2. Det i artikel 119 indeholdte princip om lige løn finder anvendelse i et tilfælde, hvor det godtgøres, at en kvinde under hensyn til arbejdsydelsernes art har modtaget lavere løn end en mand, som var ansat forud for kvindens ansættelsesperiode, og som udførte samme arbejde for arbejdsgiveren.

Kutscher O'Keeffe Touffait Mertens de Wilmars Pescatore

Mackenzie Stuart Bosco Koopmans Due

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 27. marts 1980.

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. CAPOTORTI FREMSAT DEN 28. FEBRUAR 1980 [1]

Høje Ret.

1. I denne sag har Domstolen lejlighed til på ny at beskæftige sig med det betydningsfulde spørgsmål om lige løn til mænd og kvinder, som er omhandlet i Rom-traktatens artikel 119; som bekendt er dette spørgsmål allerede blevet behandlet i *Defrenne*-dommen af 8. april 1976 (Sml. 1976, s. 456).

De faktiske omstændigheder er ganske enkle. Det engelske firma Macarthys Ltd., der driver engroshandel med medicinalvarer, udbetalte i 1974-75 en ugeløn på 60 UKL til en af sine lagerforvaltere, McCullough. Efter at stillingen som lagerforvalter havde stået ubesat i mere end fire måneder, blev Wendy Smith ansat til en ugentlig løn på 50 UKL. Wendy Smith anlagde derefter sag ved Industrial Tribunal, London, under påberåbelse af den engelske lov om lige løn (Equal Pay Act 1970), i henhold til hvilken hun påstod sig tilkendt ret til samme løn, som hendes forgænger i stillingen havde modtaget.

Ved dom af 27. juni 1977 udtalte retten, at sagsøgerens arbejdsopgaver ganske

1 — Oversat fra italiensk.

vist ikke var nøjagtigt de samme som hendes forgængers (navnlig havde hun i modsætning til denne ikke ansvaret for vedligeholdelse af køretøjerne), men at Wendy Smiths opgaver i det væsentlige »lignede« dem, som McCullough havde udført, jf. Equal Pay Act section 1, stk. 4. Retten fastslog derfor, at Wendy Smiths løn skulle beregnes på samme måde som McCulloughs løn var blevet det, og det så meget mere som sagsøgeren ikke som sin forgænger havde to assistenter.

Denne afgørelse blev stadfæstet af appelinstansen i arbejdsretlige sager (Employment Appeal Tribunal), der dog erkendte, at der herved var tale om en fortolkning, som gik ud over ordlyden af Equal Pay Act, idet der ifølge loven kun gælder en ret til ligebehandling, såfremt der samtidigt i samme virksomhed er ansat mænd og kvinder, hvis faktiske arbejdsopgaver (og ikke den abstrakte stillingsbetegnelse) skal sammenlignes. En sådan fortolkning — ud over ordlyden — af den britiske lov anså appelretten for nødvendig for at undgå de ubillige resultater, som man ellers ville være nået til, og også for ikke at krænke det fællesskabsretlige princip i Rom-traktatens artikel 119 om lige løn til arbejdstagere af begge køn for »samme arbejde«.

I tredje instans, for Court of Appeal, har Macarthys Ltd. henholdt sig til ordlyden af Equal Pay Act, mens det fra Wendy Smiths side er gjort gældende, at den nationale bestemmelse skal fortolkes i overensstemmelse med fællesskabsretten, ikke alene under henvisning til traktatens artikel 119, men også til artikel 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. Ifølge sidstnævnte bestemmelse indebærer »det i artikel 119 i traktaten omhandlede princip om lige løn til mænd og kvinder ... 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«.

Ved kendelse af 6. august 1979 har Court of Appeal, London, forelagt Domstolen fire spørgsmål vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten med henblik på at opnå en afgørelse af, om ligelønsprincippet også gælder i en situation, som den Wendy Smith befandt sig i.

2. Court of Appeal ønsker for det første oplyst, om princippet om lige løn til mænd og kvinder »for samme arbejde« som omhandlet i EØF-traktatens artikel 119 og i artikel 1 i nævnte rådsforordning kun gælder i tilfælde, hvor de pågældende mandlige og kvindelige arbejdstagere samtidigt udfører samme arbejde i samme virksomhed.

En begrænsning af gyldighedsområdet for princippet i artikel 119 som den, der angives i spørgsmålet kan ikke støttes på bestemmelsens ordlyd; herefter er den eneste betingelse for princippets anvendelse, at der er tale om samme arbejde,

og samtidighed nævnes overhovedet ikke. Også i den nævnte *Defrenne*-dom af 8. april 1976, hvori det statueredes, at artikel 119 er umiddelbart anvendelig, nævnes tilfælde af »ulige løn til mænd og kvinder for samme arbejde, som udføres i én og samme ... virksomhed« (jf. præmisserne 21-23), uden at der stilles krav om, at arbejdet udføres samtidigt.

