FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

fremsat den 13. januar 2000 *

1. Ved kendelse af 4. juni 1998 har Østre Landsret forelagt Domstolen fire præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af direktiv 76/207/EØF [1] og 86/613/EØF [2]. Spørgsmålene drejer sig om ligebehandling af mænd og kvinder, herunder en formodet indirekte forskelsbehandling af en kvindelig speciallæge. Med henblik på besvarelsen må der foretages en undersøgelse af, hvilke nationale og fællesskabsretlige bestemmelser der finder anvendelse i den foreliggende sag, og en vurdering af, hvilke kriterier der skal lægges til grund ved afgørelsen af, om der er tale om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn.

De nationale bestemmelser

2. Efter den ordning, der gælder i Danmark, har personer med bopæl i landet principielt ret til vederlagsfri lægebehandling hos alment praktiserende læger og speciallæger, der har tiltrådt en overenskomst med det offentlige organ, der forvalter sygesikringsordningen. Disse læger får udbetalt deres honorarer direkte fra sygesikringen, mens patienterne ikke betaler noget, men må tåle en række begrænsninger med hensyn til valg af læge. Der findes andre muligheder end denne generelle ordning, idet en læge kan opkræve honorar direkte af de patienter, der ønsker det, ligesom patienter kan vælge en ordning med frit lægevalg. I så fald afholder de selv en væsentlig del af udgifterne. Dette sker dog i meget begrænset omfang. Man kan derfor sige, at i Danmark betaler sygesikringen stort set alle udgifter til lægehjælp direkte til lægerne. En læge må derfor tilslutte sig overenskomsten med sygesikringen, idet han har den væsentligste del af sin indkomst på grundlag af den pågældende overenskomst.

3. I løbet af 1980'erne blev situationen kritisk for sygesikringen som følge af en betydelig og ukontrolleret forøgelse af det offentliges udgifter til vederlagsfri lægebehandling. Problemet var navnlig udgifterne

* Originalsprog: italiensk.

1 — Rådets direktiv 76/207/EØF af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40).

2 — Rådets direktiv 86/613/EØF af 11.12.1986 om anvendelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i selvstændige erhverv, herunder i landbrugserhverv, samt om beskyttelse af kvinder i selvstændige erhverv i forbindelse med graviditet og barsel (EFT L 359, s. 56).

til behandling hos speciallæger, der ofte havde en deltidspraksis. Med henblik på en gradvis begrænsning af det offentliges udgifter på sundhedsområdet og en bedre planlægning af de lægelige ressourcer blev der den 1. juni 1990 indgået en overenskomst mellem Foreningen af Speciallæger (herefter »FAS«) og Sygesikringens Forhandlingsudvalg (herefter »SFU«). Med overenskomsten af 1990 tilstræbtes der en rationalisering dels af speciallægernes honorarordning, dels af deres praksis' status som fuldtidspraksis eller deltidspraksis. Den tilvejebragte ordning indeholder derfor en såkaldt »knækmodel«, som medfører en reduktion af honorarerne for de praksis, der havde de højeste omsætninger, og en såkaldt »transformationsmodel«, hvorved der skete en ændring af status for fuldtidspraksis og deltidspraksis, alt efter deres omsætning.

4. I relation til den foreliggende sag vil jeg ganske kort opholde mig ved den transformationsmodel, der omhandles i overenskomsten af 1990[3]. Det skal navnlig fremhæves, at i henhold til overenskomstens § 15 betragtes kun speciallægepraksis med en maksimal årlig omsætning på 500 000 DKK (400 000 DKK for specialet reumatologi) som deltidspraksis, mens praksis, hvis årlige omsætning er højere end dette beløb, betragtes som fuldtidspraksis. I denne sammenhæng var overenskomstparterne enige om[4], at speciallægehjælp hovedsagelig skal udøves fra fuldtidspraksis, og at nynedsættelser fortrinsvis skal ske som fuldtidspraksis. Dette er udgangspunktet for transformationsmodellen, der, for så vidt nærmere angår den foreliggende sag, indeholder en særlig retlig ordning med henblik på at sikre tilpasningen af situationen for fuldtidspraksis til de nye krav i forbindelse med speciallægehjælp. Efter den pågældende ordning gælder der et omsætningsloft på 500 000 DKK (400 000 DKK for specialet reumatologi) for 1989 (dvs. året før reformen i 1990) og en såkaldt »zone« på 100 000 DKK, der kunne tillægges dette loft. Fuldtidspraksis, hvis omsætning ikke oversteg loftet, skulle omdannes til deltidspraksis, mens praksis, hvis omsætning oversteg loftet og zonen, forblev fuldtidspraksis. Derimod — og dette er relevant for den foreliggende sag — forblev praksis med en omsætning over loftet, men inden for de aftalte zoner, fuldtidspraksis, men blev klausuleret til konvertering til deltidspraksis i forbindelse med salg[5]. Denne mellemkategori af fuld-

3 — Modellen er nærmere beskrevet i et notat fra SFU af 13.2.1990, som overenskomsten indirekte henviser til.

4 — I en anmærkning ad § 13 og 14 i overenskomsten af 1990.

5 — Denne regel er fastsat i punkt 6 i ovennævnte notat af 13.2.1990 fra SFU.

tidspraksis, der er klausuleret i tilfælde af salg [6], er et kompromis mellem på den ene side hensynet til de krav, der var fastsat i reformen, og på den anden side den særlige situation for praksis med en normal omsætning. Der er en enkelt mulighed for lempelse, nemlig at såfremt særlige forhold, f.eks. sygdom, gør, at en fuldtidspraksis befinder sig i de aftalte zoner, tages der udgangspunkt i omsætningen de sidste tre år.

5. Som det vil fremgå nedenfor, omhandler hovedsagen netop den særlige situation for fuldtidspraksis med klausul om konvertering i tilfælde af salg, idet det bestrides, at en sådan ordning er forenelig med fællesskabsretten, fordi der er tale om indirekte forskelsbehandling af kvindelige speciallæger.

