FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT LEENDERT A. GEELHOED

föredraget den 14 mars 2002 [1]

I — Inledning

1. I förevarande mål gäller den centrala frågan huruvida kvinnliga arbetstagare, som till följd av en offentlig upphandling gjord av den upphandlande myndighet hos vilken de arbetade har gått över till de arbetsgivare som har fått uppdraget, kan jämföra sig med manliga referenspersoner som arbetar hos den förre arbetsgivaren, för att kräva lika lön för kvinnor och män av de nuvarande arbetsgivarna.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

2. Principen om lika lön för kvinnliga och manliga arbetstagare för lika eller likvärdigt arbete har fastslagits i artikel 141 EG. Första meningen i artikel 141.2 EG lyder:

"I denna artikel skall med 'lön' förstås den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller andra naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen."

3. I den första meningen i artikel 1 i rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män [2] föreskrivs att "principen om lika lön för

1 — Originalspråk: nederländska.

2 — EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva, område 13, volym 4, s. 78.

kvinnor och män som skisserats i artikel 119[3] i fördraget, härefter kallad 'likalönsprincipen', innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde all diskriminering på grund av kön skall avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen".

4. Rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter[4], i dess lydelse enligt direktiv 98/50/EG[5], tillämpas vid överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller del av ett företag eller en verksamhet till en annan arbetsgivare genom lagenlig överlåtelse eller fusion. I artikel 3.1 föreskrivs att överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen till följd av en sådan överlåtelse skall övergå på förvärvaren.

Artikel 3.2 har följande lydelse:

"Efter överlåtelsen enligt artikel 1.1, skall förvärvaren vara bunden av villkoren i löpande kollektivavtal på samma sätt som överlåtaren var bunden av dessa villkor till dess att avtalets giltighetstid har löpt ut eller ett nytt kollektivavtal har börjat gälla.

Medlemsstaterna får begränsa den period under vilken de skall vara bundna av ett sådant avtal, med det förbehållet att den inte får vara kortare än ett år."

B — *Den nationella lagstiftningen*

5. I Förenade kungariket har likalönsprincipen slagits fast i Equal Pay Act 1970 (lagen om lika lön; nedan kallad 1970 års lag). I section 1 (2) föreskrivs att en kvinna som utför samma arbete som en man "i samma tjänst" eller arbete som betraktas som likvärdigt med en sådan mans arbete, har rätt att kräva ändring av varje villkor i sitt anställningsavtal som är eller blir mindre fördelaktigt än ett jämförbart villkor i den manliga referenspersonens anställningsavtal.

6. Enligt section 1 (3) kan en arbetsgivare försvara sig mot detta genom att bevisa att skillnaden mellan kvinnans och mannens anställningsavtal beror på någon annan faktisk omständighet, som inte avser könsskillnaden.

3 — Nu artikel 141 EG.

4 — EGT L 61, s. 26; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 91.

5 — Rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 om ändring av direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter (EGT L 201, 1998, s. 88).

7. Begreppet "i samma tjänst" beskrivs i section 1 (6) c) enligt följande:

"Två arbetsgivare skall anses vara närstående företag om det ena företaget har (direkt eller indirekt) kontroll över det andra företaget eller om en tredje person har (direkt eller indirekt) kontroll över båda företagen. Män skall anses ha samma tjänst som kvinnor om de är anställda av samma arbetsgivare eller av närstående arbetsgivare i samma företag eller i företag i Storbritannien som omfattar detta företag och där gemensamma anställningsvillkor tillämpas antingen generellt eller på arbetstagare i samma kategori."

III — Bakgrund och förfarande

8. Svarandena i målet vid den nationella domstolen, Regent Office Care Ltd, Commercial-Catering Group och Mitie Secure Services, sköter måltidsservering och städning i skolor och läroanstalter åt North Yorkshire County Council (nedan kallad Council).

9. Fram till slutet av 1980-talet utfördes måltidsserveringen till skolbarnen och städningen av skollokalerna av arbetstagare som var anställda av Council. Till följd av Local Government Act 1988 blev Council emellertid skyldigt att upphandla tjänsterna offentligt.

10. För att kunna delta i upphandlingen med sina "egna" tjänster, upprättades en intern, självständig "direct service organisation" (DSO). Denna DSO kunde delta i upphandlingen på samma villkor som privata cateringfirmor och städföretag.

11. För att förbättra sina möjligheter vid upphandlingsförfarandet sänkte Council, som förblev arbetsgivare, lönerna för arbetstagarna hos DSO. [6]

12. De berörda arbetstagarna väckte med stöd av 1970 års lag talan mot Council med krav på lika lön. Därvid utgjorde de manliga arbetstagarna hos Council referenspersoner. Vid en under år 1987 gjord arbetsutvärdering, som även godtagits av

6 — Konkurrenterna hade endast kvinnliga anställda med en lägre lön.

Council, hade det nämligen slagits fast att det arbete som de kvinnliga sökandena utförde var likvärdigt med olika av männen utförda arbetsuppgifter, såsom trädgårdsskötsel, sophämtning och underhåll av avlopp.