En sådan begrænsning kan heller ikke støttes på formålene med artikel 119. Som Domstolen præciserede i *Defrenne*-dommen (jf. præmisserne 7-11) har »artikel 119 ... et dobbelt formål; på den ene side skal artikel 119 under hensyn til den forskel, der består mellem sociallovgivningernes udviklingstrin i de forskellige medlemsstater, hindre, at virksomhederne i de stater, som faktisk har gennemført princippet om lige løn, handicappes i konkurrencen inden for Fællesskabet i forhold til de virksomheder, som er placeret i stater, der endnu ikke har fjernet den lønmæssige forskelsbehandling til skade for den kvindelige arbejdskraft; på den anden side skal bestemmelsen ses i sammenhæng med de sociale mål for Fællesskabet, idet dette ikke indskrænker sig til en økonomisk union, men samtidig gennem fælles handling skal sikre sociale fremskridt og stadigt søge at forbedre de europæiske folks levevilkår og beskæftigelsesforhold, således som det fremhæves i traktatens præambel«.

Kommissionen har med rette anført, at hvis en virksomhed gennem en udskiftning af sin mandlige arbejdskraft med kvindelige arbejdstagere og alene herigennem kunne opnå at udbetale lavere lønninger, ville den få en uberettiget konkurrencefordel i forhold til virksomheder, som på samme tidspunkt beskæftigede både mænd og kvinder til at udføre det pågældende arbejde. Og hvis den eneste begrundelse for et forskelligt lønniveau i samme virksomhed for samme arbejde, der udføres på forskellige tidspunkter, var kønsforskellen, ville der være tale om uberettiget forskelsbehandling og mindre fordelagtig behandling af kvinder i forhold til mænd, hvilket helt åbenbart ville være i strid med bestemmelsens sociale formål.

Den britiske regering har under sagen anført, at det måtte være en forudsætning for at kunne anvende princippet i artikel 119 på samme arbejde, der udføres i forskellige tidsrum, at der ved lov var angivet kriterier for den tidsmæssige afgrænsning, samt en referenceperiode, der kunne lægges til grund ved sammenligningen. Når dette ikke er tilfældet, kan artikel 119 ikke finde anvendelse på arbejde, der udføres på forskellige tidspunkter. Til støtte herfor har den britiske regering henvist til den sondring, Domstolen opstillede i *Defrenne*-dommen, mellem »på den ene side direkte og åben forskelsbehandling, som kan konstateres allerede ved hjælp af de i artiklen opstillede kriterier samme arbejde og lige løn, og på den anden side indirekte og skjult forskelsbehandling, som kun kan påvises på grundlag af mere udtrykkelige gennemførelsesbestemmelser af fællesskabsretlig eller national karakter« (jf. præmisserne 16-18). Men årsagen til, at Domstolen har opstillet denne sondring og har antaget, at princippet i artikel 119 for så vidt angår

tilfælde af forskelsbehandling, der er omfattet af sidstnævnte kategori, ikke kan være umiddelbart anvendeligt, har fremfor alt været, at der findes tilfælde, hvor det viser sig umuligt at sammenligne mænds arbejdsydelser med kvinders, som f.eks. når forskelsbehandlingen ikke simpelt hen forekommer i en og samme virksomhed, men i hele erhvervssektorer, hvor der udelukkende eller næsten udelukkende beskæftiges kvinder — for slet ikke at tale om de tilfælde af skjult forskelsbehandling, som giver sig udtryk i hindringer for kvinders adgang til bestemte stillinger eller stillinger på et bestemt niveau. Derimod er det ikke til hinder for umiddelbart at sammenligne arbejdsopgaver, som udføres af både mænd og kvinder i samme virksomhed, at arbejdet udføres i forskellige tidsrum; og der er i hvert fald ikke behov for en nærmere præcisering i lovgivningen for at retten kan afgøre, om der er tale om »samme arbejde« som nævnt i artikel 119, stk. 1.

For at kunne afgøre dette skal retten alene, fra tilfælde til tilfælde bedømme de faktiske omstændigheder, dvs., at de opgaver, der udføres af arbejdstagere af de to køn, skal være sammenlignelige. Som det fremgår af *Defrenne*-dommen (præmisserne 16-18), henhører dette helt åbenbart under det område, hvor artikel 119 er umiddelbart anvendelig.

