF A/S

(advokat Morten Eisensee)

I tidligere instans er afsagt dom af SØ- og Handelsretten den 17. december 2010.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Børge Dahl, Poul Søggaard, Marianne Højgaard Pedersen, Hanne Schmidt og Oliver Talevski.

### **Påstande**

Appellanten, HK Danmark som mandatar for A, har gentaget sin påstand.

Indstævnte, DI som mandatar for BASF A/S, har påstået stadfæstelse.

### **Supplerende sagsfremstilling**

Det hedder i BASF's regler om arbejdstid bl.a.:

”Arbejdstid

...

Generelt for funktionærer/flextid

Afhængig af forholdene i afdelingerne gives der mulighed for at have fleksibel arbejdstid. Det er dog en forudsætning, at afdelingerne er bemandede og kan fungere inden for den normale arbejdstid.

Fix/fleks

Medmindre andet er aftalt, forventes alle funktionærer at være på arbejde i tidsrummet 09.00 – 15.00 (fredag dog 09.00 – 14.00).

Tidsrummet kl. 06.00 – 09.00 og 15.00 – 18.00 er flextid (fredag 14.00 – 18.00). Dette forudsætter dog, at det i afdelingerne sikres, at arbejdet stadig udføres uden forsinkelser eller udvidelser af nogen art.

...

#### Overskud/underskud

Der kan kun overføres +30/-10 timer hver måned. Timer ud over +30 vil automatisk blive strøget. Hvis saldoen bliver mindre end -10 timer, konverteres timerne til ferie/feriefridage, evt. efter aftale trækkes i gagen.

#### Afvikling af flexdage

Flexoverskud kan kun afspadseres efter aftale med nærmeste foresatte. ...”

Det fremgår af HK's opgørelse over udbetalte timer på flexkontoen, at der er udbetalt vederlag for overskydende timer ved udgangen af 16 måneder i perioden januar 2003 – november 2007, og at antallet af overskydende timer, som A fik vederlag for, udgjorde mellem 15 og 50 timer.

### **Retsgrundlaget**

#### *Deltidsloven mv.*

I deltidslovens § 1, stk. 1, hedder det:

”§ 1. For lønmodtagere, der ikke i medfør af kollektiv overenskomst er sikret de rettigheder, der som minimum svarer til bestemmelserne i direktiv 97/81/EF af 15. december 1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, der er indgået af Unice, CEEP og EFS, finder bestemmelserne i § 1, stk. 2, §§ 2-5, § 8, stk. 2, og § 9 i aftale af 9. januar 2001 om implementering af direktivet om deltidsarbejde, der er indgået mellem Landsorganisationen i Danmark og Dansk Arbejdsgiverforening, anvendelse, jf. dog § 2.”

Den nævnte aftale mellem LO og DA er optrykt som bilag A til loven. Det fremgår af aftalens §§ 2-4:

#### *”§ 2. Aftalens formål*

Aftalens formål er

a. at skabe grundlag for fjernelse af forskelsbehandling og en forbedring af kvaliteten af deltidsarbejde,

b. at lette udviklingen af deltidsarbejde på frivillig basis og bidrage til en fleksibel tilrettelæggelse af arbejdstiden på en måde, der tager hensyn til behovene hos arbejdsgivere og arbejdstagere.

### *§ 3. Definitioner*

I denne aftale forstås ved

1. "deltidsansat" en ansat, hvis normale arbejdstid beregnet på en ugentlig basis eller i gennemsnit over en ansættelsesperiode på op til et år er lavere end den normale arbejdstid for en sammenlignelig fuldtidsansat,
2. "en sammenlignelig fuldtidsansat" en fuldtidsansat i samme virksomhed, der har samme type ansættelseskontrakt eller ansættelsesforhold, og som er involveret i samme eller tilsvarende arbejde/beskæftigelse. Der tages ved sammenligningen hensyn til andre forhold, der kan omfatte anciennitet, kvalifikationer/færdigheder.

Hvor der ikke findes nogen sammenlignelig fuldtidsansat i samme virksomhed, skal sammenligningen ske ved henvisning til den kollektive aftale, der finder anvendelse, eller hvis en sådan ikke foreligger i overensstemmelse med national lovgivning, kollektive aftaler eller praksis.