13. De berörda arbetstagarnas talan bifölls slutligen i högsta instans. [7] House of Lords underkände det av Council framförda argumentet att den lägre lönen för de berörda kvinnliga arbetstagarna var nödvändig för att Council skulle kunna konkurrera med kommersiella företag i ett öppet anbudsförfarande. House of Lords fann det omöjligt att löneskillnaden kunde antas bero på någon annan faktisk omständighet än könsskillnaden. De kvinnliga arbetstagarna fick jämföra sina anställningsvillkor med dem som gällde för manliga arbetstagare verksamma i andra delar av Council och som, enligt arbetsutvärderingen, utförde likvärdigt arbete.

14. Council blev sedan tvungen att till de berörda kvinnliga arbetstagarna betala ut vad som betalats för litet för den period under vilken de hade varit kvar i tjänst hos den berörda DSO.

15. Medan förfarandet mot Council ännu inte hade avgjorts slutligt, förlorade DSO vid en andra upphandlingsomgång, som ägde rum år 1993, den största delen av måltidsserverings- respektive städentreprenaderna till de i punkt 8 nämnda svarandena. Två av de tre svarandena ansåg inte att denna transaktion kunde hänföras till tillämpningsområdet för Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations, genom vilken Förenade kungariket hade genomfört direktiv 77/187 i den nationella lagstiftningen. På grund därav sades de berörda arbetstagarna upp av Council och återanställdes därefter av de privata företagen. I samband härmed fick de nöja sig med anställningsvillkor som var mindre fördelaktiga än vad DSO dittills hade erbjudit dem (anställningsvillkor som redan var mindre fördelaktiga än de villkor som gällde för Councils "vanliga" arbetstagare; målet North Yorkshire County Council mot Ratcliffe hade nämligen ännu inte slutligen avgjorts).

16. Endast Commercial-Catering Group ansåg att det var fråga om en företagsöverlåtelse och tog de berörda arbetstagarna direkt i tjänst utan föregående uppsägning.

17. Ett stort antal kvinnliga arbetstagare i de privata företagen lämnade in stämningsansökningar med anledning av sina anställningsvillkor, som var betydligt ofördelakti-

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

gare än de villkor som gällde och gäller för likvärdigt arbete vid Council. De åberopade därvid artikel 141 EG.

18. Sökandena i målet vid den nationella domstolen kan delas upp i fyra grupper:

— sökande som tidigare har varit anställda hos Council och därefter direkt har övergått i anställning hos en av svarandena,

— sökande som var anställda hos Council och som inte har fått anställning hos en svarandepart, eller som har blivit anställda av en av svarandena men lämnat anställningen mer än sex månader före det att stämningsansökan lämnades in i tvisten vid den nationella domstolen,

— sökande som har anställts av en av svarandena, men som aldrig har varit anställda hos Council,

— sökande som var anställda hos Council och som senare fick anställning hos en av svarandena, men som inte gick över direkt vid verksamhetsöverlåtelsen.

19. Arbetstagarna i den förstnämnda kategorin har i tvisten vid den nationella domstolen åberopat artikel 141 EG endast i andra hand. I första hand har de åberopat direktiv 77/187, såsom detta har genomförts i den brittiska lagstiftningen i Transfer of Undertakings Regulations.

20. Tolkningen och tillämpningen av detta direktiv, i förevarande fall av Transfer of Undertakings Regulations, kommer emellertid inte i fråga för tolkningsfrågorna i detta mål.

21. Parterna i tvisten vid den nationella domstolen har vidare kommit överens om att utgå från att det föreligger en skillnad mellan sökandenas anställningsvillkor och

referenspersonernas anställningsvillkor som är till sökandenas nackdel. De har vidare utgått från följande antaganden:

a) Utläggningen av de aktuella måltidsserverings- och städkontrakten på entreprenad till svaranden är att betrakta som överlåtelse av en verksamhet.

b) Det arbete som utfördes av sökandena var vid tidpunkten för överlåtelsen likvärdigt med de utvalda referenspersonernas arbete.

c) Det arbete som utfördes av sökandena var vid den tidpunkt som stämningsansökan lämnades in fortfarande likvärdigt med de utvalda referenspersonernas arbete.

d) Referenspersonerna var under den aktuella perioden anställda av North Yorkshire County Council.

22. Den av sökandena vid Employment Tribunal[8] anhängiggjorda talan mot den dåvarande arbetsgivaren ogillades emellertid den 16 april 1997. Efter överklagande instämde Employment Appeal Tribunal i domslutet av Employment Tribunal och avslog den 5 november 1998 sökandenas överklagande. Slutligen beviljades sökandena prövningstillstånd av Court of Appeal. De hävdar att de enligt artikel 141 EG, under de speciella omständigheter som föreligger i målet, har en direkt tillämplig rätt att i sin anställning hos svaranden kräva samma lön som de manliga arbetstagarna har i sin anställning hos Council.

