FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

fremsat den 14. marts 2002 [1]

I — Indledning

1. Det centrale spørgsmål i nærværende sag er, hvorvidt kvindelige arbejdstagere, som efter en bindende udbudsprocedure er blevet overført fra den ordregiver, hos hvem de var beskæftiget indtil de gik over til den arbejdsgiver, som fik ordren, i forbindelse med en sag mod deres nuværende arbejdsgiver om lige løn til mænd og kvinder kan sammenligne deres løn med den løn, der gives mandlige referencepersoner, der er ansat hos deres tidligere arbejdsgiver.

II — De relevante retsregler

A — *Fællesskabsbestemmelserne*

2. Princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi er forankret i artikel 141 EF. Artikel 141, stk. 2, første afsnit, EF lyder:

»Ved løn forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.«

3. Artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder [2] bestemmer:

1 — Originalsprog: nederlandsk.

2 — EFT L 45, s. 19.

»Det i artikel 119 [3] i traktaten omhandlede princip om lige løn til mænd og kvinder, i det følgende benævnt 'ligelønsprincippet', indebærer, at for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes enhver forskelsbehandling med hensyn til køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår.«

4. Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter [4], som ændret ved Rådets direktiv 98/50/EF af 29. juni 1998 [5], finder anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion. Ifølge artikel 3, stk. 1, overgår overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen, som følge af denne overførsel til erhververen.

Dette direktivs artikel 3, stk. 2, bestemmer:

»Efter overførsel i henhold til artikel 1, stk. 1, skal erhververen opretholde samme løn- og arbejdsvilkår, som gjaldt for overdrageren ifølge en kollektiv overenskomst, indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning. Medlemsstaterne kan begrænse den periode, hvori løn- og arbejdsvilkårene skal opretholdes, såfremt denne periode er på mindst ét år.«

B — *De nationale bestemmelser*

5. I Det Forenede Kongerige er princippet om lige løn til mænd og kvinder fastlagt i Equal Pay Act 1970 (lov om lige løn). I henhold til section 1(2) har en kvinde, der udfører det samme arbejde som en mand eller et arbejde, som anses for at være af samme værdi som en mands (»beklæder samme stilling«), ret til at få ændret enhver bestemmelse i sin ansættelseskontrakt, som er eller bliver mindre gunstig end en tilsvarende bestemmelse i en ansættelseskontrakt, som hendes mandlige referenceperson er undergivet.

6. I henhold til section 1(3) har arbejdsgiveren ret til at forskelsbehandle, såfremt han kan bevise, at forskellen mellem kvindens og mandens kontrakt reelt skyldes andre forhold end kønsforskellen.

3 — Efter ændring nu artikel 141 EF.
4 — EFT L 61, s. 26.
5 — EFT L 201, s. 88.

7. Begrebet »beklæder samme stilling« defineres i section 1(6)(c) således:

»To arbejdsgivere skal betragtes som forbundne virksomheder, såfremt den ene virksomhed har en (direkte eller indirekte) bestemmende indflydelse på den anden, eller hvis tredjemand har en (direkte eller indirekte) bestemmende indflydelse på begge virksomheder, og mænd skal anses for at beklæde samme stilling som en kvinde, hvis mændene er ansat af kvindens arbejdsgiver eller en hermed forbundet arbejdsgiver i samme virksomhed eller virksomheder i Storbritannien, hvor der enten generelt eller for ansatte i de pågældende kategorier gælder fælles ansættelsesvilkår.«

III — De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

8. Regent Office Care Ltd og Mitie Secure Services Ltd, appellanterne i hovedsagen, udfører for North Yorkshire County Councils regning (herefter »Council«) rengørings- og cateringydelser i skoler og uddannelsesinstitutioner.

9. Frem til slutningen af 1980'erne blev tilberedningen af skolebørnenes måltider og rengøringen af skolebygningerne foretaget af arbejdstagere, der var ansat af Council. Efter vedtagelsen af Local Government Act 1988 blev Council imidlertid forpligtet til at udbyde disse tjenesteydelser i licitation.

10. Med henblik på afgivelse af et internt bud i forbindelse med licitationen oprettede Council en intern, selvstændig »Direct Service Organisation« (herefter »DSO«). DSO kunne deltage i licitationen på samme vilkår som private rengørings- og cateringvirksomheder.

11. For at have en chance ved licitationen sænkede Council, som fortsat var arbejdsgiver, lønnen for DSO's ansatte [6].

12. De kvindelige arbejdstagere, som blev berørt af dette, anlagde derpå sag bl.a. under påberåbelse af Equal Pay Act 1970 med påstand om, at deres arbejdsgiver, Council, skulle betale lige løn. I denne forbindelse blev de mandlige ansatte hos Council anvendt som referencepersoner. I en jobevalueringsundersøgelse fra 1987,

6 — De øvrige bydende havde udelukkende kvindelige ansatte, der havde en lavere løn.

hvis resultater Council har godkendt, blev det nemlig fastslået, at det af appellanterne udførte arbejde blev anset for at være af samme værdi som det arbejde, der blev udført af mænd, såsom havearbejde, affaldsindsamling og kloakrensning.