De faktiske omstændigheder i hovedsagen

6. Birgitte Jørgensen, der er reumatolog, havde på tidspunktet for de faktiske omstændigheder en fuldtidspraksis, hvis omsætning i 1989 var på 424 016 DKK Som følge af anvendelsen af den ovenfor beskrevne transformationsmodel meddelte FAS hende ved skrivelse af 18. maj 1990, at hun kunne fortsætte som fuldtidspraktiserende speciallæge, men at hendes praksis blev klausuleret således, at den ved salg skulle overgå til deltidspraksis. Ved skrivelse af 1. juni 1990 anmodede Birgitte Jørgensen FAS om, at hendes praksis ikke blev omdannet til deltidspraksis ved overdragelse, idet hun bl.a. henviste til den særlige situation, hun havde befundet sig i, fordi hun på grund af sine familiemæssige forpligtelser ikke havde kunnet arbejde fuldt ud, idet hun måtte tage sig af sine tre børn. I den efterfølgende brevveksling med FAS rejste hun også spørgsmål om erstatning for eventuelt tab — som følge af en væsentlig nedsættelse af goodwill-værdien — som hun ville lide på grund af transformationsklausulen, såfremt hun besluttede at sælge sin praksis, når hun ophørte med at arbejde. Ved skrivelse af 28. november 1990 meddelte FAS imidlertid, at man fastholdt den foretagne transformation. Ved skrivelse af 18. december 1990 påklagede hun denne afgørelse til Speciallægesamarbejdsudvalget i Frederiksborg Amt. Udvalget meddelte hende ved skrivelse af 19. marts 1991, at man havde vedtaget at afslå hendes anmodning om fritagelse for den pålagte klausul. Birgitte Jørgensen anlagde herefter sag til prøvelse af denne afgørelse.

7. Under sagen gjorde hun bl.a. gældende, at der er tale om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn over for hende. Til støtte herfor henviste hun til en erklæring

6 — I praksis taler man om »fuldtidspraksis med klausul«.

fra en af hende udpeget ekspert i statistik [7]. Også de sagsøgte (FAS og SFU) har fremlagt en sagkyndig erklæring [8], som efter deres opfattelse godtgør, at der ikke er tale om forskelsbehandling på grundlag af køn. Forskellen mellem de to eksperters vurderinger — de er ikke uenige med hensyn til valg af metoder, beregninger eller lignende forhold af statistisk art — skyldes reelt de forudsætninger, de har lagt til grund for deres vurderinger. Den af sagsøgeren udpegede sagkyndige har lagt vægt på de ulemper, transformationsklausulen medfører isoleret set, idet han har foretaget en punkt-for-punkt-sammenligning, mens den af de sagsøgte udpegede sagkyndige har valgt at se på virkningerne af den transformationsmodel, der er vedtaget for speciallæger, bedømt under ét, idet han har foretaget en samlet vurdering af eventuelt diskriminerende virkninger af ordningen, bedømt under ét. Som det vil fremgå, er denne forskel kommet til udtryk i de præjudicielle spørgsmål, Østre Landsret har forelagt for Domstolen.

De præjudicielle spørgsmål

8. Med henblik på en bedre forståelse af de præjudicielle spørgsmål må det understreges, på hvilken måde parterne er uenige med hensyn til, hvilke forudsætninger der skal lægges til grund ved afgørelsen af, om der er tale om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn. Ifølge sagsøgeren skal der foretages en punkt-for-punkt-sammenligning af transformationsmodellens enkelte komponenter, mens der efter de sagsøgtes opfattelse skal foretages en samlet bedømmelse af de pågældende komponenter. Østre Landsret er ikke fremkommet med bemærkninger om, hvilket af de to synspunkter der efter dens opfattelse er korrekt, men derimod om, hvilke virkninger de respektive løsninger uundgåeligt vil have. Østre Landsret har således bemærket, at såfremt man vælger en sammenligning punkt for punkt og herefter foretager en nærmere vurdering af transformationsklausulen og i den forbindelse ser bort fra transformationsmodellens øvrige komponenter, er der ingen tvivl om, at den pågældende klausul objektivt set er udtryk for forskelsbehandling på grundlag af køn, idet denne form for transformation rammer forholdsvis væsentligt flere kvindelige speciallæger end mandlige speciallæger. Såfremt man imidlertid måtte vælge at foretage en helhedsvurdering af alle virkningerne af transformationsmodellen, må man efter Østre Landsrets opfattelse være enig med de sagsøgte i, at der ikke er nogen signifikant forskel på, hvorledes henholdsvis mandlige og kvindelige speciallægers udøvelse af deres praksis berøres af den pågældende model. Selv om begge de to muligheder efter rettens opfattelse kan forsvares, har de imidlertid ikke alene forskellige retsvirkninger, men spørgsmålet om, hvorledes transformationsklausulens påståede diskriminerende virkninger retligt skal vurderes, er også forskelligt. Sammenligningen punkt for punkt har således typisk været valgt i sager om lige løn [9],

7 — Professor Steffen L. Lauritzen fra Aalborg Universitetscenter. Hans erklæring er delvis gengivet i forelæggelseskendelsen.

8 — Den er udarbejdet af professor Knut Conradsen, Danmarks Tekniske Universitet. Også denne erklæring er delvis gengivet i forelæggelseskendelsen.

9 — På dette punkt har Domstolens praksis været fast siden dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 34 og 35.

hvilket medfører, at man i så fald også skal inddrage en omstændighed, der er karakteristisk for sådanne sager, i denne sag, som ifølge retten imidlertid er en ligebehandlingssag [10].

9. Jeg vil herefter gå over til at behandle de enkelte spørgsmål. Udgangspunktet for det første spørgsmål er, at Østre Landsret ønsker oplyst, hvorledes bedømmelsen af indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn skal foretages i en ligebehandlingssag i henhold til direktiv 76/207 og 86/613. Dette giver mig anledning til at fremkomme med nogle generelle bemærkninger vedrørende de fællesskabsretlige bestemmelser, der finder anvendelse i hovedsagen, som — og det må understreges — drejer sig om ligebehandling af personer, som udøver selvstændig virksomhed. For så vidt nærmere angår det materielle indhold af det første spørgsmål ønsker Østre Landsret oplyst, om der med henblik på bedømmelsen af, om der foreligger indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, skal foretages en sammenligning punkt for punkt af alle de elementer, der indgår i den transformationsmodel, der har været gældende for speciallæger siden 1990, eller om der skal foretages en helhedsvurdering af alle elementer under ét. Som allerede nævnt har Østre Landsret præciseret, at selv om transformationsmodellen vurderet under ét og set som en helhed er kønsneutral, indeholder den dog bestemmelser — som f.eks. transformationsklausulen i tilfælde af salg — som i sig selv kan have virkninger, der objektivt set er udtryk for forskelsbehandling af kvindelige speciallæger.