Der kan opstå vanskeligheder i tilfælde, hvor der mellem de to arbejdsperioder er gået så lang tid, at det på grund af de almindelige økonomiske forhold eller de særlige forhold i den pågældende virksomhed ikke længere er muligt med rimelighed at sammenligne de to lønninger. En mere restriktiv lønpolitik kan også påvirke lønningerne fra den ene dag til den anden. Men i sådanne tilfælde er forskelsbehandlingen objektivt begrundet i de forandrede almindelige eller særlige økonomiske forhold, således at der ikke længere kan være tale om en uberettiget og vilkårlig forskel i lønningerne til mænd og kvinder. Også i denne henseende er det afgørende rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder; det kan f.eks. tænkes, at en virksomhed, som vil godtgøre, at den på grund af de økonomiske forhold har været tvunget til at udbetale lavere løn til en kvinde, end den betalte til den mand, der tidligere havde stillingen, vil påberåbe sig omstændigheder i forbindelse med det almindelige lønniveau i eller eventuelt uden for den pågældende virksomhed. Her skal det indskydes, at ingen andre omstændigheder i det konkrete tilfælde har spillet en rolle for den nationale ret, der har forelagt sagen, end at Wendy Smith i sammenligning med sin forgænger modtog lavere løn, samt at arbejdsopgaverne var så godt som identiske.

På denne baggrund anser jeg det for udelukket, at princippet om lige løn uden forskelsbehandling på grund af køn for samme arbejde i samme virksomhed (som omhandlet i EØF-traktatens artikel 119) kun skulle gælde i tilfælde, hvor arbejdet udføres samtidigt af mænd og kvinder.

3. I spørgsmål 2, som kun ønskes besvaret, såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende, anmoder Court of Appeal om en afgørelse af, om ligelønsprincippet kan påberåbes i tilfælde, hvor en kvindelig arbejdstager godtgør at hun modtager ringere betaling for sit arbejde end en mandlig arbejdstager med samme arbejde i samme virksomhed ville have modtaget, hvis han var ansat i hendes stilling, eller ringere betaling end den,

der allerede rent faktisk er modtaget af en mandlig arbejdstager, der har været ansat forud for hendes ansættelsesperiode og har udført samme arbejde i samme virksomhed.

Det er efter min opfattelse en logisk konsekvens af svaret på spørgsmål 1, at også dette spørgsmål må besvares bekræftende. Det er under sagens behandling blevet drøftet, om der kan foretages en hypotetisk sammenligning mellem den løn, en kvinde modtager, og den løn, der *ville være blevet udbetalt* til en mand i hendes stilling. En sådan sammenligning kan imidlertid uden tvivl foretages, når der henvises til den løn, der sædvanligt udbetales eller tilbydes mænd for samme arbejde i samme virksomhed.

Som jeg allerede har nævnt, kan artikel 119 påberåbes, når forskelsbehandlingen beror på kønsforskellen. Dette betyder, at den omstændighed i sig selv, at der konstateres en forskelsbehandling til skade for en kvinde, som modtager lavere løn end en mand har modtaget eller kunne have modtaget for samme arbejde i samme virksomhed, højst kan give grundlag for en ren og skær formodning for, at der er tale om en forbudt forskelsbehandling.

Udover den allerede nævnte mulighed, at forskelsbehandlingen er en følge af ændringer i de almindelige eller særlige økonomiske forhold, er der også den mere specifikke mulighed, at forskellen i lønniveauet, når der er tale om en kvinde, som rent faktisk har overtaget en mands stilling, kan være en følge af arbejdstagernes personlige forhold, f.eks. at den mandlige arbejdstager, kvinden sammenlignes med, havde større anciennitet. I virkeligheden ville en sådan omstændighed kunne være grundlag for en lønforskel, også selv om arbejdet udførtes samtidigt.

En anden særlig situation foreligger, når en virksomheds ledelse anser det for berettiget at omvurdere bestemte arbejdsopgaver, som tidligere blev udført af en mand, og som har været vurderet for højt. Også dette er et rent faktisk spørgsmål, som vedkommende ret skal afgøre på objektivt grundlag (situationen i andre virksomheder i samme branche, eller vurderingen af arbejdsopgaverne som den fremgår af kollektive overenskomster). Det afgørende er, at den lavere løn skal bero på andre omstændigheder end kønsforskellen. Det påhviler den virksomhed, der anklages for at udbetale forskellig løn, at godtgøre, at dette beror på omstændigheder af den nævnte art; og en påvisning af, at der ville have været tale om samme lønnedgang, hvis det havde været en mand — og ikke en kvinde — der var blevet ansat i en anden mands stilling, vil her naturligvis være det bedste bevis.