23. Den fråga som Court of Appeal skall ta ställning till är om sökandena kan åberopa en jämförelse med de anställningsvillkor som gäller för manliga arbetstagare hos Council till stöd för sina krav på lika lön mot tre svarande, trots att de manliga refenspersonerna inte arbetar för någon av de svarande.

IV — Tolkningsfrågor

24. Court of Appeal (England & Wales) har genom beslut av den 20 juli 2000, som inkom till domstolens kansli den 22 augusti

8 — Som då fortfarande benämndes Industrial Tribunal.

2000, begärt ett förhandsavgörande av domstolen beträffande följande tolkningsfrågor:

"1) Är artikel 141[9] direkt tillämplig på omständigheterna i detta mål (såsom det har redogjorts för i detta beslut), så att sökande kan åberopa denna artikel vid förfaranden inför den nationella domstolen för att kunna göra en jämförelse mellan deras löner och de löner som utgår till manliga arbetstagare vilka utför ett likvärdigt arbete som sökandena i sin anställning hos North Yorkshire County Council?

2) Kan den direkta effekten av artikel 141 endast åberopas om det är möjligt för den arbetsgivare som är svarande att förklara på vilka faktorer den utvalda referenspersonens av arbetsgivaren betalda lön grundar sig?"

V — Bedömning

Inledande synpunkter

25. De omständigheter som ligger till grund för målet vid den nationella domstolen är karaktäristiska för de omorganisationer som genomfördes i den offentliga sektorn under 1980- och 1990-talen. I samband med dessa blev verksamheter som även bedömdes kunna utföras av privatföretag föremål för upphandling och privatisering. Förhoppningen var att kunna åstadkomma besparingar och effektiviseringar genom att släppa in marknadskrafterna. Omfattningen härav skiljer sig från en medlemsstat till en annan. I det Förenade kungariket blev de decentraliserade myndigheterna, Counties, skyldiga att upphandla en stor del av de verksamheter som de tidigare hade bedrivit i egen regi.

26. För de berörda arbetstagarna innebar det att de övergick från ett offentligrättsligt anställningsförhållande till ett privaträttsligt, vilket i regel har påverkat deras anställningsvillkor. Den rättsliga ställningen, lönen och övriga arbetsvillkor skiljer sig i den privata sektorn ofta från vad som är brukligt i den offentliga sektorn. Detta innebär att övergången från en offentlig till en privat arbetsgivare kan få sociala följder för de beröra arbetstagarna oavsett om de är män eller kvinnor.

27. Såväl i den nationella lagstiftningen som i gemenskapsrätten har regler antagits avseende de sociala följderna av en sådan övergång. Det är tydligt att det i förevarande mål är fråga om ett sådant överlåtet

9 — Artikel 141 EG.

företag som avses i direktiv 77/187. Direktivet har också åberopats i målet vid den nationella domstolen. Av handlingarna i målet framgår att parterna har olika uppfattningar om huruvida direktivet är tillämpligt och om direktivets tillämplighet på de olika kategorierna av sökande. Denna fråga och möjligen andra därmed sammanhängande frågor har emellertid avskilts i målet vid den nationella domstolen. Parterna har i målet vid den nationella domstolen kommit överens om att den nationella domstolen endast skall hänskjuta en fråga till de Europeiska gemenskapernas domstol beträffande tolkningen av artikel 141 EG. Eftersom den hänskjutande domstolen i sitt beslut om att begära ett förhandsavgörande uttryckligen utesluter frågor om direktivets tillämplighet, skall dessa frågor inte beaktas.

28. I förevarande mål gäller upphandlingen tillfälligtvis en tjänst som berör många kvinnliga arbetstagare. Det framgår av framför allt sökandenas argument och ställningstaganden i målet vid den nationella domstolen att det förhållandet att de upphandlade verksamheterna eller tjänsterna främst utförs av kvinnor föranleder dem att väcka frågan om artikel 141 EG är tillämplig i målet. En anledning till detta är förmodligen att direktiv 77/187 säkerligen inte kan tillämpas på samtliga berörda sökande.

Sökandenas argument

29. Sökandena anser att artikel 141 EG alltid har direkt effekt när man, på grund av omständigheterna i det enskilda fallet och med hjälp av kriteriet om lika arbete och lika lön, kan slå fast att lönediskriminering sker på grund av kön. Den nationella lagstiftningen får i detta hänseende inte medföra några konstgjorda hinder. Sökandena har härvid hänvisat till vad som stadgas i section 1 (6) i 1970 års lag.

30. Sökandena anser att de, på grund av de särskilda omständigheter som råder i detta fall, måste kunna få jämföra sig med de manliga arbetstagarna hos Council. Det är endast arbetsgivarens identitet som har ändrats. Själva är de emellertid fortfarande verksamma i "samma tjänst" och utför samma arbete. Detta arbete har bedömts vara likvärdigt med det arbete som utförs av manliga arbetstagare hos Council. Av punkt 23 i domen i målet Worringham och Humphreys [10] följer enligt dem att personer som är verksamma inom samma tjänst mycket väl kan ha olika arbetsgivare. Visserligen har de sökande i förevarande fall ändrat arbetsgivare, men detta får emellertid inte ha någon effekt på möjligheten att jämföra deras arbete och anställningsvillkor med vad som gäller för de arbetstagare som har stannat kvar i tjänst hos Council. Om så vore fallet skulle det uppstå ett avbräck i det skydd som artikel 141 EG är avsedd att ge.