13. De berørte kvindelige arbejdstagere fik langt om længe medhold i øverste instans [7]. House of Lords forkastede Councils anbringende om, at det for at kunne konkurrere med private selskaber under en offentlig udbudsprocedure havde været nødvendigt for Council at sænke lønnen for de berørte kvindelige arbejdstagere. Det var ikke muligt for House of Lords at fastslå, at lønforskellen rent faktisk var begrundet i en anden omstændighed end kønsforskellen, og de kvindelige arbejdstagere havde således ret til at sammenligne deres arbejdsvilkår med arbejdsvilkårene for de mænd, der var ansat af Council i andre tjenestegrene, og hvis arbejde var blevet anset for at være af samme værdi i henhold til jobevalueringsundersøgelsen.

14. Council måtte derpå udbetale de berørte kvindelige arbejdstagere lønforskellen for den periode, hvor de havde været ansat hos DSO.

15. Inden sagen mod Council blev endeligt afgjort, mistede DSO ved en fornyet licitation, som fandt sted i 1993, størstedelen af catering- og rengøringskontrakterne til de i punkt 8 nævnte indstævnte selskaber. To af de tre indstævnte selskaber anerkendte ikke, at denne overførsel kunne være omfattet af Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations (bekendtgørelse om overførsel af virksomheder (bevarelse af beskæftigelsen)), hvorved Det Forenede Kongerige havde gennemført direktiv 77/187. De berørte kvindelige arbejdstagere blev derfor afskediget af Council og senere genansat hos disse private selskaber. Til gengæld måtte de acceptere at arbejde under ringere arbejdsvilkår, end de hidtil havde haft hos DSO (og som endda var ringere end de »sædvanlige« arbejdsvilkår hos Council, idet der nemlig endnu ikke var truffet endelig afgørelse i ovennævnte sag North Yorkshire County Council mod Ratcliffe).

16. Kun Commercial Catering Group var af den opfattelse, at der havde fundet en virksomhedsoverførsel sted, og de berørte kvindelige arbejdstagere blev derfor ansat direkte af selskabet, uden at de forinden blev afskediget.

17. Et stort antal kvindelige arbejdstagere i de private selskaber anlagde derpå sag til prøvelse af de arbejdsvilkår, der var blevet dem pålagt, og som var åbenlyst ringere

7 — North Yorkshire County Council mod Ratcliffe [1995] ICR 833.

end de arbejdsvilkår, som gjaldt og gælder for arbejde af samme værdi hos Council. De påberåbte sig i denne forbindelse artikel 141 EF.

18. Appellanterne i hovedsagen kan stort set inddeles i fire kategorier:

— De appellanter, som tidligere var ansat af Council, og som blev overført direkte til et af de indstævnte selskaber.

— De appellanter, som tidligere var ansat af Council, men som ikke blev overført til et af de indstævnte selskaber, eller som blev overført til et af de indstævnte selskaber, men forlod dette mere end seks måneder, før hovedsagen blev anlagt.

— De appellanter, som er ansat i et af de indstævnte selskaber, men som aldrig har været ansat af Council.

— De appellanter, som tidligere var ansat af Council, og som blev overført til et af de indstævnte selskaber, men som ikke blev ansat på tidspunktet for overførslen.

19. For de kvindelige arbejdstagere i den første kategori gør det sig gældende, at de kun subsidiært påberåbte sig artikel 141 EF i hovedsagen. I første instans påberåbte de sig direktiv 77/187, således som dette er gennemført i engelsk ret i medfør af Transfer of Undertakings Regulations.

20. Nærværende præjudicielle sag drejer sig imidlertid ikke om en fortolkning af direktivet og dets anvendelse eller af Transfer of Undertakings Regulations.

21. Parterne i hovedsagen var enige om, at det skulle lægges til grund, at appellanternes arbejdsvilkår var ringere end reference-

personernes. De lagde endvidere følgende antagelser til grund:

a) Overførslen af de pågældende catering- og rengøringskontrakter til de indstævnte selskaber skulle betragtes som overførsel af en virksomhed.

b) De af appellanterne udførte arbejdsfunktioner var på tidspunktet for overførslen af samme værdi som de valgte referencepersoners arbejdsfunktioner.

c) De af appellanterne udførte arbejdsfunktioner var på tidspunktet for anlæggelsen af de forskellige sager stadig af samme værdi som de valgte referencepersoners arbejdsfunktioner.

d) Referencepersonerne var i hele den relevante periode ansat af Council.

22. Den 16. april 1997 frifandt Employment Tribunal[8] imidlertid appellanternes nuværende arbejdsgiver, mod hvem de havde anlagt sagerne. Den 5. november 1998 forkastede Employment Appeal Tribunal appellanternes appel, idet den stadfæstede afgørelsen fra Employment Tribunal. Endelig blev en yderligere appel taget til følge af Court of Appeal, hvor appellanterne gjorde gældende, at artikel 141 EF som følge af de særlige omstændigheder, der gør sig gældende i nærværende sag, gav dem en umiddelbar ret til at modtage den samme løn under deres ansættelse i de indstævnte selskaber som de mandlige referencepersoner, der er ansat af Council.

23. Spørgsmålet, som Court of Appeal nu skal tage stilling til er, hvorvidt appellanterne til støtte for deres krav om lige løn over for de tre indstævnte selskaber kan anvende arbejdsvilkårene for Councils mandlige referencepersoner som sammenligningsgrundlag, også selv om disse mandlige referencepersoner ikke er ansat i et af de indstævnte selskaber.