10. Med det andet spørgsmål ønsker Østre Landsret oplyst, »hvorvidt hensynene vedrørende budgetsikkerhed, besparelser og praksisplanlægning kan betragtes som... objektive og saglige hensyn«, der kan begrunde en eventuel indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn. Henset til, hvad der er anført i forelæggelseskendelsen, ønskes dette spørgsmål besvaret, såfremt det første spørgsmål måtte blive besvaret med, at der skal foretages en sammenligning punkt for punkt af de enkelte elementer i hovedsagen, i hvilket tilfælde der — ifølge Østre Landsret — automatisk vil være tale om indirekte forskelsbehandling.

11. Det tredje og fjerde spørgsmål omhandler det samme problem. Østre Landsret ønsker oplyst, om vederlag for goodwill, som en speciallæge måtte opnå ved afståelse af praksis på det tidspunkt, hvor den pågældende når pensionsalderen, kan sidestilles med opsparing til pension for en lønmodtager. Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, ønsker Østre Landsret oplyst, om der i så fald skal anvendes det princip, som kan udledes af dommen i

10 — På dette punkt er der enighed mellem parterne. Som det vil fremgå, er der heller ikke med hensyn til det tredje og fjerde spørgsmål tvist for så vidt angår den retlige problemstilling i hovedsagen.

Grau-Hupka-sagen [11], og hvorefter der ikke består pligt for medlemsstaterne til at tillægge personer, der har varetaget deres børns pasning, fordel i henseende til aldersforsikring eller til at sikre ret til ydelser på grundlag af perioder, i hvilke den erhvervsmæssige beskæftigelse har været afbrudt som følge af børnepasning.

Indledende bemærkninger vedrørende de relevante fællesskabsretlige bestemmelser

12. Jeg er enig med Østre Landsret i, at hovedsagen omhandler ligebehandling af mænd og kvinder [12]. Aspekterne omkring løn kommer således ikke på nogen måde ind i billedet i den foreliggende sag, der omhandler personer i selvstændige erhverv, som ikke er knyttet til en arbejdsgiver gennem en arbejdsaftale, men som kun er tilsluttet en faglig sammenslutning, der har indgået en overenskomst med det organ, der forvalter sygesikringen. Hverken EF-traktatens artikel 119 (EF-traktatens artikel 117-120 er blevet erstattet af artikel 136 EF — 143 EF), som alene omhandler lige løn [13], eller direktiv 75/117/EØF [14], som gennemfører disse principper, finder derfor anvendelse.

13. Østre Landsret har således med rette henledt Domstolens opmærksomhed på direktiv 76/207 og 86/613, som begge omhandler gennemførelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder. Af de nævnte to direktiver er det efter min opfattelse direktiv 86/613, som er mest relevant for den foreliggende sag, der drejer sig om en bestemmelse i en overenskomst, som vedrører personer i selvstændige erhverv, som f.eks. speciallæger. Selv om Domstolen ikke har fortolket direktiv 86/613, som Rådet har udstedt under henvisning til EF-traktatens artikel 100 og 235, kan der ved fortolkningen af direktivet anvendes nogle af de principper, Domstolen har opstillet i relation til direktiv 76/207. Der er i hvert fald ikke tvivl om, at anvendelsesområdet for direktiv 86/613 omfatter situationen for sagsøgeren i hovedsagen. I dette direktivs artikel 1 hedder det således, at direktivet har til formål at sikre, »at princippet om ligebehandling... anvendes i medlemsstaterne på mænd og kvinder i selvstændige erhverv«. I artikel 2, litra a), præciseres det, at der ved udtrykket »selvstændige erhvervsdrivende« forstås »enhver, der på vilkår fastsat i den nationale lovgivning arbejder i egen virksomhed med gevinst for øje, herunder inden for... de liberale erhverv«. Direktiv 86/613 har

11 — Dom af 13.12.1994, sag C-297/93, Sml. I, s. 5535.

12 — Med dette udtryk tænkes der i almindelighed på alle aspekter omkring ligebehandling mand-kvinde, bortset fra aspekter vedrørende løn.

13 — Artikel 137, stk. 1, EF, og artikel 141, stk. 3, EF, omhandler nu også ligebehandling, men var ikke i kraft på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, idet de trådte i kraft med Amsterdam-traktaten den 1.5.1999.

14 — Rådets direktiv 75/117/EØF af 10.2.1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45, s. 19).

således et selvstændigt formål i forhold til formålet med direktiv 76/207, som indeholder bestemmelser med henblik på beskyttelse af arbejdstagere. At der er tale om et selvstændigt formål, følger såvel af betragtningerne til [15] som af bestemmelserne i [16] direktiv 86/613.

14. Artikel 3 i direktiv 86/613 bestemmer, at »princippet om ligebehandling... indebærer, at der ikke finder forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte...«. Formuleringen er næsten den samme som i artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207. Begrebet indirekte forskelsbehandling er derimod ikke klart defineret, hverken i direktiv 86/613 eller i direktiv 76/207. Det kan imidlertid ikke alene udledes af den betydelige retspraksis på området [17], men også af artikel 2, stk. 2, i direktiv 97/80/EF [18], som bestemmer: »Ifølge det... omhandlede ligebehandlingsprincip er der tale om indirekte forskelsbehandling, når en bestemmelse, et kriterium eller en praksis, der tilsyneladende er neutral(t), stiller et væsentligt større antal personer af det ene køn ringere, medmindre denne bestemmelse, dette kriterium eller denne praksis er hensigtsmæssig(t) og nødvendig(t) og kan begrundes i objektive ikke-kønsrelaterede faktorer.«