31. Sökandena har pekat på den omständigheten att vid offentliga upphandlingar

10 — Dom av den 11 mars 1981 i mål 69/80, Worringham och Humphreys (REG 1981, s. 767; svensk specialutgåva, volym 6, s. 41).

av verksamheter, som i förevarande fall, förblir de arbetstagare som faktiskt utför verksamheten av praktiska skäl desamma när upphandlingen leder till att en entreprenör ersätts av en annan. De faktiska villkor som verksamheterna måste uppfylla förblir desamma. Dessa har delvis lagts fast i den lagstiftning enligt vilken den offentliga upphandlingen regleras. Källan från vilken verksamheterna finansieras förblir också densamma, nämligen de offentliga medel som härrör från skattebetalarna i North Yorkshire. Under dessa förhållanden kan det vidhållas att det sammanhang inom vilket sökandena arbetar faktiskt förblir detsamma och att de i fråga om sina anställningsvillkor kan fortsätta att jämföra sig med de manliga arbetstagare som är kvar i sin anställning hos Council.

32. Sökandena har erinrat om att domstolen, i ljuset av det dubbla ekonomiska och sociala syftet med artikel 141 EG, såsom detta förtydligats i domen i målet Defrenne II [11], ständigt har avvisat varje försök att på ett konstgjort sätt förhindra förverkligandet av likalönsprincipen. De har bland annat åberopat domen i målet Macarthys [12], i vilken domstolen uttalade att det enligt den nationella lagen uppställda kravet på samtidighet utgjorde en otillåten begränsning av tillämpningsområdet av artikel 141 EG.

33. Sökandena har vidare hänvisat till generaladvokaten Verloren van Themaats förslag till avgörande i målet kommissionen mot Danmark. [13] I det förslaget gick han in på frågan huruvida den danska lagstiftningen, som föreskrev att likalönsprincipen endast var tillämplig i fråga om samma arbete på en och samma arbetsplats, var förenlig med artikel 119 i EG-fördraget (nu artikel 141 EG) och med direktiv 75/117. Generaladvokaten ansåg att begränsningen av jämförbarhetens tillämplighet till "en och samma arbetsplats" stod i strid med fördraget:

"— ... en jämförelse mellan arbetsuppgifterna vid samma fasta anläggning i ett företag eller till och med inom ett enda företag [är] inte alltid tillräcklig. Under vissa omständigheter kan också en jämförelse med likvärdigt arbete i andra företag som omfattas av det aktuella kollektivavtalet vara nödvändig.

— I sektorer som av tradition har kvinnlig arbetskraft kan även en jämförelse med andra sektorer krävas....

— ... under vissa förhållanden kan det tillkommande kravet på att jämförelsen

11 — Dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne (REG 1976, s. 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59).

12 — Dom av den 27 mars 1980 i mål 129/79, Macarthys (REG 1980, s. 1275; svensk specialutgåva, volym 5, s. 173).

13 — Dom av den 30 januari 1985 i mål 143/83, kommissionen mot Danmark (REG 1985, s. 427; svensk specialutgåva, volym 8, s. 31).

av likvärdigt arbete skall avse 'en och samma arbetsplats' leda till en begränsning av den i artikel 141 EG fastslagna och genom direktivet förtydligade likalönsprincipen. Den omständigheten att ett sådant tillkommande krav ställs upp för lika lön utan stöd i vare sig artikel 141 eller direktivet, måste i vart fall betraktas som ett fördragsbrott."

På grundval av detta har sökandena gjort gällande att likalönsprincipen kan nödvändiggöra jämförelser med förhållanden utanför ett företag, särskilt i sektorer som huvudsakligen sysselsätter kvinnor såsom städning och måltidsservering, och att tillkommande begränsningar av rätten till lika lön i princip är otillåtna.

34. Sökandena har gjort gällande att även generaladvokaten Lenz skulle ha avvisat ett formalistiskt synsätt. De åberopar hans förslag till avgörande i målet Enderby [14], i vilket han i punkt 15 uttalade följande: "Begreppsbildningen [direkt och indirekt diskriminering] syftar till att begränsa sätten för diskriminering av kvinnorna i arbetslivet och inte [till] att ytterligare försvåra de rättsliga processerna mot lönediskriminering på grund av kön. Därför får man vid klassificeringen av de faktiska formerna för diskriminering av kvinnor i arbetslivet inte utgå från en formalistisk ståndpunkt."

Sökandena ha åskådliggjort att detta "pragmatiska" synsätt inte saknar betydelse genom att peka på förhållandet att, mer än 25 år efter det att lagstiftningen om lika lön trädde i kraft, den genomsnittliga timlönen för kvinnor i Förenade kungariket uppgår till 82 % av männens lön och att den genomsnittliga veckolönen för kvinnliga heltidsarbetande arbetstagare uppgår till 74,5 % av de manliga arbetstagarnas löner. Detta beror till stor del på den omständigheten att många kvinnor utför lågavlönat arbete i sektorer som sedan länge har dominerats av kvinnor, såsom städning och matlagning. I de fallen är det svårt att finna en manlig referensperson.