IV — De præjudicielle spørgsmål

24. Ved kendelse af 20. juli 2000, indgået til Domstolen den 22. august 2000, har Court of Appeal (England & Wales) fore-

8 — På daværende tidspunkt blev denne domstol stadig benævnt Industrial Tribunal.

lagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Er artikel 141 [9] umiddelbart anvendelig under den foreliggende sags omstændigheder, således at sagsøgerne kan påberåbe sig den i nationale søgsmål for at sammenligne deres løn med lønnen for mænd ansat ved North Yorkshire County Council, som udfører arbejde af samme værdi som sagsøgernes?

2) Kan en sagsøger, som vil påberåbe sig den direkte virkning af artikel 141, kun gøre dette, såfremt det er muligt for den sagsøgte arbejdsgiver at forklare, hvorfor den valgte referencepersons arbejdsgiver aflønner sine ansatte, som han gør?«

V — Bemærkninger

Indledende bemærkninger

25. Omstændighederne i hovedsagen er karakteristiske for de virksomhedsomlægninger, som hyppigt blev gennemført inden for den offentlige sektor i 1980'erne og 1990'erne. I denne forbindelse blev arbejdsfunktioner, som man mente også kunne varetages af private virksomheder, udliciteret og privatiseret. Håbet var, at indførelsen af markedsmekanismerne ville medføre besparelser og øge effektiviteten. Omfanget af disse omlægninger er i øvrigt forskelligt fra medlemsstat til medlemsstat. I Det Forenede Kongerige blev de decentraliserede myndigheder, Counties, forpligtet til at udlicitere store dele af de arbejdsfunktioner, som de hidtil selv havde udført.

26. For de berørte arbejdstagere indebar en sådan omlægning, at de overførtes fra et offentligretligt ansættelsesforhold til et privatretligt. Dette medførte som regel ændringer i arbejdstagernes arbejdsvilkår. For ansatte i den offentlige sektor adskiller såvel retsstillingen, aflønningen som de sekundære arbejdsvilkår sig sædvanligvis fra den private sektors, hvilket betyder, at overgangen fra en offentlig til en privat arbejdsgiver kan have sociale konsekvenser for de berørte arbejdstagere, hvad enten der er tale om mænd eller kvinder.

27. Både i den nationale arbejdsret og i fællesskabsretten har man truffet forholdsregler med henblik på de sociale konsekvenser, som en sådan overførsel kan medføre. I den foreliggende sag drejer det

9 — EF.

sig klart om en overførsel af virksomhed i den betydning, hvori dette udtryk er anvendt i direktiv 77/187. Dette direktiv blev også påberåbt i hovedsagen. Af sagens akter fremgår det, at parterne både er uenige om, hvorvidt dette direktiv finder anvendelse, og hvorledes direktivet skal anvendes på de forskellige appellantkategorier. Dette spørgsmål samt andre dermed forbundne spørgsmål er imidlertid for tiden en del af hovedsagen. Parterne i hovedsagen er enige om, at den forelæggende ret udelukkende skal anmode Domstolen om en fortolkning af artikel 141 EF. Eftersom den forelæggende ret i forelæggelseskendelsen udtrykkeligt har udelukket eventuelle spørgsmål om direktivets anvendelse, skal disse ikke behandles her.

28. I den foreliggende sag vedrører overførslen tilfældigvis en tjenestegren, hvor hovedparten af de beskæftigede er kvinder. Det fremgår navnlig af appellanternes anbringende i hovedsagen, at netop den omstændighed, at de overførte arbejdsfunktioner eller tjenesteydelser hovedsageligt udføres af kvinder, har foranlediget dem til at rejse spørgsmålet om, hvorvidt artikel 141 EF finder anvendelse i den foreliggende sag. En af årsagerne hertil er formentlig, at direktiv 77/187 med sikkerhed ikke finder anvendelse på alle appellanterne.

Appellanternes argumenter

29. Appellanterne har gjort gældende, at artikel 141 EF altid har direkte virkning, når det på baggrund af den enkelte sags faktiske forhold og ved hjælp af kriterierne om lige arbejde og lige løn er muligt at fastslå, at lønforskellen beror på kønsdiskrimination. Der må i national ret i denne henseende ikke lægges nogen kunstige hindringer i vejen for dette princip. Appellanterne har i denne forbindelse henvist til section 1(6) i Equal Pay Act 1970.

30. Appellanterne er af den opfattelse, at de i betragtning af den foreliggende sags særlige omstændigheder kan sammenligne sig med de mandlige arbejdstagere, der er ansat af Council. Det eneste forhold, der er ændret, er arbejdsgiverens identitet, idet appellanterne fortsat »beklæder samme stilling« og fortsat udfører det samme arbejde, et arbejde, der skal betragtes som værende af samme værdi som det arbejde, der udføres af de mandlige ansatte hos Council. Af Worringham og Humphreysdommen [10] mener appellanterne at kunne udlede, at personer, der beklæder samme stilling, meget vel kan have forskellige arbejdsgivere. Ganske vist har appellanterne i den foreliggende sag skiftet arbejdsgiver, men dette kan ikke have indflydelse på, hvorvidt deres arbejde og arbejdsvilkår kan sammenlignes med arbejdet og arbejdsvilkårene for de arbejdstagere, som fortsat er beskæftiget hos Council. Hvis dette var tilfældet, ville den beskyttelse, som artikel 141 EF skal sikre, være mangelfuld.