### *§ 4. Princippet om ikke forskelsbehandling*

Hvad angår ansættelsesvilkår, må deltidsansatte ikke behandles på en mindre gunstig måde end sammenlignelige fuldtidsansatte, udelukkende fordi de arbejder på deltid, medmindre forskelsbehandlingen er begrundet i objektive forhold.

Princippet om forholdsmæssig aflønning og forholdsmæssige rettigheder, jf. princippet om pro rata temporis, anvendes i forhold til de rettigheder, som følger af kollektive overenskomster.

Når det er hensigtsmæssigt og berettiget af objektive grunde, kan overenskomstparterne gøre adgangen til særlige ansættelsesvilkår afhængig af betingelser som anciennitet, arbejdstid og indtjening.

Betingelser i relation til deltidsansattes adgang til særlige ansættelsesvilkår skal under hensyntagen til princippet om ikkeforskelsbehandling som anført i stk. 1 tages op til overvejelse med jævne mellemrum."

I deltidsløvens § 3 hedder det:

"§ 3. I de tilfælde, hvor der ikke findes nogen sammenlignelig fuldtidsansat i samme virksomhed, og hvor der ikke foreligger en kollektiv overenskomst, der finder anvendelse, eller som i øvrigt regulerer spørgsmålet, anvendes til sammenligning de kollektive overenskomster, som sædvanligvis er gældende inden for vedkommende eller tilsvarende faglige område.

*Stk. 2.* Hvor det er hensigtsmæssigt, anvendes princippet om forholdsmæssig aflønning og forholdsmæssige rettigheder for en deltidsansat, der ikke er omfattet af en kollektiv overenskomst.”

I deltidslovens § 4, stk. 3, hedder det:

”En lønmodtager, hvis sag i medfør af stk. 1 ikke afgøres efter fagretlige regler, og hvis løn i strid med loven er lavere end en sammenlignelig fuldtidsansat, har krav på forskellen.”

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen, at der med udtrykket ”løn” menes alle løndelev, herunder pensionsbidrag, jf. lovforslag L 214, Folketingstidende 2000-2001, tillæg A, s. 6783.

#### *Den EU-retlige regulering*

Ved deltidsloven gennemførtes Rådets direktiv 97/81/EF af 15. december 1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, der er indgået mellem en række europæiske arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer som nævnt i deltidslovens § 1, stk. 1.

Rammeaftalen indeholder i § 1, § 3 og § 4 regler svarende til dem, der i §§ 2-4 er fastsat i den ovennævnte aftale mellem LO og DA.

EU-Domstolen har i en række sager taget stilling til spørgsmålet om forskelsbehandling mellem deltidsansatte og fuldtidsansatte.

Vedrørende EØF-traktatens artikel 119 om ligeløn til mænd og kvinder har EU-Domstolen i en dom af 15. december 1994 i de forenede sager C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 og C-78/93, Stadt Lengerich mod Angelika Helmig m.fl., udtalt bl.a. følgende om overtidstillæg til deltidsansatte:

”16 De forelæggende retter ønsker for det første at få oplyst, om bestemmelser i kollektive overenskomster, hvorefter der kun betales overtidstillæg for overarbejde ud over normal arbejdstid, således som denne er fastsat i overenskomsterne (svarende til arbejdstiden for fuldtidsansatte), og hvorefter der ikke betales overtidstillæg for deltidsansattes arbejde ud over deres individuelle arbejdstid, når overarbejdet ikke overstiger den grænse, der er fastsat i overenskomsterne, er i overensstemmelse med traktatens artikel 119 og direktivet.

...

- 26 Der må antages at være tale om forskelsbehandling, når der for det samme antal timer, der præsteres som led i et ansættelsesforhold, samlet udbetales en højere løn til fuldtidsansatte end til deltidsansatte.
- 27 I det foreliggende tilfælde modtager de deltidsansatte arbejdstagere i forhold til den effektive arbejdstid den samme samlede løn som de fuldtidsansatte.
- 28 En deltidsansat arbejdstager, som i henhold til sin ansættelseskontrakt har en arbejdstid på 18 timer, modtager, når vedkommende arbejder 19 timer, den samme samlede løn, som en fuldtidsansat oppebærer for 19 timers arbejde.
- 29 Den deltidsansatte arbejdstager oppebærer ligeledes den samme samlede løn som den fuldtidsansatte arbejdstager, når han overskrider den normale arbejdstid, således som denne er fastsat i de kollektive overenskomster, idet vedkommende i så fald også får udbetalt overtidstillæg.
- 30 Det må derfor fastslås, at de omhandlede bestemmelser ikke indebærer, at fuldtidsansatte og deltidsansatte behandles forskelligt, og der kan således ikke være tale om forskelsbehandling i strid med traktatens artikel 119 og direktivets artikel 1.”