35. Sökandena har slutligen hänvisat till effektivitetsprincipen och rätten till domstolsprövning. Medlemsstaterna är skyldiga att vidta lämpliga åtgärder för att rätten till lika lön skall kunna göras gällande vid nationella domstolar. En bestämmelse såsom section 1 (6) i 1970 års lag, enligt vilken en kvinnlig arbetstagare endast får jämföra sig med en manlig referensperson inom samma tjänst, får till följd att om hon inte lyckas finna en manlig referensperson, fråntas hon möjligheten att göra gällande

14 — Dom av den 27 oktober 1993 i mål C-127/92, Enderby (REG 1993, s. I-5535; svensk specialutgåva, volym 14).

sin rätt till lika lön. Sökandena har menat att en sådan bestämmelse som förhindrar utövandet av genom fördraget och direktiv 75/115 tillerkända rättigheter även strider mot artikel 6 i den Europeiska konventionen av den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Svarandenas, kommissionens och Förenade kungarikets argument

36. Såväl Mitie Secure Services Ltd (nedan kallad Mitie), en av svarandena i målet vid den nationella domstolen, som kommissionen och Förenade kungariket anser att sökandena inte kan åberopa artikel 141 EG i det förevarande målet. Kommissionen har i princip inte uteslutit att en jämförelse kan göras med arbetstagare hos andra arbetsgivare. Med hänvisning till punkt 60 i generaladvokaten Cosmas förslag till avgörande i målet Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse [15], anser kommissionen att det följer av begreppet diskriminering att samma privatperson eller organ skall ansvara för skillnaden i lön. Inte heller Förenade kungarikets regering och Mitie bestrider att en jämförelse med arbetstagare som är verksamma hos en annan arbetsgivare i och för sig skulle kunna göras, men de har menat att det i så fall måste vara fråga om en gemensam källa varifrån de konkreta ifrågavarande anställningsvillkoren kan härledas, såsom när olika arbetsgivare har att tillämpa samma kollektivavtal i fråga om företag eller myndigheter som lyder under gemensam kontroll eller när anställningsvillkoren har lagts fast i lag eller annan reglering. I sådana fall är "korsjämförelser" möjliga att göra, varvid arbetstagare hos fler än ett företag eller en myndighet kan komma att beröras. På detta sätt tolkar de även förslaget till avgörande av generaladvokaten Verloren van Themaat. De är emellertid överens om att skillnaderna i lönevillkor i förevarande fall inte kan härledas från samma "källa".

37. Förenade kungarikets regering har även hänvisat till domen i målet Defrenne II. [16] Regeringen anser att det följer av domen att den direkta effekten av artikel 141 EG begränsar sig till de fall i vilka domstolen kan fastställa diskrimineringen på grundval av en rättslig analys. Denna diskriminering kan vara direkt eller indirekt. Avgörande är emellertid att det finns en referensram som möjliggör för domstolen att fastställa att könsdiskriminering äger rum. Om lönevillkoren hos olika arbetsgivare inte kan härledas till samma källa kan, enligt Förenade kungarikets regering, lönediskriminering på grund av kön inte fastställas på grundval av en rent rättslig analys. För att åskådliggöra detta har Förenade kungarikets regering pekat på den situation, i

15 — Dom av den 11 maj 1999 i mål C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (REG 1999, s. I-2865). Kommissionen hänvisar till den mening i vilken han anmärker att "den likalönsprincipen som anges i den artikeln [141 EG] riktas till det organ som har antagit de omtvistade bestämmelserna".

16 — Ovan fotnot 11. Förenade kungarikets regering hänvisar till punkterna 19—22.

vilken en arbetsgivare betalar ut högre lön än en annan arbetsgivare. Arbetstagare hos den sistnämnde arbetsgivaren kan inte på grund härav göra något anspråk på samma löner som den förstnämnde arbetsgivaren betalar ut. Även om den sistnämnde arbetsgivaren främst skulle ha kvinnliga arbetstagare i sin tjänst, skulle detta i sig inte utgöra tillräckliga skäl för antagandet att lönediskriminering sker på grund av kön. Det enda som kan fastställas i en sådan situation är att det råder skillnader i löneförhållandena hos två arbetsgivare. Domstolen har i ett sådant fall ingen utgångspunkt för bedömningen av vilken lönenivå de av jämförelsen berörda arbetsgivarna skall tillämpa. Om det i företag eller sektorer med främst kvinnliga arbetstagare råder mindre gynnsamma anställningsvillkor än i företag eller sektorer med främst manliga arbetstagare, behövs nationella eller gemenskapsrättsliga bestämmelser för att utjämna skillnaderna.