15. Endvidere er det i artikel 4 i direktiv 86/613 fastsat: »Med hensyn til selvstændige erhvervsdrivende træffer medlemsstaterne de nødvendige foranstaltninger til at afskaffe alle bestemmelser, der er i modstrid med princippet om ligebehandling, således som defineret i direktiv 76/207, navnlig for så vidt angår oprettelse, indretning eller udvidelse af en virksomhed samt påbegyndelse eller udvidelse af enhver anden form for selvstændig erhvervsvirksomhed, herunder finansielle faciliteter.« Henvisningen i den pågældende artikel til direktiv 76/207 er ikke uden videre forståelig. For mig at se henviser ovennævnte bestemmelse ikke til den definition af princippet om ligebehandling, der er indeholdt i artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207, hvis ordlyd, der er den samme som i artikel 3 i direktiv 86/613, ikke indeholder noget nyt i forhold til sidstnævnte artikel. Efter min opfattelse må det snarere antages, at den pågældende henvisning omfatter alle de fortolkningskriterier, der er anvendt med henblik på vurderingen, i relation til direktiv 76/207, af det retlige begreb ligebehandling, uden hensyn til de faktiske omstændigheder, dvs. adgang til arbejde, erhvervsuddannelse og forfremmelse samt arbejdsvilkår, som anvendelsen af begrebet i praksis har udmøntet sig i. Efter min opfattelse er det derfor relevant også at henvise til artikel 3, 4 og 5 i direktiv 76/207, som alle inde-

15 — F.eks. sjette betragtning, hvori det hedder, at »med hensyn til personer i selvstændige erhverv... må ligebehandlingsprincippet søges gennemført gennem præcise foranstaltninger, der tager højde for sådanne personers særlige situation«.

16 — Jf. direktivets artikel 1, hvori det fastslås, at direktivet skal sikre, at princippet om ligebehandling anvendes for så vidt angår de områder, der ikke er omfattet af andre direktiver.

17 — Siden dom af 31.3.1981, sag 96/80, Jenkins, Sml. s. 911 (for så vidt angår spørgsmålet om lige løn).

18 — Rådets direktiv 97/80/EF af 15.12.1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn (EFT 1998 L 14, s. 6). Fristen for gennemførelse af dette direktiv er fastsat til den 1.1.2001.

holder en enslydende bestemmelse, hvorefter medlemsstaterne skal træffe de nødvendige foranstaltninger til — bl.a. — »at de bestemmelser i kollektive overenskomster eller individuelle arbejdskontrakter, i virksomheders interne reglementer eller i vedtægter for selvstændige erhverv, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, kan erklæres ugyldige eller ændres« [19].

16. For så vidt angår den foreliggende sag skal jeg for god ordens skyld minde om, at bestemmelserne i direktiv 76/207 og 86/613 er blevet gennemført i dansk ret ved lov nr. 244 af 19. april 1989 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov mv., som i det væsentlige gentager direktivernes bestemmelser. Navnlig er ligebehandlingsprincippet i henhold til lovens § 5, stk. 1, blevet udvidet til også at omfatte alle, der udøver et selvstændigt erhverv.

Det første spørgsmål

17. Med det første spørgsmål ønsker Østre Landsret indledningsvis oplyst, om spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, i en sag som den foreliggende, som omhandler ligebehandling, skal bedømmes i henhold til direktiv 76/207 og 86/613. På baggrund af de bemærkninger, jeg allerede er fremkommet med vedrørende de relevante fællesskabsretlige bestemmelser, er det min opfattelse, at en bestemmelse i en overenskomst som f.eks. den, der er fastsat i den transformationsmodel, der blev indført ved overenskomsten af 1. juni 1990 mellem Foreningen af Speciallæger og Sygesikringens Forhandlingsudvalg, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 86/613, fortolket i lyset af direktiv 76/207. Tvisten i hovedsagen vedrører således gennemførelsen af ligebehandlingsprincippet i relation til en påstået indirekte forskelsbehandling af kvindelige speciallæger. Artikel 3 og 4 i direktiv 86/613 er således relevante, mens henvisningen i dette direktivs artikel 4 til direktiv 76/207 medfører, at også en bestemmelse i en overenskomst som den her omhandlede kan tages i betragtning. Som allerede nævnt omfatter sidstnævnte direktivs artikel 3, 4 og 5 også »de bestemmelser i kollektive overenskomster... som er i modstrid med princippet om ligebehandling«, og udtrykket »kollektive overenskomster« må nødvendigvis også omfatte en overenskomst, der er indgået mellem en faglig sammenslutning som f.eks. den danske Foreningen af Speciallæger, som alle læger inden for området er tilsluttet, og den administrative myndighed, som forvalter sygesikringen [20]. Endvidere har Domstolen i en række afgørelser fastslået, at på grund af sin præceptivitet »gælder forbuddet mod forskelsbehandling af mandlige og kvinde-

19 — Artikel 3, stk. 2, litra b), artikel 4, litra b), og artikel 5, stk. 2, litra b).

20 — I relation til den foreliggende sag er det for mig at se derfor ikke relevant at tage stilling til, om den pågældende overenskomst er offentligretlig eller privatretlig.

lige ansatte ikke blot for offentlige myndigheder, men omfatter også alle overenskomster, der kollektivt regulerer arbejdsforhold, og aftaler mellem private« [21]. Denne retspraksis kan uden videre anvendes i den foreliggende sag.

18. Efter at have taget stilling til dette aspekt omkring det første spørgsmål vil jeg gå over til at behandle det centrale problem. Som allerede nævnt ønsker Østre Landsret oplyst, om der ved bedømmelsen af, om der i en ligebehandlingssag er tale om forskelsbehandling på grundlag af køn, skal foretages en sammenligning punkt for punkt af alle de elementer, der indgår i transformationsmodellen, eller en helhedsvurdering af alle elementer under ét.

19. Alle sagens parter samt Kommissionen er enige om, at der i ligelønssager typisk foretages en punkt-for-punkt-sammenligning af de elementer, som indgår i en neutral ordning, der påstås at være udtryk for indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn. Dette bekræftes af Barber-dommen, hvori det fastslås, at »ligelønsprincippet skal overholdes for hver enkelt del af lønnen og ikke kun ud fra en samlet vurdering af de ydelser, arbejdstagerne modtager« [22]. For så vidt angår ligebehandlingssager har Domstolen derimod ikke opstillet et tilsvarende princip med hensyn til rækkevidden af direktiv 76/207. Man må derfor rejse det spørgsmål, om denne omstændighed må fortolkes som en stiltiende afvisning af, at der kan foretages en punkt-for-punkt-sammenligning i ligebehandlingssager, således som de sagsøgte i hovedsagen har anført, eller om den må tages som udtryk for, at en sådan fremgangsmåde også bør anvendes i ligebehandlingssager, således som både sagsøgeren i hovedsagen og Kommissionen har anført i deres skriftlige indlæg.