Ligeledes vedrørende spørgsmålet om ligeløn mellem mænd og kvinder (artikel 141 EF) har EU-Domstolen i en dom af 6. december 2007 i sag C-300/06, Ursula Voss mod bl.a. Land Berlin, udtalt bl.a.:

- ”34 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen i hovedsagen, at Ursula Voß, som arbejder på deltid, modtager en godtgørelse, som i forhold til den effektive arbejdstid er lavere end den godtgørelse, en fuldtidsansat lærer modtager, for så vidt angår de undervisningstimer, hun har ydet ud over den individuelle arbejdstid og op til den normale arbejdstid for fuldtidsarbejde.
- 35 En deltidsansat lærer, hvis ugentlige individuelle arbejdstid er fastsat til 23 undervisningstimer, og som yder 3,5 undervisningstimer ud over den kontraktlige individuelle arbejdstid, får således en lavere godtgørelse end den, en fuldtidsansat lærer får for at yde 26,5 undervisningstimer.
- 36 En gennemgang af lønnens bestanddele viser, at dette resultat følger af den omstændighed, at overarbejdstimer, som aflønnes dårligere end de såkaldte »almindelige« undervisningstimer, defineres som timer, der ydes ud over normal arbejdstid, således som denne er fastsat ved lærerens individuelle arbejdstid, der naturligvis afhænger af, om arbejdstageren arbejder på fuld tid eller deltid. Heraf følger, at den lave lønsats for overarbejdstimer kun anvendes, hvad angår fuldtidsansatte lærere, ud over 26,5 undervisningstimer pr. uge, hvorimod satsen, hvad angår deltidsansatte, anvendes, når disse overskrider deres individuelle arbejdstid,

som pr. definition er lavere end 26,5 undervisningstimer. Hvad angår Ursula Voß' situation er den lave lønsats anvendt på de arbejdstimer, der ligger ud over 23 undervisningstimer om ugen.

- 37 Det skal derfor fastslås, at de i hovedsagen omhandlede nationale bestemmelser, hvorefter godtgørelse for overarbejde, som deltidsansatte tjenestemænd yder ud over deres individuelle arbejdstid og op til den normale arbejdstid for fuldtidsarbejde, er lavere end den løn, som fuldtidsansatte tjenestemænd modtager, indebærer en forskelsbehandling mellem disse to kategorier af tjenestemænd til skade for de deltidsansatte tjenestemænd.”

Vedrørende rammeaftalen om deltidsarbejde har EU-Domstolen i en dom af 10. juni 2010 i de forenede sager C-395/08 og C-396/08, *Institutio nazionelle della previdenza sociale (INPS) mod Tizianna Bruno m.fl.*, udtalt sig om et tilfælde, hvor deltidsansatte kun optjente anciennitet ud fra de perioder, hvor der rent faktisk var udført arbejde under hensyntagen til den nedsatte arbejdstid. Domstolen udtalte bl.a.:

- ”58 Forbuddet mod forskelsbehandling i den nævnte bestemmelse er blot det konkrete udtryk for det almindelige lighedsprincip, som er et af EU-rettens grundlæggende principper (jf. dom af 12.10.2004, sag C-313/02, *Wippel*, Sml. I, s. 9483, præmis 54 og 56).
- ...
- 62 Ved fastsættelsen af skæringsdatoen for opnåelse af retten til pension opnår en fuldtidsansat således et års anciennitet efter tolv på hinanden følgende måneders beskæftigelse. En arbejdstager i en sammenlignelig situation, som i henhold til ordningen om vertikalt periodisk deltidsarbejde har valgt at få sin arbejdstid nedsat med 25%, vil derimod kun opnå en anciennitet for samme periode, der svarer til 75% af den pågældendes fuldtidsansatte kollegas anciennitet, og dette alene fordi vedkommende er deltidsansat. Heraf følger, at selv om deres arbejdskontrakter i grunden har samme varighed, går der længere tid, inden en deltidsansat opnår den anciennitet, der er krævet for at opnå alderspension, i forhold til en fuldtidsansat. Der er således tale om forskelsbehandling, udelukkende fordi der arbejdes på deltid.
- 63 Såvel INPS som den italienske regering har i det væsentlige gjort gældende, at denne forskel ikke udgør forskelsbehandling, for så vidt som fuldtidsansatte og vertikalt periodisk deltidsansatte ikke befinder sig i sammenlignelige situationer
- ...
- 64 Det skal imidlertid bemærkes, at princippet om ikke-forskelsbehandling af fuldtids- og deltidsarbejdstagere finder anvendelse på arbejdsvilkårene, der omfatter løn, og som er et begreb, der, således som det er anført i denne doms præmis 42-46, ligeledes omfatter pensioner bortset fra dem, der er omfattet af den sociale sikringsordning. Deltidsansattes løn skal dermed svare til en fuldtidsansats løn, med

forbehold af anvendelsen af princippet om pro rata temporis i rammeaftalens § 4, stk. 2.

- 65 I henhold til princippet om pro rata temporis afhænger beregningen af pensionens størrelse således direkte af, hvor meget arbejde arbejdstageren har udført, og de tilsvarende bidrag. I denne forbindelse bemærkes, at Domstolen allerede har fastslået, at EU-retten ikke er til hinder for, at en alderspension ved deltidsarbejde beregnes efter en pro rata temporis-regel. En hensyntagen til, hvor lang tid en deltidsansat faktisk har arbejdet i løbet af sin karriere sammenlignet med den tid, hvori en arbejdstager, der i hele sin karriere har arbejdet på fuld tid, har arbejdet, udgør et objektive kriterium, der kan begrunde en forholdsmæssig nedsættelse af pensionen (jf. i denne retning dommen i sagen Schönheit og Becker, præmis 90 og 91, og i sagen Gómez-Limón Sánchez-Camacho, præmis 59).
- 66 Princippet om pro rata temporis finder derimod ikke anvendelse ved fastlæggelsen af tidspunktet for opnåelse af retten til pension, da dette udelukkende afhænger af arbejdstagerens anciennitet. Ancienniteten svarer nemlig til, hvor lang tid arbejdsforholdet reelt har varet, og ikke til, hvor meget arbejde der er udført i denne periode. Princippet om ikke-forskelsbehandling mellem deltids- og fuldtidsansatte indebærer dermed, at den anciennitet, der tages i betragtning ved fastlæggelsen af tidspunktet for opnåelse af retten til pension, for en deltidsansat beregnes, som om han havde arbejdet fuldtid, idet de perioder, hvor den pågældende ikke har arbejdet, medregnes fuldt ud.
- ...
- 75 Det følger af ovenstående, at det første spørgsmål skal besvares med, at rammeaftalens § 4 hvad angår alderspension skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning, der for vertikalt periodisk deltidsansatte udelukker de perioder, hvor der ikke er udført noget arbejde, fra beregningen af den anciennitet, der kræves for at opnå ret til en sådan pension, medmindre forskelsbehandlingen er begrundet i objektive forhold.”

Ligeledes om rammeaftalen om deltidsarbejde har EU-Domstolen i en dom af 1. marts 2012 i sag C-393/10, Dermot Patrick O’Brien mod Ministry of Justice, udtalt sig om pension til deltidsdommere, der var lønnet ved daglige honorarer, og som samtidig arbejdede som advokater. Domstolen udtalte bl.a.:

- ”60 Det skal således undersøges, om afvisningen af at tildele pension til deltidsdommere, som aflønnes på grundlag af daglige honorarer, indebærer, at de behandles mindre gunstigt end fuldtidsansatte, som befinder sig i en sammenlignelig situation.
- 61 § 3 i rammeaftalen om deltidsarbejde indeholder kriterier for definitionen af, om der er tale om en ”en sammenlignelig fuldtidsansat”. Denne defineres i § 3, nr. 2), første afsnit, som en ”fuldtidsansat i samme virksomhed, der har samme type ansættelseskontrakt eller ansættelsesforhold, og som er involveret i samme eller tilsvarende arbejde/beskæftigelse, idet der tages hensyn til andre forhold, der kan

omfatte anciennitet, kvalifikationer/færdigheder”. Det bemærkes, at disse kriterier er baseret på indholdet af de omhandlede personers virksomhed.