38. Det andra problemet som har framhållits är att en arbetsgivare som anklagas för lönediskriminering på grund av kön till följd av att han ger sin personal lägre lön än vad referenspersonerna får hos en annan arbetsgivare inte kan förklara denna skillnad eller förklara varför löneskillnaderna objektivt sett kan rättfärdigas. Även till följd av detta anser kommissionen, Mitie och Förenade kungarikets regering att en skillnad i lön måste kunna härledas från en källa. De har menat att generaladvokaten Lenz förslag till avgörande [17] bekräftar detta.

39. Förenade kungarikets regering har vidare ifrågasatt var gränsen skall dras. Har sökandena utan begränsning i tiden rätt att jämföra sig med manliga arbetstagare hos Council? Detta skulle innebära att vid en lönehöjning för referenspersonerna skulle även sökandena få rätt till denna. Den praktiska svårigheten i detta ligger i att arbetsgivaren inte känner till eller kan känna till den omständigheten att en annan arbetsgivare har höjt lönerna. Löneskalorna och arbetsbeskrivningarna kan börja skilja sig från varandra, men även om arbetets likvärdighet inte förändras kan de anställningsvillkor som de båda arbetsgivarna tillämpar börja skilja sig åt av skäl som inte har med könstillhörighet att göra. Förenade kungarikets regering har också framhållit att domstolen i domen i målet Macarthys [18] avvisade den "hypotetiske manlige arbetstagaren" och har även pekat på punkt 65 i generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande inför domen i målet Coloroll. [19]

40. Förenade kungarikets regering har inte heller delat sökandenas argument rörande effektiviteten och rätten till domstolspröv-

17 — Ovan fotnot 14.

18 — Ovan fotnot 12.

19 — Dom av den 28 september 1994 i mål C-200/91, Coloroll Pension Trustees (REG 1994, s. I-4389; svensk specialutgåva, volym 16).

ning. Enligt Förenade kungarikets regering är frågan huruvida sökandena kan åberopa en direkt tillämplig rättighet. Kravet på en manlig referensperson för att kunna göra en jämförelse utgör inget hinder utan är en väsentlig förutsättning för att kunna göra gällande rättigheten till lika lön. Det handlar alltså om en förutsättning som föregår rättighetens existens. När det gäller begreppet "i samma tjänst" har Förenade kungariket påpekat att domstolen aldrig har definierat detta begrepp, men att det framgår av domstolens uttryckssätt i olika mål att det i varje fall i den privata sektorn handlar om ett enda företag. Mitie har påpekat att, även om sökandena utför samma arbete som de tidigare utförde hos Council, detta är otillräckligt för att fastställa att det handlar om arbete i samma tjänst, såsom det begreppet används i domarna i målen Defrenne II [20] och Macarthys. [21] Det rör sig alltså enligt Mitie, i motsats till vad sökandena gör gällande, inte om arbetets art men om arbetsgivarens identitet.

41. Kommissionen har därutöver anfört att en del av det problem som uppstod skulle ha kunnat lösas genom att tillämpa Transfer of Undertakings Regulations. Kommissionen har emellertid också påpekat att lönerna fryses på den nivå som råder vid tidpunkten för överlåtelsen. De rättigheter och skyldigheter som övergår på den nya arbetsgivaren sträcker sig dock inte så långt som till att innefatta rätten till samma lön som referenspersonerna hos den förre arbetsgivaren har eller rätten att få fortsätta jämföra sig med dessa.

Bedömning

42. Den rättsliga frågan innehåller till sin natur ett klassiskt fall av direkt diskriminering, nämligen att arbetsvillkoren är mindre gynnsamma i sådana verksamheter som i huvudsak utövas av kvinnor än i de verksamheter där manliga arbetstagare utför därmed jämförbara uppgifter. Domstolen har sedan tidigare i en fast rättspraxis som tar sin början i domarna i målen Defrenne II [22], Macarthys [23] och mera nyligen Worringham och Humphreys [24] samt Brunnhofer [25] uttalat att artikel 141 har direkt effekt.

43. Det är på grund av denna rättspraxis ställt utom allt tvivel att sökandenas talan i målet vid den nationella domstolen skulle bifallas om de fortfarande hade tjänstgjort hos Council eller DSO. Domen i målet North Yorkshire County Council v. Ratcliffe är i detta avseende otvetydig och överensstämmer helt med domstolens praxis.

20 — Ovan fotnot 11.
21 — Ovan fotnot 12.
22 — Ovan fotnot 11.
23 — Ovan fotnot 12.
24 — Ovan fotnot 10.
25 — Dom av den 26 juni 2001 i mål C-381/99, Brunnhofer (REG 2001, s. I-4961).

44. Det förhållande att sökandena inte längre tjänstgör vid Council eller DSO, utan vid ett företag som har övertagit de av dessa utförda tjänsterna, leder emellertid till att sökandena, för att stödja sitt ställningstagande om att diskriminering äger rum, måste hänvisa till en "jämförbar man" som arbetar vid en annan organisation eller myndighet (i detta fall Council).