31. I forbindelse med en offentlig tjenesteydelsesaftale som i den foreliggende sag

10 — Dom af 11.3.1981, sag 69/80, Sml. s. 767, præmis 23.

forbliver de arbejdstagere, som faktisk udfører de pågældende arbejdsfunktioner, af praktiske årsager ofte de samme, når tildelingen af kontrakten fører til, at en tilslagsmodtager erstattes af en anden. De faktiske forudsætninger, under hvilke arbejdsfunktionerne skal udføres, forbliver de samme. Disse forudsætninger er delvist fastsat i de retsforskrifter, der foreskriver en offentlig licitation. Arbejdsfunktionerne finansieres ligeledes fortsat af den samme kilde, nemlig af de offentlige midler, som stammer fra skatteyderne i North Yorkshire. Det kan derfor fastslås, at den sammenhæng, hvori appellanterne udfører deres arbejde, fortsat er den samme, og at de med hensyn til arbejdsvilkårene fortsat kan sammenligne sig med de mandlige arbejdstagere, der forblev ansat af Council.

32. Appellanterne har mindet om, at Domstolen i lyset af den dobbelte — økonomiske og sociale — målsætning med artikel 141 EF, således som den kommer til udtryk i Defrenne II-dommen [11], konsekvent har afvist ethvert forsøg på at skabe kunstige hindringer for virkeliggørelsen af ligelønsprincippet. De har bl.a. påberåbt sig Macarthys-dommen [12], hvori Domstolen udtalte, at det i national ret fastsatte krav om samtidighed udgjorde en ulovlig begrænsning af rækkevidden af artikel 141 EF.

33. Appellanterne har endvidere henvist til generaladvokat Verloren van Themaats forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Danmark [13]. Generaladvokaten behandlede i dette forslag spørgsmålet om, hvorvidt en dansk lov, i henhold til hvilken princippet om lige løn kun gjaldt for det samme arbejde på den samme arbejdsplads, var foreneligt med EF-traktatens artikel 119 (efter ændring nu artikel 141 EF) og med direktiv 75/117. Generaladvokaten anførte i denne forbindelse, at det var i strid med EF-traktaten at begrænse sammenligneligheden af lønforhold til kun at omfatte »den samme arbejdsplads«:

— »[...] en sammenligning af arbejdsfunktionerne inden for det samme faste anlæg i en virksomhed eller endog inden for én virksomhed [vil] imidlertid ikke altid være tilstrækkelig. Efter omstændighederne vil også en sammenligning med arbejde af samme værdi i andre virksomheder, som hører under den pågældende kollektive overenskomst, være nødvendig.

— I sektorer med traditionelt kvindelig arbejdskraft [vil der] endog kunne kræves en sammenligning med andre sektorer [...]

— Under visse omstændigheder kan det tilføjede sammenligningsgrundlag

11 — Dom af 8.4.1976, sag 43/75, Sml. s. 455.

12 — Dom af 27.3.1980, sag 129/79, Sml. s. 1275.

13 — Dom af 30.1.1985, sag 143/83, Sml. s. 427.

'samme arbejdsplads' for arbejde af samme værdi således føre til en begrænsning af princippet om lige løn, som er fastslået i [...] artikel [141 EF] og tydeliggjort i direktivet. Den blotte omstændighed, at man har tilføjet en sådan yderligere betingelse for lige løn, som hverken har hjemmel i artikel [141 EF] eller i direktivet, må i alle tilfælde anses for et traktatbrud.«

Appellanterne har på baggrund heraf udledt, at princippet om lige løn kan nødvendiggøre sammenligninger med andre virksomheder, navnlig inden for de sektorer, der hovedsageligt beskæftiger kvinder, såsom rengøring og catering, og at yderligere begrænsninger med hensyn til retten til lige løn principielt er ulovlige.

34. Også generaladvokat Lenz har ifølge appellanterne afvist at anlægge et formalistisk synspunkt. De har henvist til generaladvokatens forslag til afgørelse i Enderby-sagen [14], hvor han i punkt 15 anfører, at »[f]ormålet med en sådan begrebsdannelse er at indkredse metoderne med henblik på afgørelsen af, om der er tale om forskelsbehandling af kvinder i erhvervslivet, men ikke at opstille yderligere hindringer med hensyn til mulighederne for at anlægge sag vedrørende lønmæssig forskelsbehandling på grundlag af køn. Dette er grunden til, at man ved opdelingen af de former, forskelsbehandling af kvinder i erhvervslivet faktisk kan udmønte sig i, ikke skal anlægge et formelt synspunkt«.

Appellanterne har understreget betydningen af denne pragmatiske tilgangsvinkel under henvisning til, at den gennemsnitlige timeløn for kvinder i Det Forenede Kongerige mere end 25 år efter ikrafttrædelsen af loven om lige løn kun udgør 82% af lønnen for mænd, og at den gennemsnitlige ugeløn for en fuldtidsbeskæftiget kvinde udgør 74,5% af lønnen for mænd. Dette hænger hovedsageligt sammen med, at mange kvinder udfører lavtlønnet arbejde inden for sektorer, hvor kvinder er overrepræsenteret, f.eks. inden for rengøring og i restaurationsbranchen. Det er derfor vanskeligt at finde en mandlig referenceperson.