20. Jeg er på dette punkt enig med de sagsøgte i, at der i ligebehandlingssager, som omhandler mere omfattende og komplekse problemstillinger end ligelønssager [23], skal anvendes passende fortolkningsmetoder. En punkt-for-punkt-sammenligning kan derfor ikke være hovedreglen, når der er tale om ligebehandlingssager. I mit forslag til afgørelse af 12. oktober 1999 i sag C-196/98, Regina Virginia Hepple m.fl. mod Adjudication Officer, som omhandler ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring, gav jeg udtryk for, at der ved beregningen af en supplerende ydelse bestemt til at tilvejebringe ligebehandling bør foretages en samlet vurdering af alle de elementer, der

21 — Dom af 27.6.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2581, præmis 12. Se også dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455, præmis 39, af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, præmis 11, og senest dom af 9.9.1999, sag C-281/97, Krüger, Sml. I, s. 5127, præmis 20, og af 21.10.1999, sag C-333/97, Lewen, Sml. I, s. 7243, præmis 26.

22 — Barber-dommen, præmis 35.

23 — F.eks. spørgsmål vedrørende afskedigelser, barselsorlov eller fremgangsmåder ved ansættelse.

er relevante for den pågældende sag, idet der herved ikke alene tages hensyn til de aldersbetingede fordele og ulemper, men også til alle de fordele, som den, der påstår at være forskelsbehandlet, oppebærer i kraft af andre bestemmelser i den sociale sikringsordning [24]. Dette synspunkt underbygges også af enkelte bemærkninger i retspraksis. I den kendte Hertz-dom [25] tog Domstolen hensyn til alle de danske bestemmelser om afskedigelse, og den undersøgte alle elementerne i den konkrete sag med henblik på at fastslå, om afskedigelse på grund af fravær som følge af sygdom forårsaget af graviditet eller fødsel var forenelig med direktiv 76/207. Generaladvokat Darmon understregede i sit forslag til afgørelse i sagen [26], hvor vigtigt det er, at der tages hensyn til alle de mulige følger af en sådan årsag til afskedigelse, herunder eventuelle økonomiske problemer, som en arbejdsgiver, der på sin virksomhed fortsat skal have ansat en kvindelig arbejdstager, som ikke kan udføre sit arbejde, måtte have. Et tilsvarende synspunkt anvendte Domstolen også i Habermann-Bertelmann-dommen [27] med hensyn til retsvirkningerne af et i den tyske lov om beskyttelse af mødre (»Mutterschutzgesetz«) fastsat forbud mod natarbejde for gravide kvinder og kvinder, som ammer, samt i den senere Høj Pedersen-dom [28], som omhandlede de negative følger af danske bestemmelser, som stillede kvindelige arbejdstagere ringere i tilfælde af graviditetsbetinget fravær. Ved afgørelsen af, om der var tale om en eventuel forskelsbehandling på grundlag af køn, vurderede Domstolen den omtvistede danske ordning under ét, og den valgte løsninger, der var baseret på tilsidesættelse dels af princippet om lige løn, dels af princippet om ligebehandling.

21. På baggrund af ovennævnte bemærkninger er jeg ved afgørelsen af, om princippet om ligebehandling er tilsidesat, tilbøjelig til at foretrække den løsning, at der anlægges en samlet vurdering af alle de elementer, der indgår i sagen. Et sådant synspunkt er ikke i strid med princippet om, at domstolskontrollen med nationale bestemmelser, som eventuelt kan være i strid med princippet om ligebehandling, skal være gennemskuelig. Som FAS og SFU har anført, omhandler ligebehandlingssager i modsætning til ligelønssager normalt generelle bestemmelser, der ud fra et indholdsmæssigt synspunkt og deres funktion i praksis er komplekse. Hvis man derfor foretager en sammenligning punkt for punkt, risikerer man, at der lægges for meget vægt på enkelte elementer, som påstås at være udtryk for forskelsbehandling, og at der således ses bort fra det egentlige indhold af de relevante bestemmelser. Naturligvis må man være klar over betydningen og rækkevidden af den samlede vurdering. Efter min opfattelse er det kun elementer, som er tilstrækkeligt homogene, der kan tages i betragtning, og

24 — Punkt 40 og 41 i forslaget til afgørelse. Jeg nåede frem til dette resultat, idet jeg tog udgangspunkt i, at retten til den supplerende ydelse har hjemmel i det fællesskabsretlige ligebehandlingsprincip, og at der med henblik på at sikre en faktisk ligebehandling som parameter nødvendigvis må anvendes den *samlede* behandling af de personer, der udgør referencegrundlaget, dvs. personer, der ikke er udsat for forskelsbehandling. Denne parameter udgøres netop af alle de fordele, der i henhold til de nationale bestemmelser er sikret de pågældende personer i form af ydelser ved invaliditet.

25 — Dom af 8.11.1990, sag C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, Sml. I, s. 3979.

26 — Forslag til afgørelse i sagerne C-177/88 og C-179/88, Sml. 1990 I, s. 3956, punkt 43-50.

27 — Dom af 5.5.1994, sag C-421/92, Sml. I, s. 1657.

28 — Dom af 19.11.1998, sag C-66/96, Sml. I, s. 7327.

elementer, der efter deres art ikke kan sammenlignes, kommer således ikke i betragtning.

