FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

föredraget den 13 januari 2000 *

1. Østre Landsret har genom beslut av den 4 juni 1998 ställt fyra frågor till EG-domstolen om tolkningen av direktiv 76/207/EEG [1] och direktiv 86/613/EEG [2]. Frågorna rör likabehandling av kvinnor och män och påstådd indirekt diskriminering av en kvinnlig specialistläkare. För att frågorna skall kunna besvaras krävs det en undersökning av vilka nationella och gemenskapsrättsliga bestämmelser som är tillämpliga i förevarande mål och en bedömning av enligt vilka kriterier det skall avgöras om det föreligger indirekt könsdiskriminering.

Nationell rätt

2. Enligt det system som gäller i Danmark har personer som är bosatta i landet i princip rätt till kostnadsfri vård av allmänläkare och specialistläkare som har anslutit sig till ett avtal med det offentliga organ som ansvarar för sjukförsäkringen. Dessa läkare får sina arvoden utbetalda direkt från sjukförsäkringen, vilket innebär att patienterna inte betalar något men i gengäld får tåla flera begränsningar vid valet av läkare. Det finns andra möjligheter än detta allmänna system, exempelvis kan en läkare kräva arvode direkt av de patienter som önskar det och patienter kan välja ett system där de fritt får välja läkare. I det sistnämnda fallet får patienterna stå för en väsentlig del av kostnaderna. Dessa möjligheter utnyttjas dock i mycket begränsad omfattning. Man kan därför säga att i Danmark betalar sjukförsäkringen i stort sett alla läkarkostnader direkt till läkarna. En läkare måste därför ansluta sig till avtalet med sjukförsäkringsorganet, eftersom det är på grundval av detta som han får största delen av sin inkomst.

3. Under 1980-talet drabbades sjukförsäkringssystemet av en kris på grund av en stor och okontrollerad ökning av de offentliga utgifterna för kostnadsfri läkarvård. Problemet var särskilt utgifterna för vård av

* Originalspråk: italienska.

1 — Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191).

2 — Rådets direktiv 86/613/EEG av den 11 december 1986 om tillämpningen av principen om likabehandling av kvinnor och män med egen rörelse, bland annat jordbruk, samt om skydd för kvinnor med egen rörelse under havandeskap och moderskap (EGT L 359, s. 56; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 133).

specialistläkare, vilka ofta hade en deltidspraktik. I syfte att gradvis begränsa de offentliga utgifterna på hälso- och sjukvårdsområdet och få till stånd en bättre planering av läkarresurserna ingick Foreningen af Speciallæger (nedan kallad FAS) och Sygesikringens Forhandlingsudvalg (sjukförsäkringens förhandlingskommitté, nedan kallad SFU) ett avtal den 1 juni 1990. Genom detta avtal eftersträvade man en rationalisering av specialistläkarnas arvodessystem och av deras praktikers status som heltids- eller deltidspraktiker. Det inrättade systemet innehåller därför en "brytpunktsmodell", som innebär en nedsättning av arvodena för de praktiker som har störst omsättning, och en "omorganiseringsmodell", som ändrar heltids- och deltidspraktikers status beroende på deras omsättning.