35. Endelig har appellanterne henvist til effektivitetsprincippet og retten til adgang til domstolsprøvelse. Medlemsstaterne er forpligtet til at træffe passende foranstaltninger til at sikre, at retten til lige løn kan gøres gældende ad rettens vej. En bestemmelse som section 1(6) i Equal Pay Act 1970, hvorefter en kvindelig arbejdstager kun må sammenligne sig med en mandlig referenceperson, såfremt de begge er ansat hos den samme arbejdsgiver, fører til, at man fratager kvinderne muligheden for at

14 — Dom af 27.10.1993, sag C-127/92, Sml. I, s. 5535.

gennemføre deres ret til lige løn, hvis de ikke er i stand til at finde en mandlig referenceperson. En sådan bestemmelse forhindrer udøvelsen af de i EF-traktaten og i direktiv 75/117 fastlagte rettigheder og er tillige i strid med artikel 6 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.

De indstævnte selskabers, Kommissionens og Det Forenede Kongeriges argumenter

36. Både Mitie Secure Services Ltd (herefter »Mitie«), et af de indstævnte selskaber i hovedsagen, Kommissionen og Det Forenede Kongeriges regering er af den opfattelse, at appellanterne i den foreliggende sag ikke kan påberåbe sig artikel 141 EF. Kommissionen har i princippet ikke udelukket muligheden for, at der kan foretages en sammenligning med arbejdstagere, der er ansat hos andre arbejdsgivere. Under henvisning til punkt 60 i generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse i sagen Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse [15] har den anført, at det ligger i begrebet »forskelsbehandling«, at den samme person eller det samme organ skal være ansvarlig for lønforskellen. Heller ikke Det Forenede Kongeriges regering eller Mitie har som sådan afvist, at der kan sammenlignes med arbejdstagere, der er ansat hos andre arbejdsgivere, dog under den forudsætning, at de pågældende arbejdsvilkår udspringer af samme kilde, sådan som det er tilfældet, når forskellige arbejdsgivere skal anvende samme overenskomst, når det drejer sig om en gruppe af virksomheder eller myndigheder under fælles kontrol, eller når arbejdsvilkårene er fastlagt ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser. I sådanne tilfælde er det rent faktisk muligt at foretage »krydssammenligninger«, der omfatter arbejdstagere i mere end et organ eller selskab. Det Forenede Kongeriges regering og Mitie fortolker i øvrigt generaladvokat Verloren van Themaats forslag til afgørelse på den måde. Parterne er imidlertid enige om, at forskellen i lønvilkårene i nærværende sag ikke kan henføres til en fælles kilde.

37. Det Forenede Kongeriges regering har ligeledes henvist til Defrenne II-dommen [16]. Af denne dom følger, at den direkte virkning af artikel 141 EF er begrænset til at omfatte de tilfælde, hvor en domstol på baggrund af en rent retlig prøvelse er i stand til fastslå, at der er tale om forskelsbehandling. Denne forskelsbehandling kan være direkte eller indirekte, men det afgørende er, at der findes en referenceramme, der gør det muligt for domstolen at fastslå, at der er tale om forskelsbehandling på grundlag af køn. Hvis lønvilkårene hos forskellige arbejdsgivere ikke udspringer af en og samme kilde, er det ikke muligt alene ved en retlig prøvelse at fastslå, at der er tale om en lønmæssig forskelsbehandling på grundlag af køn. Til belysning heraf har

15 — Dom af 11.5.1999, sag C-309/97, Sml. I, s. 2865. Kommissionen har henvist til generaladvokatens bemærkning om, at »det i øvrigt [er] klart, at princippet om lige løn, som er fastlagt i ovennævnte artikel [141 EF], retter sig mod ophavsmanden til de omtvistede bestemmelser«.

16 — Nævnt ovenfor i fodnote 11. Det Forenede Kongeriges regering henviser her til præmis 19-22.

Det Forenede Kongerige som eksempel anført den situation, hvor én arbejdsgiver udbetaler højere lønninger end en anden arbejdsgiver. I et sådant tilfælde kan de ansatte hos den sidstnævnte arbejdsgiver ikke gøre krav på at få samme løn, som den førstnævnte arbejdsgiver betaler sine ansatte. Selv det forhold, at den sidstnævnte arbejdsgiver hovedsageligt beskæftiger kvinder, er tilstrækkeligt til, at det kan konkluderes, at der er tale om en lønmæssig forskelsbehandling på grundlag af køn. Det eneste, der kan fastslås ud fra et sådant eksempel er, at der er forskel på lønvilkårene hos to arbejdsgivere. En domstol har i et sådant tilfælde ikke nogen referenceramme, hvorved den kan fastslå, hvilken løn arbejdsgivere, med hvem der sammenlignes, skulle have betalt. Såfremt arbejdsvilkårene er mindre gunstige i virksomheder eller inden for sektorer, der fortrinsvis beskæftiger kvinder, end inden for dem, der fortrinsvis beskæftiger mænd, ville det være nødvendigt, at der udstedes nationale eller fællesskabsretlige bestemmelser, for at forskellen kan udlignes.

38. Det andet problem, som er anført, består i, at en arbejdsgiver, som beskyldes for at udøve lønmæssig forskelsbehandling på grundlag af køn under henvisning til, at hans ansatte får en lavere løn end referencepersonerne hos en anden arbejdsgiver, ikke er i stand til at forklare denne forskel og ej heller, hvorfor den pågældende lønforskel er objektivt begrundet. Dette er også grunden til, at Kommissionen, Mitie og Det Forenede Kongeriges regering mener, at lønforskellen skal kunne henføres til en og samme kilde. Ifølge disse finder denne opfattelse støtte i forslaget til afgørelse fra generaladvokat Lenz [17].