- 62 Det kan således ikke gøres gældende, at fuldtidsdommere og recorders ikke befinder sig i en sammenlignelig situation som følge af deres karrierers forskellighed, eftersom recorders altid har muligheden for at udøve advokathvervet. Det er i højere grad af betydning, at de i det væsentlige udøver samme virksomhed. De berørte parter, herunder Det Forenede Kongeriges regering, har i denne henseende under retsmødet anført, at recorders og fuldtidsdommere udfører de samme opgaver. Det er således blevet præciseret, at deres arbejde er identisk, og at det udføres ved samme domstole og for samme personkreds.
- 63 Ifølge § 4 i rammeaftalen om deltidsansatte og princippet om forbud mod forskelsbehandling kan forskelsbehandling af en deltidsansat i forhold til en sammenlignelig fuldtidsansat alene finde sted, hvis det er begrundet i objektive forhold.
- 64 Begrebet ”objektive forhold” i den forstand, hvori det er anvendt i § 4, stk. 1, i rammeaftalen om deltidsarbejde, skal imidlertid forstås således, at en forskelsbehandling mellem deltidsansatte og fuldtidsansatte ikke tillades ved den omstændighed, at denne forskelsbehandling er fastsat ved en generel og abstrakt retsforordning. Det nævnte begreb kræver derimod, at den omhandlede ulige behandling opfylder et reelt behov, er egnet til at nå det forfulgte formål og er nødvendig herfor [jf. analogt om § 5, stk. 1, litra a), i rammeaftalen om tidsbegrænset ansættelse Del Cerro Alonso-dommen, præmis 57 og 58].
- 65 Da der ikke under sagen for Domstolen er blevet fremført nogen begrundelse, påhviler det den forelæggende ret at undersøge, om den ulige behandling af fuldtidsdommere og deltidsdommere, som aflønnes på grundlag af daglige honorarer, kan begrundes.
- 66 Det bemærkes, at budgetmæssige betragtninger ikke kan begrunde en forskelsbehandling (jf. i denne retning dom af 23.10.2003, forenede sager C-4/02 og C-5/02, Schönheit og Becker, Sml. I, s. 12575, præmis 85, og af 22.4.2010, sag C-486/08, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, Sml. I, s. 3527, præmis 46).”

### **Højesterets begrundelse og resultat**

Spørgsmålet under sagen er, om der er sket forskelsbehandling i strid med deltidsloven af A, der var ansat hos BASF A/S med en fast ugentlig arbejdstid på 30 timer.

A var ikke omfattet af en kollektiv overenskomst, som sikrede hende rettigheder, der som minimum svarer til bestemmelserne i direktiv 97/81/EF af 15. december 1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, der er indgået mellem en række europæiske arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer. Hun var derfor beskyttet mod forskelsbehandling i henhold til be-



stemmelserne i aftalen af 9. januar 2001 om implementering af direktivet om deltidsarbejde, der er indgået mellem Landsorganisationen i Danmark (LO) og Dansk Arbejdsgiverforening (DA), jf. deltidslovens § 1, stk. 1.

Det fremgår af denne aftales § 4, stk. 1, at deltidsansatte for så vidt angår ansættelsesvilkår ikke må behandles på en mindre gunstig måde end sammenlignelige fuldtidsansatte, udelukkende fordi de arbejder på deltid, medmindre forskelsbehandlingen er begrundet i objektive forhold. Ved en sammenlignelig fuldtidsansat forstås efter aftalens § 3, stk. 1, nr. 2, en fuldtidsansat i samme virksomhed, der har samme type ansættelseskontrakt eller ansættelsesforhold, og som er involveret i samme eller tilsvarende arbejde/beskæftigelse. Der tages ved sammenligningen hensyn til andre forhold, der kan omfatte anciennitet og kvalifikationer/færdigheder.