45. Kärnfrågan som den ställda tolkningsfrågan ger upphov till är således om en jämförelse får göras mellan mäns och kvinnors anställningsvillkor när de utför jämförbara arbetsuppgifter hos olika arbetsgivare för att slå fast om direkt diskriminering äger rum i den mening som avses i artikel 141 EG. Frågeställningen med vem och under vilka omständigheter en jämförelse skall göras har redan bedömts flera gånger i rättspraxis.[26] Den fråga som nu föreligger har emellertid aldrig besvarats i rättspraxis.

46. Av ordalydelsen i artikel 141 EG framgår inte att jämförelsen skall begränsas till samma arbetsgivare. I sin praxis har domstolen ständigt hållit fast vid kravet på att det för att slå fast direkt diskriminering måste framgå att det föreligger en skillnad i lön jämfört med manliga arbetstagare som är verksamma vid "samma privata eller offentliga verksamhet eller tjänst" (jämför bland annat med domen i målet Defrenne II, punkt 22) eller att denna löneskillnad följer av lagbestämmelser eller kollektivavtal (domen i målet Defrenne II, punkt 21).[27]

47. I domen i målet Macarthys[28] har domstolen slagit fast att den direkta effekten av artikel 141 EG inte kan begränsas av ett krav på samtidighet. En kvinnlig arbetstagare kan således i en tvist om lönediskriminering jämföra sig med sin manlige företrädare. Emellertid har domstolen i samma dom uttryckligen avvisat ett försök att konstruera könsdiskriminering med hjälp av en "hypotetisk manlig arbetstagare". Domstolen har bekräftat denna rättspraxis i domen i målet Coloroll.[29]

48. Sökandena, Förenade kungarikets regering och kommissionen är överens om att det inte kan hävdas att en jämförelse med arbetstagare utanför ett och samma företag aldrig kan få göras. Jag delar denna uppfattning.

49. Detta gäller följaktligen tre kategorier. Den första kategorin omfattar de fall i vilka lagbestämmelser tillämpas på arbets- och lönevillkor i mer än en privat eller offentlig verksamhet eller tjänst. Ett tänkbart exem-

26 — Se exempelvis domarna i målen Defrenne II, Macarthys, kommissionen mot Danmark, Enderby och Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, ovan i fotnot 11, 12, 13, 14 respektive 15.

27 — Ovan fotnot 11.

28 — Ovan fotnot 12.

29 — Ovan fotnot 19, se punkterna 102 och 103.

pel är vårdpersonalens löner vid en sådan institution som National Health Service. Vidare finns det fall då ett kollektivavtal eller en reglering av anställningsvillkoren gäller för flera företag. Slutligen omfattar den tredje kategorin fall i vilka anställningsvillkoren fastställs centralt för mer än en institution eller företag inom ett holdingbolag eller konglomerat.

50. I samtliga dessa fall kan en jämförelse göras mellan manliga och kvinnliga arbetstagare över det enskilda företagets eller myndighetens gränser för att undersöka om en enligt artikel 141 EG förbjuden diskriminering äger rum.

51. Det kännetecken som de tre kategorierna har gemensamt är att regleringen av de faktiskt tillämpade anställningsvillkoren kan härledas till en källa, nämligen lagstiftaren, parterna i ett kollektivavtal eller koncernledningen.

52. Generaladvokaterna Cosmas och Lenz och i förevarande mål Förenade kungarikets regering har på goda grunder ansett detta vara ett väsentligt kriterium. Varför?

Artikel 141 EG riktar sig till den som kan hållas ansvarig för de otillåtna skillnaderna i anställningsvillkoren. Dessa är i de nämnda fallen lagstiftaren, parterna i ett kollektivavtal och ledningen i en koncern. De kan hållas ansvariga i detta avseende. Om däremot löneskillnaderna föreligger mellan företag och myndigheter i vilka arbetsgivarna ansvarar var för sig för anställningsvillkoren i det egna företaget eller myndigheten kan de individuellt omöjligen hållas ansvariga för de skillnader i anställningsvillkor som finns mellan företagen.

53. Detta överensstämmer även med rättspraxis fram till nu, eftersom artikel 141 EG omfattar alla former av diskriminering som kan fastställas av domstolen på grundval av en rättslig analys.

54. Av det ovanstående framgår att den direkta effekten av artikel 141 EG sträcker sig till arbetstagare verksamma hos samma juridiska person, grupp av juridiska personer eller myndighetsorgan som står under gemensam kontroll, eller till fall där ett bindande kollektivavtal eller lagbestämmel-

ser är tillämpliga med hänsyn till arbetsbeskrivning och lön. I samtliga fall kan det härledas till en gemensam källa.

55. Skillnaderna i lönevillkor mellan manliga och kvinnliga arbetstagare som utgör föremål för tvisten vid den nationella domstolen kan emellertid inte härledas till en enda källa som kan hållas ansvarig för dem. Den omständigheten att anställningsvillkoren för jämförbart arbete vid Council och hos sökandenas nya arbetsgivare går i sär, är därför i sig också otillräcklig för att slutsatsen skall kunna dras att de nuvarande arbetsgivarna gör sig skyldiga till direkt diskriminering enligt artikel 141 EG. Domstolens fasta rättspraxis rörande kriteriet "i samma privata eller offentliga verksamhet eller tjänst" tillåter ingen annan slutsats.