39. Det Forenede Kongeriges regering har yderligere rejst spørgsmål om, hvor grænsen skal trækkes for, hvor længe appellanterne kan sammenligne sig med de mandlige arbejdstagere, der er ansat af Council, dvs. hvor vidt der er tale om et tidsubegrænset krav. Dette ville betyde, at appellanterne, i tilfælde af, at referencepersonerne fik lønforhøjelse, også ville have krav på en sådan. I praksis ville dette være vanskeligt, idet en arbejdsgiver ikke ved og ikke kan vide, om en anden arbejdsgiver har hævet sine lønninger. Lønskalaer og jobbeskrivelser kan afvige fra hinanden, men selv hvis arbejdet forbliver af samme værdi, ville de arbejdsvilkår, som begge arbejdsgivere anvender, kunne afvige fra hinanden af årsager, der ikke er kønsbestemte. Det Forenede Kongeriges regering har ligeledes henvist til, at Domstolen i Macarthys-dommen [18] har afvist begrebet »tænkt mandlig arbejdstager«. Den henviser også til forslaget til afgørelse fra generaladvokat Van Gerven i Coloroll-sagen [19].

40. Det Forenede Kongeriges regering deler heller ikke appellanternes opfattelse med hensyn til effektiviteten og adgangen til

17 — Nævnt ovenfor i fodnote 14.
18 — Nævnt ovenfor i fodnote 12.
19 — Dom af 28.9.1994, sag C-200/91, Sml. I, s. 4389, punkt 65.

domstolsprøvelse. Ifølge regeringen er spørgsmålet, om appellanterne kan påberåbe sig en direkte anvendelig rettighed. Kravet om, at der skal anvendes mandlige referencepersoner som sammenligningsgrundlag, udgør ikke en hindring, men derimod en afgørende forudsætning for udøvelsen af retten til lige løn. Det drejer sig her om en forudsætning, der går forud for en rettigheds bestående. Med hensyn til begrebet »at beklæde samme stilling« har Det Forenede Kongerige anført, at Domstolen ikke har defineret dette begreb, men at det ud fra ordlyden af forskellige domme, hvori Domstolen har anvendt begrebet, imidlertid kan udledes, at det i det mindste inden for den private sektor skal dreje sig om én og samme virksomhed. Mitie har udtalt, at selv om appellanterne udfører det samme arbejde, som de tidligere udførte hos Council, er dette ikke tilstrækkeligt til, at det kan fastslås, at der er tale om at »beklæde samme stilling« i den betydning, hvori begrebet er anvendt i Defrenne II-[20] og Macarthys-dommene[21]. Modsat appellanternes opfattelse drejer det sig ikke om arbejdets art, men om arbejdsgiverens identitet.

41. Kommissionen har som en overflødig bemærkning desuden henvist til, at en del af det opståede problem skulle være løst ved anvendelsen af Transfer of Undertakings Regulations. Den henviser imidlertid også til, at lønningerne på tidspunktet for virksomhedens overførsel blev fastfrosset på det daværende niveau. De rettigheder og forpligtelser, som overførtes til den nye arbejdsgiver, gik imidlertid ikke så vidt som til at omfatte en ret for appellanterne til at oppebære den samme løn, som de referencepersoner, der er ansat hos den forrige arbejdsgiver og ej heller en ret til fortsat at kunne sammenligne sig med dem.

20 — Nævnt ovenfor i fodnote 11.

21 — Nævnt ovenfor i fodnote 12.

Stillingtagen

42. Efter min opfattelse vedrører retsspørgsmålet et klassisk tilfælde af direkte forskelsbehandling, dvs. at der hersker ringere arbejdsvilkår for arbejdsfunktioner, der fortrinsvis udføres af kvinder, end for mænd, der udfører sammenlignelige arbejdsfunktioner. Domstolen har i sådanne tilfælde i henhold til sin faste praksis, der indledtes med Defrenne II-[22] og Macarthys-dommene[23], og som nu også omfatter Worringham og Humphreys-[24] samt Brunnhofer-dommene[25], hidtil kendt for ret, at artikel 141 EF har direkte virkning.

43. På baggrund af denne retspraksis er der ingen tvivl om, at appellanterne i hovedsagen ville få medhold i deres krav, såfremt de stadig var ansat af Council eller af DSO. Den afgørelse, der blev truffet i sagen North Yorkshire Council mod Ratcliffe, er i denne henseende entydig og helt i overensstemmelse med Domstolens praksis.

22 — Nævnt ovenfor i fodnote 11.

23 — Nævnt ovenfor i fodnote 12.

24 — Nævnt ovenfor i fodnote 10.

25 — Dom af 26.6.2001, sag C-381/99, Sml. I, s. 4961.

44. Da de imidlertid ikke længere er ansat af Council eller af DSO, men derimod i et andet selskab, som har overtaget de tjenesteydelser, som de udfører, skal appellanterne til støtte for deres anbringende om, at der foreligger forskelsbehandling, kunne henvise til en »mandlig referenceperson«, der er ansat i en anden organisation eller en anden tjenestegren (i den foreliggende sag Council) end de selv.