22. Den foreliggende sag er et godt eksempel til illustration af, at en sådan fortolkning er holdbar. Isoleret set kan den transformationsklausul, der gælder for en speciallægepraksis i tilfælde af salg, ikke tillægges særlig betydning. Som FAS og SFU ubestridt anførte under retsmødet, har den pågældende klausul, som er fastsat i transformationsmodellens punkt 6, efter sin ikrafttræden kun berørt 22 speciallæger, heraf 14 kvinder og 8 mænd, mens det samlede antal speciallæger, der var medlemmer af FAS den 1. juni 1991, udgjorde 1 680 personer, heraf 302 kvinder og 1 378 mænd [29]. Som det fremgår, er der tale om en meget lav procentdel — ca. 1,3% — af læger, der har været berørt af den pågældende klausul [30]. For at få fuld klarhed over klausulens betydning og rækkevidde må den nødvendigvis ses i relation til, bedømmes og vurderes som led i hele den transformationsmodel, der blev indført i 1990, i forhold til en homogen kategori af personer, der berøres af ordningen, dvs. speciallæger med fuldtidspraksis (som Birgitte Jørgensen). Såfremt man ser på de bestemmelser i transformationsmodellen, der berører fuldtidspraktiserende speciallæger, under ét, fremgår det, at der kan være tale om tre mulige situationer: a) praksis, hvis omsætning er lavere end det aftalte omsætningsloft, og som har måttet omdannes til deltidspraksis, b) praksis, hvis omsætning ligger over omsætningsloftet, men inden for den aftalte zone, og som har kunnet fortsætte som fuldtidspraksis, men er blevet pålagt transformationsklausulen (praksis med klausul, hvilket er tilfældet for Birgitte Jørgensen), og c) praksis, hvis omsætning ligger over omsætningsloftet og den aftalte zone, og som er forblevet fuldtidspraksis uden nogen begrænsninger, selv om der i henhold til »knækmodellen« foretages reduktioner i honorarerne. Under disse omstændigheder medfører det forhold, at der anlægges en samlet vurdering, at der skal foretages en bedømmelse af virkningerne af ordningen som helhed for fuldtidspraktiserende mandlige og kvindelige speciallæger.

23. Sammenfattende er det med hensyn til det første spørgsmål herefter min opfattelse, at bestemmelser i en overenskomst som dem, der er fastsat i den transformationsmodel, der blev indført som led i overenskomsten af 1. juni 1990 mellem Foreningen af Speciallæger og Sygeforsikringens Forhandlingsudvalg, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 86/613, fortolket i lyset af direktiv 76/207, og at der ved bedømmelsen af, om de omtvistede bestemmelser er udtryk for indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, skal foretages en helhedsvurdering af virkningerne af alle de elementer, der indgår i de

29 — Disse oplysninger fremgår af den sagkyndige erklæring fra professor Lauritzen, der er fremlagt i sagen, og i den af professor Conradsen udarbejdede sagkyndige erklæring bestrides det ikke, at disse tal er korrekte.

30 — Ifølge en tabel, der er optaget som bilag til professor Lauritzens sagkyndige erklæring, var der i 1989 kun én speciallæge i reumatologi, hvis omsætning lå inden for zonen mellem 400 000 og 500 000 DKK

omtvistede bestemmelser, for fuldtidspraktiserende mandlige og kvindelige speciallæger.

24. Lad mig tilføje, at i henhold til fast retspraksis [31] tilkommer det den nationale domstol på grundlag af en helhedsvurdering at afgøre, om der i den konkrete sag er tale om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn. Navnlig skal den nationale domstol vurdere, om de til rådighed værende statistiske oplysninger »omfatte[r] et tilstrækkeligt antal personer [...], ikke [er] udtryk for tilfældige eller kortvarige omstændigheder, og at de, generelt set, viser sig at være væsentlige« [32] og således på grundlag af de pågældende oplysninger tage stilling til, om transformationsmodellen, set under ét, rammer langt flere [33] fuldtidspraktiserende kvindelige speciallæger end fuldtidspraktiserende mandlige speciallæger.

Det andet spørgsmål

25. Østre Landsret har dernæst forelagt Domstolen et spørgsmål, som drejer sig om, hvilke hensyn der eventuelt kan begrunde den indirekte forskelsbehandling, der måtte følge af de omtvistede overenskomstbestemmelser. Retten har dog gjort det på en måde, der tilsyneladende er betinget (»såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende...«). Jeg forstår rettens ræsonnement således: Kun såfremt der skal foretages en sammenligning punkt for punkt, kunne der i den foreliggende sag være tale om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, og man måtte derfor se nærmere på de mulige hensyn, der kan begrunde en sådan forskelsbehandling. Da det efter min opfattelse er udelukket, at der i den foreliggende sag skal foretages en sammenligning punkt for punkt, kan man ud fra Østre Landsrets ræsonnement ikke forestille sig, at der kan være tale om indirekte forskelsbehandling, og det er derfor heller ikke nødvendigt at undersøge, om der foreligger sådanne begrundede hensyn. Ud fra dette synspunkt skal det andet spørgsmål derfor ikke besvares. En sådan løsning, som tilsyneladende er logisk, er jeg imidlertid ikke enig i, når det tages i betragtning, på grundlag af hvilke retlige omstændigheder den nationale retsinstans skal træffe afgørelse vedrørende realiteten i hovedsagen. For det første kan forholdet være det, at retten eventuelt råder over yderligere statistiske oplysninger, eller at der er fremkommet nye faktiske omstændigheder, som kan ændre rettens første vurdering af, om der er tale om forskelsbehandling. For det andet kan det ikke udelukkes, at en sådan første vurdering må ændres, såfremt fastlæggelsen af, hvilke diskriminerende virkninger den omtvistede ordning måtte have, kun foretages i relation til fuldtidspraktiserende speciallæger. Det er derfor ikke på nogen måde overflødigt at besvare det andet spørgsmål, når henses til, hvor kompleks den endelige bedømmelse er. I øvrigt fremgår det af Domstolens faste praksis, at afgørelsen af, om der er tale om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, skal ske på grundlag dels af statistiske oplysninger, dels af en vurdering af, om en sådan forskelsbehandling er begrundet i objektive

31 — Jf. senest dom af 9.2.1999, sag C-167/97, Seymour-Smith, Sml. I, s. 623, præmis 61 og 62.

32 — Jf. dom af 27.10.1993, sag C-127/92, Enderby, Sml. I, s. 5535, præmis 17.

33 — For så vidt angår denne kvantitative betingelse har retspraksis vedrørende indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn været fast siden Jenkins-dommen, præmis 13.

faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn[34].

26. Man må herefter rejse det spørgsmål, om hensyn vedrørende »budgetsikkerhed, besparelser og praksisplanlægning« kan betragtes som sådanne objektive og saglige hensyn, der kan begrunde en eventuel indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn. De pågældende hensyn må ses som led i de generelle formål med 1990-reformen, som i det væsentlige var at opnå en gradvis begrænsning af det offentliges udgifter inden for sundhedsområdet og en bedre planlægning af de lægelige ressourcer. Jeg vil først behandle aspekterne omkring budgetsikkerhed og den deraf følgende begrænsning af de offentlige udgifter, og derefter aspekterne i forbindelse med planlægningen af de lægelige ressourcer.