4. Med avseende på förevarande mål vill jag kort beskriva den omorganiseringsmodell som infördes genom 1990 års avtal.[3] Det skall särskilt påpekas att i enlighet med § 15 i avtalet skall endast specialistläkarpraktiker med en årlig omsättning på högst 500 000 DKK (400 000 DKK för reumatologi) anses vara deltidspraktiker, medan praktiker vars årliga omsättning överstiger detta belopp skall anses vara heltidspraktiker. Avtalsparterna var eniga om[4] att specialistläkarvård huvudsakligen skulle utövas vid heltidspraktiker och att nya praktiker företrädesvis skall etableras som heltidspraktiker. Detta är utgångspunkten för omorganiseringsmodellen, som vad beträffar förevarande mål innehåller ett särskilt system som skall anpassa heltidspraktikerna till de nya kraven för specialistläkarvård. Enligt systemet i fråga finns det ett tak för omsättningen på 500 000 DKK (400 000 DKK för reumatologi) år 1989 (det vill säga året före 1990 års reform) och ett skikt på 100 000 som taket kan utökas med. Heltidspraktiker vars omsättning inte översteg taket skulle omvandlas till deltidspraktiker, medan praktiker vars omsättning översteg taket och skiktet skulle förbli heltidspraktiker. Däremot — vilket är relevant för förevarande mål — förblev praktiker vars omsättning översteg taket men inte skiktet heltidspraktiker, men skulle omvandlas till deltidspraktiker vid försäljning.[5] Denna mellankategori av heltidspraktiker, som

3 — Modellen beskrivs närmare i en skrivelse från SFU av den 13 februari 1990, som avtalet indirekt hänvisar till.

4 — I en anmärkning till §§ 13 och 14 i 1990 års avtal.

5 — Denna regel återfinns i punkt 6 i SFU:s ovannämnda skrivelse av den 13 februari 1990.

skall omvandlas vid försäljning,[6] är en kompromiss mellan kraven på reformer och den särskilda situationen för praktiker med en normal omsättning. Det finns en möjlighet till undantag. Om en heltidspraktiks omsättning på grund av särskilda omständigheter, exempelvis sjukdom, hamnar i det avtalade skiktet, skall i stället omsättningen under de senaste tre åren beaktas.

5. Som kommer att framgå nedan gäller målet vid den nationella domstolen det särskilda fallet med heltidspraktiker som har en omvandlingsklausul vid försäljning. Det bestrids nämligen att ett sådant system är förenligt med gemenskapsrätten, eftersom det påstås medföra indirekt diskriminering av kvinnliga specialistläkare.

De faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen

6. Reumatologen Birgitte Jørgensen hade vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet en heltidspraktik som år 1989 omsatte 424 016 DKK. På grundval av den ovan beskrivna omorganiseringsmodellen meddelade FAS henne genom en skrivelse av den 18 maj 1990 att hon kunde fortsätta som heltidspraktiserande specialistläkare, men att hennes praktik vid försäljning skulle omvandlas till en deltidspraktik. I en skrivelse av den 1 juni 1990 begärde Birgitte Jørgensen att FAS inte skulle omvandla hennes praktik till en deltidspraktik. Hon hänvisade bland annat till att hon på grund av särskilda omständigheter, nämligen sina familjeförpliktelser, inte hade kunnat arbeta heltid, utan hade varit tvungen att ta hand om sina tre barn. I den efterföljande skriftväxlingen med FAS väckte hon även frågan om ersättning för eventuell förlust — till följd av en väsentlig nedsättning av goodwillvärdet — som hon skulle lida på grund av omorganiseringsmodellen, om hon beslutade sig för att sälja sin praktik när hon slutade arbeta. FAS meddelade emellertid genom skrivelse av den 28 november 1990 att man stod fast vid omorganiseringen. Genom skrivelse av den 18 december 1990 överklagade hon detta beslut till Speciallægesamarbejdsudvalget i Fredriksborg Amt (samarbetskommitté för specialistläkare i Fredriksborgs län). Speciallægesamarbejdsudvalget informerade henne genom skrivelse av den 19 mars 1991 om att hennes överklagande med begäran om undantag från den ifrågavarande klausulen hade avslagits. Birgitte Jørgensen väckte därefter talan vid Østre Landsret.