45. Det centrale spørgsmål, som anmodningen om en præjudiciel afgørelse giver anledning til, er derfor, hvorvidt konstateringen af, at der foreligger direkte forskelsbehandling i den betydning, hvori begrebet anvendes i artikel 141 EF, kan foretages på baggrund af en sammenligning af arbejdsvilkårene for mænd og kvinder, der udfører de samme arbejdsfunktioner, men hos forskellige arbejdsgivere. Spørgsmålet om, med hvem og under hvilke omstændigheder sammenligningen skal foretages, er blevet behandlet i retspraksis [26] adskillige gange, mens det spørgsmål, der rejses i den foreliggende sag, imidlertid endnu ikke er blevet besvaret.

46. Det fremgår ikke af ordlyden af artikel 141 EF, at sammenligningen skal foretages hos en og samme arbejdsgiver. I sin praksis har Domstolen konsekvent fastholdt, at for at det kan konstateres, at der er tale om direkte forskelsbehandling, skal der være forskel på lønnen til mænd og kvinder for samme arbejde, som udføres »i en og samme private eller offentlige virksomhed eller tjeneste« (jf. bl.a. Defrenne II-dommen, præmis 22), eller denne lønforskel skal fremgå af lovbestemmelser eller kollektive arbejdsoverenskomster (Defrenne II-dommen, præmis 21) [27].

47. I Macarthys-dommen [28] har Domstolen fastslået, at den direkte virkning af artikel 141 EF ikke kan begrænses af et krav om samtidighed. Derfor kan en kvindelig arbejdstager i forbindelse med en tvist om lønmæssig forskelsbehandling på grundlag af køn sammenligne sig med sin mandlige forgænger. Domstolen har imidlertid i den samme dom udtrykkeligt afvist et konstrueret forsøg på at påvise, at der forelå forskelsbehandling på grundlag af køn, under henvisning til en hypotetisk mandlig arbejdstager. Domstolen har bekræftet denne praksis i Coloroll-dommen [29].

48. Appellanterne, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har anført, at det principielt er muligt at sammenligne med arbejdstagere i en anden virksomhed. Jeg deler denne opfattelse.

49. Det drejer sig således om tre kategorier. Den første kategori omfatter tilfælde, hvor en lovbestemmelse finder anvendelse på arbejds- og lønvilkårene i flere virksomheder, organer eller tjenestegren. F.eks. kunne

26 — F.eks. i dommene i sagerne Defrenne II, Macarthys, Kommissionen mod Danmark, Enderby og Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, nævnt i fodnote 11, 12, 13, 14 og 15.

27 — Nævnt ovenfor i fodnote 11.

28 — Nævnt ovenfor i fodnote 12.

29 — Nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 102 f.

man forestille sig lønningerne for plejepersonale, der er ansat ved et organ som National Health Service. Derudover er der de tilfælde, hvor de samme kollektive arbejdsaftaler eller arbejdsoverenskomster gælder for flere virksomheder eller organer. Den tredje kategori omfatter endelig de tilfælde, hvor et holdingselskab eller en koncern fastlægger arbejdsvilkårene centralt for mere end et organ eller mere end et selskab.

50. I alle disse tilfælde er det muligt at foretage en sammenligning mellem mandlige og kvindelige ansatte, der går ud over grænserne for den enkelte virksomhed eller den enkelte tjenestegren, med henblik på at undersøge, hvorvidt der i strid med artikel 141 EF foreligger forskelsbehandling på grundlag af køn.

51. Fælles for disse tre kategorier er, at reguleringen af de faktisk anvendte arbejdsvilkår har et fælles udspring i lovgivningen, parterne i en overenskomst eller ledelsen i en koncern.

52. Generaladvokaterne Cosmas og Lenz og nu også Det Forenede Kongeriges regering har med rette nævnt dette som et væsentligt kriterium. Hvorfor? Artikel 141 EF er rettet til dem, der kan holdes ansvarlige for ulovlige forskelle med hensyn til arbejdsvilkårene. I ovennævnte tilfælde er det lovgiver, parterne i en overenskomst og ledelsen i en koncern. De kan stilles til ansvar. Hvis der derimod er forskel på lønnen mellem virksomheder og organer, hvor arbejdsgiverne hver for sig er ansvarlige for arbejdsvilkårene i deres egne virksomheder eller organer, kan de umuligt gøres individuelt ansvarlige for de forskelle, der måtte være i arbejdsvilkårene mellem sådanne virksomheder.

53. Den hidtidige retspraksis er også i overensstemmelse hermed, eftersom artikel 141 EF omfatter alle former for forskelsbehandling, som en domstol kan fastslå på baggrund af en rent retslig undersøgelse.

54. Af ovenstående fremgår det, at den direkte virkning af artikel 141 EF omfatter arbejdstagere, der er ansat hos den samme juridiske person eller gruppe af juridiske personer eller offentligretlige selskaber, som er underlagt en fælles kontrol, eller de tilfælde, hvor en bindende overenskomst

eller en lovbestemmelse finder anvendelse på jobbeskrivelser og lønvilkår. Alle disse tilfælde har en fælles kilde.

55. De lønforskelle mellem mandlige og kvindelige ansatte, som er genstand for hovedsagen, har imidlertid ikke en fælles kilde, der kan holdes ansvarlig herfor. Den omstændighed, at arbejdsvilkårene for sammenlignelige arbejdsfunktioner hos Council og appellanternes nye arbejdsgivere afviger fra hinanden, udgør ikke i sig selv et tilstrækkeligt grundlag for, at det kan konkluderes, at de nuværende arbejdsgivere gør sig skyldige i en i henhold til artikel 141 EF ulovlig forskelsbehandling. Domstolens faste praksis i forbindelse med kriteriet »en og samme private eller offentlige virksomhed eller samme tjeneste« tillader ingen anden konklusion.