27. For så vidt angår hensynet til budgetsikkerhed og offentlige udgifter har Domstolen i Roks m.fl.-dommen[35] fastslået, at selv om budgetmæssige hensyn »kan være afgørende for en medlemsstats socialpolitiske valg og påvirke arten og omfanget af de socialsikringsforanstaltninger, staten ønsker at træffe, udgør de imidlertid ikke i sig selv et mål for socialpolitikken og kan derfor ikke begrunde en forskelsbehandling på grundlag af køn«[36]. Baggrunden for dette synspunkt er klart, idet Domstolen tilføjede: »En anerkendelse af, at budgetmæssige hensyn kan begrunde en forskellig behandling af mænd og kvinder, som uden sådanne hensyn ville udgøre en indirekte forskelsbehandling... ville indebære, at anvendelsen og rækkevidden af en så grundlæggende fællesskabsretlig bestemmelse som princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i henseende til tid og sted kan variere alt efter medlemsstaternes finansielle situation«[37]. Dette ræsonnement kan også anvendes i den foreliggende sag.

28. For så vidt angår de hensyn, der vedrører planlægningen af de lægelige ressourcer, skal jeg med henvisning til den ovenfor nævnte retspraksis fremhæve, at for at sådanne hensyn kan begrunde en forskelsbehandling på grundlag af køn, skal de bygge på et socialpolitisk valg. Hovedformålet med transformationsmodellen var i det væsentlige at gennemføre en rationalisering af fuldtids- og deltidspraksis ud fra hensynet til patienterne. Et af formålene med reformen var således at »sikre befolkningen adgang til speciallægehjælp... ved hovedsagelig fuldtidspraktiserende speciallæger«[38]. Ud fra dette synspunkt tilkommer det den nationale retsinstans at efterprøve, om vedtagelsen af transformationsmodellen faktisk kan være et konkret udtryk for et præcist hensyn, der er forbundet med et socialpolitisk program. I den sammenhæng skal jeg gøre opmærksom på, at i henhold til Domstolens faste praksis

34 — Jf. senest Seymour-Smith-dommen, præmis 60.

35 — Dom af 24.2.1994, sag C-343/92, Sml. I, s. 571, præmis 35, 36 og 37.

36 — Dommens præmis 35.

37 — Dommens præmis 36.

38 — Jf. § 2, stk. 2, i overenskomsten af 1990, der er gengivet i forelæggelseskendelsen. Ovennævnte anmærkning ad overenskomstens § 13 og 14 synes også at udspringe af dette hensyn.

kan socialpolitiske hensyn begrunde endog grove tilfælde af indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn [39], naturligvis på betingelse af, at den diskriminerende virkning ikke går ud over, hvad der er strengt nødvendigt for at opnå det forfulgte formål [40].

29. Jeg skal herefter foreslå, at det andet spørgsmål besvares med, at artikel 3 i direktiv 86/613, sammenholdt med direktivets artikel 4, fortolket i lyset af direktiv 76/207, medfører, at en eventuel indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn som den i hovedsagen omhandlede kun kan begrundes ud fra socialpolitiske hensyn, såfremt den diskriminerende virkning ikke går ud over, hvad der er strengt nødvendigt for at opnå det forfulgte formål.

39 — Jf. dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, præmis 14 (som vedrørte nationale bestemmelser, hvorefter arbejdstagere, hvis normale arbejdstid ikke oversteg ti timer om ugen eller 45 timer om måneden, ikke fik udbetalt løn i tilfælde af sygdom), af 7.5.1991, sag C-229/89, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2205, præmis 19-25 (som vedrørte en ordning om beregning af ydelser ved arbejdsløshed og ved invaliditet, der var baseret på diskriminerende vilkår), af 19.11.1992, sag C-226/91, Molenbroek, Sml. I, s. 5943, præmis 19 (som vedrørte en ordning om alderspension, hvorefter et tillæg blev beregnet på grundlag af kriterier, der var udtryk for forskelsbehandling), af 14.12.1995, sag C-444/93, Megner og Scheffel, Sml. I, s. 4741, præmis 24 (som vedrørte nationale bestemmelser, hvorefter personer, der var ansat i ubetydelig beskæftigelse eller som korttidsbeskæftigede, ikke var omfattet af forsikringspligt i henhold til de lovbestemte syge- og alderspensionsforsikringer), af 7.3.1996, sag C-278/93, Freers og Speckmann, Sml. I, s. 1165, præmis 28 (som vedrørte bestemmelser, hvorefter den godtgørelse, deltidsbeskæftigede personaleudvalgsmedlemmer fik udbetalt i forbindelse med deltagelse i kurser, var begrænset), og Seymour-Smith-dommen, præmis 69 (som vedrørte nationale bestemmelser, hvorefter en arbejdstager i tilfælde af uberettiget afskedigelse kun kunne genindtræde i sin stilling, såfremt han havde været ansat i mindst to år).

40 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 19.

Det tredje og fjerde spørgsmål

30. Lad mig med det samme sige, at det efter min opfattelse ikke er helt klart, hvorfor Østre Landsret har forelagt det tredje og fjerde spørgsmål. Ud fra forelæggelseskendelsen er der tale om et hensyn, der i sidste instans i hvert fald delvis kan begrunde transformationsmodellen. Såfremt der måtte være tale om en form for forskelsbehandling på grundlag af køn, som ikke kan begrundes ud fra nogen af de hensyn, der er taget i betragtning i forbindelse med det andet spørgsmål, kunne det forhold, at vederlag for goodwill, som sagsøgeren i hovedsagen måtte opnå ved afståelse af praksis på det tidspunkt, hvor hun når pensionsalderen, kvalificeres som opsparing til pension, medføre, at de principper, Domstolen opstillede i Grau-Hupka-dommen [41], finder anvendelse. Heri fastslog Domstolen bl.a., at medlemsstaterne ikke har pligt til at tillægge personer, der har varetaget deres børns pasning, fordele i henseende til aldersforsikring. Ud fra dette synspunkt kan de to spørgsmål i et vist omfang — om end marginalt — være relevante med henblik på en korrekt afgørelse af sagen, og dette er baggrunden for, at de efter min opfattelse bør besvares. I sidste instans er det den nationale ret, »som ud fra omstændighederne i den enkelte sag tager stilling til, om det er nødvendigt at anmode om en præjudiciel afgørelse, samt om spørgsmålene, der forelægges Domstolen, er relevante« [42].