Deltidsloven og aftalen mellem LO og DA har til formål at gennemføre direktivet om rammeaftalen om deltidsarbejde. Denne rammeaftale indeholder i § 4, stk. 1, en bestemmelse om forbud mod forskelsbehandling af deltidsansatte i forhold til fuldtidsansatte, der svarer til § 4, stk. 1, i aftalen mellem LO og DA. Forbuddet mod forskelsbehandling i rammeaftalens § 4, stk. 1, er efter EU-Domstolens praksis "blot det konkrete udtryk for det almindelige lighedsprincip, som er et af EU-rettens grundlæggende principper", jf. f.eks. præmis 58 i EU-Domstolens dom af 10. juni 2010 i de forenede sager C-395/08 og C-396/08.

Fire dommere – Børge Dahl, Poul Søgaard, Marianne Højgaard Pedersen og Hanne Schmidt – udtaler herefter:

Som øvrige ansatte i BASF var A omfattet af en pensionsordning, hvorefter virksomheden til pensionsselskabet skulle indbetale et pensionsbidrag svarende til 15% af den ansattes pensionsgivende løn, hvilket i pensionsvilkårene var begrænset til den faste løn; efter pensionsordningen betalte virksomheden 2/3 af pensionsbidraget, mens de ansatte bidrog med 1/3 ved et fradrag på 5% i den faste løn. I overensstemmelse hermed indbetalte BASF pensionsbidrag af As faste løn for 30 timers arbejde om ugen, og BASF indbetalte for fuldtidsansattes vedkommende pensionsbidrag af deres faste løn for 37 timers arbejde om ugen. Denne ordning er i overensstemmelse med princippet om forholdsmæssig aflønning og forholdsmæssige rettig-

heder, jf. § 4, stk. 2, i aftalen mellem LO og DA, og udgør således ikke forskelsbehandling i strid med aftalens § 4, stk. 1.

Som øvrige ansatte hos BASF var A endvidere omfattet af en flexordning, som giver den enkelte ansatte frihed til inden for angivne rammer selv at tilrettelægge arbejdstiden. Flexordningens vilkår var de samme for alle ansatte uanset arbejdstid. Hvis den enkelte ansatte tilrettelagde arbejdstiden på en sådan måde, at der blev arbejdet flere timer, end vedkommende var ansat til, ville et månedligt overskud ud over 30 timer automatisk blive slettet, mens op til 30 timer ville kunne overføres til næste måned og afspadseres. Den enkelte medarbejder havde således ikke krav på løn for overskydende timer. Der blev imidlertid i en række tilfælde indgået konkrete aftaler, herunder også med A, hvorefter en medarbejder i stedet for bortfald eller afspadsning af optjente timer på flexkontoen modtog et vederlag for disse timer. De konkrete aftaler om sådan vederlæggelse for overskydende flextimer, som BASF og de enkelte medarbejdere indgik i en række tilfælde, var fælles for såvel fuldtidsansatte som deltidsansatte, idet vederlæggelsen svarede til vedkommendes normale timeløn. Flexordningen og de konkrete aftaler om vederlæggelse af overskydende flextimer i stedet for afspadsning indebar således ikke i sig selv nogen forskelsbehandling til skade for deltidsansatte.

Det er imidlertid HK's opfattelse, at der er sket forskelsbehandling derved, at der ikke til A som deltidsansat blev indbetalt pensionsbidrag af den konkret aftalte vederlæggelse for overskydende timer efter flexordningen, i det omfang vederlæggelsen angik arbejde udført i intervallet mellem 30 og 37 timer om ugen, eftersom de fuldtidsansatte i overensstemmelse med pensionsordningens anknævnelse til den faste løn fik pensionsbidrag af lønnen ved arbejde i dette interval.