56. Jeg anser dette resultat for berettiget. En af bestanddelene af artikel 141 EF er, at arbejdsgiveren har »ret til at forsvare sig«. Han har ret til at godtgøre, at lønforskellen er begrundet i objektive faktorer, der ikke har noget at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn. En arbejdsgiver, der er sagsøgt i en sag om lønmæssig forskelsbehandling, har ikke mulighed for at undersøge, hvorfor en anden arbejdsgiver aflønner »tilsvarende« arbejdsfunktioner »anderledes«. Selv hvis han havde det, ville der stadig ikke være sikkerhed for, at han i betragtning af sin økonomiske situation på det givne tidspunkt ville være i stand til at tilpasse sin aflønning hertil. I hvilke andre virksomheder skulle man i givet fald søge efter »tilsvarende« arbejdsfunktioner?

57. I de skriftlige og mundtlige indlæg har appellanterne i hovedsagen henvist til, at der i Det Forenede Kongerige stadig findes betydelige lønforskelle mellem de brancher, der fortrinsvis beskæftiger kvinder, og dem, hvor dette ikke er tilfældet. Jeg ser ingen grund til at betvivle dette. Jeg er ligeledes enig med appellanterne i, at omstændighederne i sagen kan synes at være i strid med artikel 141 EF. Appellanternes forsøg på at få sådanne lønforskelle udlignet ved at påberåbe sig den direkte virkning af denne artikel kan imidlertid ikke føre til noget. Den undersøgelse, der er nødvendig for at klarlægge disse strukturelle uregelmæssigheder, og som langt overskrider det rent retlige aspekt, kræver en indgriben fra overenskomstparternes side og i mangel heraf fra de nationale lovgiveres side. Jeg vil tilføje, at artikel 141 EF også giver fællesskabslovgiver det fornødne retsgrundlag for udtrykkeligt at pålægge de nationale lovgivere en forpligtelse til at gribe ind.

58. De ovenfor nævnte grænser, som Domstolen har fastlagt med hensyn til den direkte virkning af artikel 141 EF, fører imidlertid til det resultat, at en individuel påberåbelse af denne artikel ikke kan

anvendes til at afhjælpe tilfældige og strukturelle lønforskelle, hvor ansvaret skal placeres hos forskellige kilder.

59. De særlige omstændigheder, der ligger til grund for de præjudicielle spørgsmål, giver ikke anledning til at forfine eller differentiere Domstolens faste praksis. Hvis en omstrukturering af en offentlig forvaltning medfører, at visse af de præsterede tjenesteydelser overtages af private virksomheder, kan dette i sagens natur få følger for de berørte arbejdstageres arbejdsvilkår. Det er ganske vist muligt at beskytte dem mod visse sociale følger af en sådan overførsel, således som direktiv 77/187 tilstræber, men dette er ikke formålet med artikel 141 EF. Artikel 141 EF egner sig heller ikke til dette formål: Kan man forestille sig, at kvindelige arbejdstagere skulle miste den hypotetiske beskyttelse, som de kan udlede heraf, hvis de overførte arbejdsfunktioner bestod af flere forskellige funktioner?

60. Også argumentet om, at de udfører de samme arbejdsfunktioner som tidligere, blot i en anden sammenhæng, og at Council fremover fortsat er ansvarlig for catering til og rengøring af skoler, kan ikke tillægges nogen betydning. Det offentliges ansvar har nemlig ikke noget at gøre med spørgsmålet om, hvem der faktisk udfører tjenesteydelserne, og hvem der er ansvarlig for de arbejdstagere, der udfører tjenesteydelserne. Det omfatter heller ikke noget ansvar for arbejdsvilkårene i de virksomheder, som udfører de tjenesteydelser, som Council har købt.

61. Argumentet om, at de tjenesteydelser, som Council selv udfører, og dem, som udføres af andre virksomheder, i sidste ende finansieres af samme kilde, bør efter min opfattelse uden videre forkastes. Offentlige myndigheder køber i vidt omfang goder og tjenesteydelser. Det kan ikke forlanges, at Council i forbindelse med en licitation af visse tjenesteydelser pålægger de tilsvarende tjenesteydere en forpligtelse til, at arbejdsvilkårene for kvinder, som de ansætter, skal forblive de samme som for de mænd, der udfører arbejde af samme værdi hos Council. A fortiori kan dette argument ikke anvendes til at forlange af de nuværende arbejdsgivere, at de skal tilpasse arbejdsvilkårene for deres kvindelige ansatte efter arbejdsvilkårene for de mandlige ansatte, som udfører arbejde af samme værdi hos Council.

62. Min konklusion er således, at artikel 141 EF ikke har direkte virkning i den foreliggende sag. I betragtning heraf er det ufornødent at besvare det andet spørgsmål.

VI — Forslag til afgørelse

63. På baggrund af ovenstående foreslår jeg derfor Domstolen at besvare det første spørgsmål fra Court of Appeal (England & Wales) således:

Artikel 141 EF har under de omstændigheder, som ligger til grund for hovedsagen, ikke direkte virkning, således at appellanterne i hovedsagen kan påberåbe sig den over for deres nuværende arbejdsgiver til støtte for deres krav om at få den samme løn som de mandlige arbejdstagere, der er ansat hos deres tidligere arbejdsgiver, og som udfører det samme arbejde eller arbejde af samme værdi.