56. Jag anser att detta resultat också är berättigat. En av beståndsdelarna i artikel 141 EG är att arbetsgivaren har "rätten att försvara sig". Han har rätt att visa att fastslagen löneskillnad kan rättfärdigas på grundval av objektiva omständigheter som saknar samband med diskriminering på grund av kön. Det är omöjligt för den arbetsgivare mot vilken kravet på likabehandling riktar sig att undersöka på vilka grunder en annan arbetsgivare lönesätter "likvärdiga" verksamheter "annorlunda" än han själv gör. Även om han skulle kunna göra detta är det inte säkert att han, med beaktande av sin ekonomiska ställning, skulle kunna rätta sig efter det. Dessutom, vid vilket annat företag skulle de "likvärdiga" verksamheterna eftersökas?

57. I sina skriftliga och muntliga yttranden har sökandena i målet vid den nationella domstolen påpekat att det i Förenade kungariket fortfarande finns avsevärda löneskillnader mellan branscher i vilka främst kvinnor arbetar och branscher i vilka så inte är fallet. Jag finner ingen anledning att ifrågasätta riktigheten i de framförda uppgifterna. Jag är också ense med sökandena om att denna situation kan förefalla stå i strid med innebörden av artikel 141 EG. Det försök de gör att genom ett åberopande av artikelns direkta effekt agera mot sådana skillnader i lönevillkoren kan emellertid inte godtas. Den betydligt vidare — än en endast rättslig — analys som är nödvändig vid utjämningen av dessa strukturella orimligheter kräver ett ingripande av parterna i kollektivavtalen eller, vid avsaknad härav, den nationella lagstiftarens ingripande. Jag noterar också att artikel 141 EG även ger gemenskapslagstiftaren en rättslig grund för att uttryckligen förpliktiga de nationella lagstiftarna till detta.

58. De ovan angivna gränserna som domstolen har fastställt för den direkta effekten av artikel 141 EG leder mig emellertid till slutsatsen att det individuella åberopandet av denna artikel inte kan tillämpas för att

utjämna tillfälliga och strukturella löneskillnader, för vilka ansvaret kan härledas till olika källor.

59. De speciella omständigheterna som ligger till grund för dessa tolkningsfrågor ger ingen anledning till att förfina eller differentiera domstolens befintliga rättspraxis. Om en omorganisation av den offentliga sektorn leder till att vissa av dess befintliga verksamheter övertas av marknadens aktörer, kan detta till sin natur få konsekvenser för de berörda arbetstagarnas anställningsvillkor. Visserligen kan de skyddas mot vissa av de sociala följderna av en sådan övergång, såsom åsyftas genom direktivet 77/187, men artikel 141 EG är inte avsedd för detta. Denna bestämmelse är även olämplig för detta: skulle kvinnliga arbetstagare förlora det hypotetiska skyddet som de skulle kunna få därav om de överlåtna verksamheterna vore "blandade" verksamheter?

60. Argumentet att sökandena i det nya sammanhanget utför exakt samma verksamheter som tidigare och att Council därför förblir oförminskat ansvarig för tillhandahållandet av skolmåltider och städningen av skolbyggnader kan inte heller godtas. Detta offentliga ansvar står nämligen fritt från frågan om vem som tillhandahåller de faktiska tjänsterna och vem som ansvarar för de arbetstagare som producerar dessa tjänster. Detta innehåller inget ansvar för anställningsvillkoren i de företag som tillhandahåller de av Council köpta tjänsterna.

61. Argumentet att de av Council tillhandahållna tjänsterna slutligen finansieras från samma källa som de till Council levererade tjänsterna, anser jag vara oberättigat. Myndigheter köper in varor och tjänster i stor skala. Det kan inte krävas att Council, vid upphandlingen av särskilda tjänster, ålägger de därav berörda leverantörerna en skyldighet att iaktta att de anställningsvillkor som gäller för kvinnor skall förbli desamma som dem som gäller för män som utför likvärdigt arbete vid Council. *A fortiori* kan detta argument inte användas för att kräva av de nuvarande arbetsgivarna att de fortsätter att anpassa anställningsvillkoren för kvinnorna som de har i sin tjänst till de anställningsvillkor som gäller för män som utför likvärdigt arbete hos Council.

62. Jag drar följaktligen slutsatsen att artikel 141 EG inte har någon direkt effekt i det förevarande fallet. Med hänsyn till denna slutsats behöver den andra frågan inte besvaras.

VI — Förslag till avgörande

63. Mot bakgrund av det ovanstående föreslår jag att domstolen skall ge följande svar på den första frågan som ställts av Court of Appeal (England & Wales):

Artikel 141 EG har, under de omständigheter som ligger till grund för målet vid den nationella domstolen, ingen direkt effekt i det avseendet att sökandena i det målet kan åberopa densamma till stöd för sina krav mot de nuvarande arbetsgivarna på att erhålla samma lön som manliga arbetstagare hos deras förre arbetsgivare som utför samma eller likvärdigt arbete.