4. Med spørgsmål 4 — som forudsætter, at det netop omtalte spørgsmål besvares bekræftende — ønsker den nationale ret oplyst, om denne besvarelse »beror på« artikel 1 i Rådets direktiv 75/117.

Jeg har allerede omtalt indholdet af artikel 1. Det er klart, at artiklen har nær sammenhæng med Rom-traktatens artikel 119, eller mere nøjagtigt udtrykt: Det er en gennemførelsesbestemmelse og en udfyldende bestemmelse, idet den udover »samme arbejde« også nævner »arbejde, som tillægges samme værdi«

(og herved optager bestemmelsen i artikel 2 i Den internationale Arbejdsorganisations konvention nr. 100). Det er imidlertid kun under denne udfyldningssynsvinkel i forbindelse med artikel 1 i direktiv 75/117, at man kan rejse spørgsmålet om, hvorvidt besvarelsen af spørgsmål 2 beror på artikel 1 eller kun på artikel 119. Der er for mig ingen tvivl om, at besvarelsen må blive benægtende; jeg har nemlig alene på grundlag af artikel 119 fundet, at det må være udelukket at begrænse ligelønsprincippet til arbejde, der udføres samtidigt af en mand og en kvinde i samme virksomhed. Med andre ord påvirkes dette synspunkt på ingen måde af, at princippet nu — i medfør af direktivet — også omfatter arbejde, som tillægges samme værdi; uafhængigt af denne udvidelse af princippets gyldighedsområde, dvs., også selv om det ikke var blevet udvidet, vil det her forfægtede synspunkt kunne forsvares, og — efter min opfattelse — være det rigtige.

I det konkrete tilfælde har den engelske ret, der har behandlet sagen i første instans — og, ganske vist kun forudsætningsvist, også den ret, der har behandlet sagen i anden instans — anset Wendy Smiths arbejde som stort set det samme som (»broadly similar«) og hendes arbejdsopgaver som stort set sammenlignelige med (»broadly comparable«) den tidligere lagerforvalters arbejde og arbejdsopgaver. På denne baggrund har de nævnte retter ment, at section 1, stk. 4, i Equal Pay Act finder anvendelse, idet de, som jeg nævnte indledningsvis, satte sig ud over den begrænsning, som opstilles i loven, og som går ud på, at kun arbejde, der udføres samtidigt, kan betragtes som sammenligneligt. Dette forklarer også formuleringen af Court of Appeal's første spørgsmål, som spørgsmål 2 knytter sig til. Det står fast, at det tilkommer vedkommende nationale ret at afgøre, om der er tale om samme arbejde eller om arbejde af lignende art. Efter min opfattelse kan det kun helt i almindelighed tilføjes, at den tendens til en udvidende fortolkning og anvendelse af Rom-traktatens artikel 119, som fremgår af Rådets direktiv 75/117, giver grundlag for ikke at anlægge en streng fortolkning af begrebet »samme arbejde« i bestemmelsen. Jeg mener derfor, at begrebet skal forstås således, at det også omfatter arbejde, som udføres af to forskellige, og som i høj grad kan siges at være af lignende art, også selv om der ikke er tale om fuldstændigt samme arbejde.

Det benægtende svar, som jeg således foreslår på spørgsmål 3, indebærer, at det fjerde og sidste spørgsmål, der er forelagt af den engelske ret, bortfalder, idet det — som det er formuleret — kun skal besvares, såfremt spørgsmål 3 besvares bekræftende.

5. Sammenfattende foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Court of Appeal, London, som følger:

1. Det i EØF-traktatens artikel 119 indeholdte princip om lige løn for samme arbejde uden forskelsbehandling på grund af køn er ikke begrænset til at gælde i tilfælde, hvor mænd og kvinder, der er ansat i samme virksomhed, er beskæftiget samtidigt.

2. Det nævnte princip gælder derfor også i tilfælde, hvor en kvinde kan godtgøre, at den løn, hun modtager fra arbejdsgiveren, er lavere end den løn, som en mand tidligere har modtaget, eller lavere end den løn, han kunne have modtaget, hvis han var beskæftiget samtidigt i samme virksomhed og med samme arbejde, dog under forudsætning af, at forskelsbehandlingen ikke er objektivt begrundet i andre forhold end kønsforskellen.

3. Når der er tale om »samme arbejde« — hvorved også skal forstås arbejde, som i høj grad må anses for at være af lignende art — beror den bekræftende besvarelse af de foregående spørgsmål på Rom-traktatens artikel 119 og ikke på artikel 1 i Rådets direktiv 75/117.