Efter vores opfattelse skal der imidlertid ved bedømmelsen af, om deltidsansatte ved de konkrete aftaler om vederlæggelse for overskydende flextimer, der ellers ville være bortfaldet eller skulle have været afspadsret, stilles ringere end fuldtidsansatte, ikke ske sammenligning med fuldtidsansatte, der udfører ordinært arbejde i intervallet deltid til fuldtid. Der foreligger nemlig, når en ansat opnår vederlag i stedet for tvunget bortfald eller tvungen afspadsning af flextimer, som den ansatte har udnyttet sin arbejdstilrettelæggelsesfrihed til at optjene, en ganske særegen arbejdssituation, som er uafhængig af den ordinære arbejdstid. Det strider derfor ikke mod deltidslovens forbud mod forskelsbehandling af deltidsansatte, at sådanne

timer blev honoreret med den ansattes normale timeløn (uden pensionsbidrag), hvad enten vedkommende var ansat på deltid eller fuld tid.

Vi stemmer herefter for at stadfæste dommen.

Dommer Oliver Talevski udtaler:

De konkrete aftaler om vederlæggelse af overskydende timer på flexkontoen indebar, at A – i det omfang hun blev vederlagt for overskydende timer vedrørende arbejde udført i intervallet mellem 30 og 37 timer om ugen – blev økonomisk dårligere stillet end en fuldtidsansat, idet BASF indbetalte pensionsbidrag for en fuldtidsansat, der udførte arbejde i dette interval. Følgen var, at hendes samlede løn var mindre end den samlede løn, som en fuldtidsansat modtog, selv om de havde arbejdet samme antal timer.

Ved bedømmelsen af, om denne forskel i vederlæggelsen udgør forskelsbehandling i deltidslovens forstand, må der ses på, om hun som deltidsansat befandt sig i en situation, som er sammenlignelig med en fuldtidsansats situation, jf. § 3, stk. 1, nr. 2, i aftalen mellem LO og DA. Som sagen er forelagt, lægger jeg herved til grund, at der hos BASF var fuldtidsansatte, som var involveret i samme eller tilsvarende arbejde som As arbejde.

Efter den praksis fra EU-Domstolen, som er gennemgået ovenfor under afsnittet ”Retsgrundlaget”, har det efter min opfattelse ikke betydning for vurderingen af, om en deltidsansat og en fuldtidsansat er i en sammenlignelig situation, at den deltidsansattes arbejde udføres som ”overarbejde” eller ”merarbejde”, eller om der er tale om ”ordinær” arbejdstid for den ene og ”ekstraordinær” arbejdstid for den anden. Sondringen mellem ”overarbejde” og ”merarbejde” kan i øvrigt være vanskelig at anvende under en flexordning som den foreliggende, jf. herved Bs forklaring, hvorefter overarbejde typisk ligger om aftenen efter kl. 18 eller i weekenderne.

Ved bedømmelsen af, om A befandt sig i en sammenlignelig situation, tillægger jeg det efter EU-Domstolens praksis afgørende betydning, at hendes ansættelsesforhold alene adskilte sig fra den fuldtidsansattes ansættelsesforhold ved, at hendes normale arbejdstid var lavere, og at arbejdet i intervallet mellem 30 og 37 timer om ugen – i lighed med arbejdet uden for dette interval – var identisk, hvad enten arbejdet blev udført af en fuldtidsansat eller en deltidsansat.

Jeg mener derfor, at hun og en fuldtidsansat var i en sammenlignelig situation som nævnt i § 3, stk. 1, nr. 2, i aftalen mellem LO og DA.

Jeg finder herefter, at A – i det omfang hun udførte arbejde i det nævnte interval – med hensyn til sine ansættelsesvilkår blev behandlet på en mindre gunstig måde end en sammenlignelig fuldtidsansat, udelukkende fordi hun var på deltid, jf. § 4, stk. 1, i aftalen mellem LO og DA.

Det kan efter min opfattelse ikke føre til en anden vurdering, at BASF efter flexordningen ikke var forpligtet til at vederlægge arbejde i dette interval. En afspadsringstime efter flexordningen skulle træde i stedet for en arbejdstime inden for normal arbejdstid – en sådan arbejdstime skulle i givet fald vederlægges med sædvanlig løn og pensionsbidrag. Hertil kommer, at BASF under alle omstændigheder var omfattet af forbuddet mod forskelsbehandling, når BASF indgik aftale med den deltidsansatte medarbejder om at vederlægge overskydende timer. Dette gælder også i tilfælde, hvor der var flere overskydende timer på flexkontoen end de 30 timer, som medarbejderne efter flexordningen havde krav på at overføre til den efterfølgende måned. Jeg lægger her vægt på, at det efter Bs forklaring ikke var besværligt for medarbejderne at opnå en aftale med BASF om vederlæggelse for overskydende timer, og at der derfor hos medarbejderne var skabt en forventning om, at overskydende timer ville blive honoreret, således at de ikke behøvede at begrænse deres arbejdstid til maksimalt 30 overskydende timer pr. måned.