31. Lad mig først bemærke, at § 30 i overenskomsten af 1990 indeholder nær-

41 — Jf. ovenfor i punkt 27.

42 — Roks m.fl.-dommen, præmis 16.

mere regler om goodwillens størrelse, og at klausulen om, at en fuldtidspraksis konverteres til en deltidspraksis i tilfælde af salg, utvivlsomt medfører et lavere vederlag for den goodwill, som erhververen skal betale overdrageren. For så vidt angår Birgitte Jørgensen har et revisionsfirma faktisk foretaget en nøjagtig beregning af denne mistede goodwill[43]. Maksimum for goodwill er således beregnet til 380 565,42 DKK i stedet for 505 395,14 DKK, som kunne være opnået uden transformationsklausulen.

32. Jeg skal endvidere bemærke, at ud fra systematiske, juridiske hensyn må de to spørgsmål behandles i lyset af fortolkningen af specifikke fællesskabsretlige bestemmelser, som i den foreliggende sag ikke kan være bestemmelserne i direktiv 86/613, der ikke omhandler de pensionsmæssige aspekter for personer i selvstændige erhverv. Selv om den nationale ret ikke har henvist til direktiv 79/7/EØF[44], er det min opfattelse, at det er dette direktiv, der kommer i betragtning, idet dets personelle anvendelsesområde også omfatter selvstændige erhvervsdrivende (artikel 2), og det bl.a. også finder anvendelse på lovbestemte pensionsordninger, herunder mod risikoen alderdom [artikel 3, stk. 1, litra a), tredje tankestreg]. Jeg skal i den forbindelse påpege, at der i den tidligere nævnte Grau-Hupka-dom udtrykkeligt henvises til sidstnævnte direktiv og navnlig til direktivets artikel 7, stk. 1, litra b), hvorefter medlemsstaterne fra direktivets anvendelsesområde kan undtage fordele med hensyn til aldersforsikring for personer, som har opdraget børn, samt erhvervelse af ret til ydelser efter perioder, hvor beskæftigelsen har været afbrudt som følge af børneopdragelse. I modsætning til, hvad Kommissionen har anført[45], mener jeg, at heller ikke direktiv 86/378/EØF[46] kan finde anvendelse i den foreliggende sag. I Grau-Hupka-dommen henvises der ikke til dette direktiv, og det omhandler et område — erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger — som ikke er omtalt i forelæggelseskendelsen.

33. På baggrund af ovennævnte bemærkninger er det min opfattelse, at bestemmelsen i artikel 3, stk. 1, i direktiv 79/7 skal fortolkes således, at vederlag for goodwill, som en speciallæge måtte opnå ved afståelse af sin praksis ved opnåelse af pensionsalderen, ikke kan sidestilles med en lønmodtagers opsparing til pension. Goodwill er nemlig en immateriel del af en speciallæges praksis i lægens egenskab af erhvervsdrivende og er en aktivpost i status[47]. Det vederlag for goodwill, som en speciallæge opnår ved afståelse af sin praksis, hænger udelukkende sammen med, at praksissen overdrages, og det kan ikke sidestilles med en pensionsydelse, som udbetales på grundlag af et opsparet beløb.

43 — Der er tale om firmaet Coopers & Lybrand, hvis skrivelse af 28.10.1996 er omtalt i forelæggelseskendelsen.

44 — Rådets direktiv 79/7/EØF af 19.12.1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT 1979 L 6, s. 24).

45 — Det skriftlige indlæg, punkt 118.

46 — Rådets direktiv 86/378/EØF af 24.7.1986 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (EFT L 225, s. 40), som ændret ved Rådets direktiv 96/97/EF af 20.12.1996 (EFT 1997 L 46, s. 20).

47 — Jf. herved Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25.7.1978 på grundlag af traktatens artikel 54, stk. 3, litra g), om årsregnskaberne for visse selskabsformer (EFT L 222, s. 11), med senere ændringer og tilføjelser, hvorefter goodwill, for så vidt som den er erhvervet mod vederlag, er blandt de immaterielle anlægsaktiver, der skal opføres som aktiv i status (artikel 10 og 11).

Goodwill vedrører virksomheden, mens pensionsordninger relaterer sig til arbejdstagerne. De to begreber er fundamentalt forskellige. Efter min opfattelse ændrer det ikke noget herved, at speciallæger i praksis ofte betragter værdien af goodwill som en form for pension som følge af, at afståelsen af praksis normalt sker, når de når pensionsalderen og beslutter sig til at trække sig tilbage fra erhvervslivet.

Forslag til afgørelse

34. Sammenfattende skal jeg herefter foreslå, at de spørgsmål, Østre Landsret har forelagt, besvares som følger:

»1) Bestemmelser i en overenskomst som dem, der er fastsat i den transformationsmodel, der blev indført som led i overenskomsten af 1. juni 1990 mellem Foreningen af Speciallæger og Sygeforsikringens Forhandlingsudvalg, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 86/613/EØF, fortolket i lyset af direktiv 76/207/EØF. Ved bedømmelsen af, om de omtvistede bestemmelser er udtryk for indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, skal der foretages en helhedsvurdering af virkningerne af alle de elementer, der indgår i de omtvistede bestemmelser, for fuldtidspraktiserende mandlige og kvindelige speciallæger. Denne vurdering, som det tilkommer den nationale ret at foretage, skal ske på grundlag af væsentlige og sammenhængende statistiske oplysninger, på grundlag af hvilke det kan godtgøres, at de omtvistede

bestemmelser set under ét rammer langt flere fuldtidspraktiserende kvindelige speciallæger end fuldtidspraktiserende mandlige speciallæger.

2) Artikel 3 i direktiv 86/613, sammenholdt med direktivets artikel 4, fortolket i lyset af direktiv 76/207, medfører, at en eventuel indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn som den i hovedsagen omhandlede kun kan begrundes ud fra socialpolitiske hensyn, såfremt den diskriminerende virkning ikke går ud over, hvad der er strengt nødvendigt for at opnå det forfulgte formål.

3) Artikel 3, stk. 1, i direktiv 79/7/EØF skal fortolkes således, at vederlag for goodwill, som en speciallæge måtte opnå ved afståelse af sin praksis ved opnåelse af pensionsalderen, ikke kan sidestilles med opsparing til pension for en lønmodtager.«