Det kan heller ikke føre til en anden vurdering, at forskelsbehandlingen opstod ved et samspil mellem pensionsordningen, hvorefter der alene blev indbetalt pensionsbidrag af ”fast løn”, og de konkrete aftaler om vederlæggelse af overskydende timer på flexkontoen. Det bemærkes herved, at det var BASF, som havde begrænset pensionsordningen til kun at omfatte ”fast løn”, og at det var BASF, som havde bestemt, at der kunne indgås aftale om vederlæggelse af overskydende timer på flexkontoen, men uden indbetaling af pensionsbidrag.

Det fremgår af § 4, stk. 1, sidste led, i aftalen mellem LO og DA, at forbuddet mod forskelsbehandling ikke er overtrådt, hvis forskelsbehandlingen er begrundet i objektive forhold. En forskelsbehandling er begrundet i objektive forhold, hvis den er i overensstemmelse med princippet om ”pro rata temporis”, jf. bl.a. præmis 64-65 i den ovennævnte dom af 10. juni 2010 i

de forenede sager C-395/08 og C-396/08. Det samme gælder, hvis forskelsbehandlingen opfylder et reelt behov hos virksomheden, er egnet til at nå det forfulgte formål og er nødvendig herfor, jf. f.eks. præmis 64 i dom af 1. marts 2012 i sag C-393/10. Budgetmæssige betragtninger kan dog ikke begrunde forskelsbehandling, jf. den nævnte doms præmis 66.

BASF er ikke fremkommet med noget, som efter min opfattelse indebærer, at den nævnte forskelsbehandling kan anses for begrundet i objektive forhold. Det bemærkes særligt herved, at forskellen i vederlæggelsen ikke er i overensstemmelse med princippet om ”pro rata temporis”, da en fuldtidsansat og en deltidsansat, der udførte arbejde i det nævnte interval, ikke blev vederlagt med samme beløb. Forskelsbehandlingen må derfor efter min mening anses for at være i strid med deltidsloven.

Der er fremlagt en opgørelse over overskydende timer på flexkontoen, som A i perioden fra 2003-2007 fik vederlag for, uden at BASF indbetalte pensionsbidrag. Antallet af overskydende timer i denne opgørelse (mellem 15 og 50 pr. måned) udelukker ikke i sig selv, at vederlæggelsen angik arbejde i den enkelte uge i intervallet mellem den 30. og den 37. arbejdstime. Herefter og i mangel af andre oplysninger herom lægger jeg til grund, at de overskydende timer, som A blev vederlagt for, angik arbejde i dette interval. Vederlæggelsen var efter det, som er anført ovenfor, i strid med deltidsloven.

Det fremgår af deltidslovens § 4, stk. 3, at en deltidsansat, hvis løn i strid med loven er lavere end en sammenlignelig fuldtidsansat, har krav på forskellen. Bestemmelsen omfatter også pensionsbidrag. A har fået udbetalt løn uden fradrag af egen andel af pensionsbidraget. Jeg finder, at hun ikke med hjemmel i deltidslovens § 4, stk. 3, eller på andet grundlag har krav på at få udbetalt egen andel af pensionsbidraget en gang til. Hun har alene krav på udbetaling af arbejdsgiverens andel af pensionsbidraget, som for den periode, sagen angår, er opgjort til 6.637,95 kr.

Jeg stemmer herefter for, at BASF skal betale 6.637,95 kr. med procesrente fra den 27. marts 2009 til A.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, således at Højesteret stadfæster dommen.

Sagsomkostningerne for Højesteret er fastsat til dækning af advokatudgift, og der er ved beløbs fastsættelse taget hensyn til sagens karakter og arbejdets omfang.

**Thi kendes for ret:**

Sø- og Handelsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal HK Danmark som mandatar for A inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse betale 50.000 kr. til DI som mandatar for BASF A/S. Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.