7. Hon gjorde bland annat gällande att hon var utsatt för indirekt könsdiskriminering. Till stöd för detta hänvisade hon till ett utlåtande från en statistiker som hon hade

6 — Man talar om "heltidspraktiker med en klausul" (fuldtidspraksis med klausul).

anlitat.[7] Svarandena (FAS och SFU) har också framlagt ett sakkunnigutlåtande,[8] som enligt deras mening visar att det inte föreligger könsdiskriminering. Skillnaden mellan de två sakkunnigas bedömningar — vilka inte är oense om valet av metoder, beräkningar eller dylika statistiska förhållanden — beror i själva verket på de förutsättningar som de har utgått från vid sina bedömningar. Den sakkunnig som käranden har anlitat har fäst avseende vid de nackdelar som omorganiseringsmodellen medför om man betraktar den isolerat och har gjort en jämförelse punkt för punkt, medan svarandenas sakkunnig har valt att göra en helhetsbedömning av de verkningar som omorganiseringsmodellen för specialistläkarna får och har därvid har gjort en helhetsbedömning av systemets eventuellt diskriminerande verkningar. Denna skillnad återspeglas i de tolkningsfrågor som Østre Landsret har ställt till EG-domstolen.

Tolkningsfrågorna

8. För att tolkningsfrågorna skall bli klarare skall det förtydligas på vilket sätt parterna är oense om vilka förutsättningar som skall vara utgångspunkten vid bedömningen av om det föreligger indirekt könsdiskriminering. Käranden anser att det skall göras en jämförelse punkt för punkt av omorganiseringsmodellens enskilda beståndsdelar, medan svarandena menar att det skall göras en helhetsbedömning av dessa beståndsdelar. Østre Landsret har inte angivit vilket av dessa synsätt som den anser vara korrekt, men har konstaterat vilka verkningar som de olika lösningarna oundgängligen får. Østre Landsret har således noterat att om man väljer att göra en jämförelse punkt för punkt och därefter gör en närmare bedömning av omorganiseringsklausulen och därvid bortser från omorganiseringsmodellens övriga beståndsdelar, råder det inga tvivel om att den ifrågavarande klausulen objektivt sett innebär könsdiskriminering, eftersom denna slags omorganisering berör förhållandevis fler kvinnliga än manliga specialistläkare. Om man emellertid väljer att göra en helhetsbedömning av omorganiseringsmodellens samtliga verkningar, måste man enligt Østre Landsret dela svarandenas ståndpunkt att det inte finns någon större skillnad i det sätt varpå den ifrågavarande modellen berör kvinnliga och manliga specialistläkares yrkesutövning. Även om den nationella domstolen anser att bägge synsätten är försvarbara, har de inte bara olika rättsverkningar utan ger också uttryck för olika uppfattningar om hur omorganiseringsklausulens påstått diskriminerande verkningar skall bedömas rättsligt. En jämförelse punkt för punkt har således vanligtvis valts i mål om lika lön,[9] vilket innebär att man vid valet av denna lösning skulle blanda in en omständighet

7 — Professor Steffen L. Lauritzen vid Aalborgs universitet. Delar av hans utlåtande återges i begäran om förhandsavgörande.

8 — Utarbetat av professor Knut Conradsen, Danmarks tekniska universitet. Även delar av detta utlåtande återges i begäran om förhandsavgörande.

9 — Härvid har domstolens rättpraxis legat fast sedan dom av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889; svensk specialutgåva, volym 10, s. 407), punkterna 34 och 35.

som är karakteristisk för sådana mål i förevarande fall, som enligt den nationella domstolen emellertid är ett mål om likabehandling. [10]

9. Jag övergår nu till de enskilda frågorna. Østre Landsret har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida bedömningen av indirekt könsdiskriminering i ett mål om likabehandling skall ske på grundval av direktiv 76/207/EEG och direktiv 86/613/EEG. Jag skall därför göra några allmänna kommentarer om de gemenskapsbestämmelser som är tillämpliga i målet vid den nationella domstolen, vilket — det skall understrykas — rör likabehandling av egna företagare. Vad beträffar den första frågans sakinnehåll, önskar Østre Landsret få klarhet i om det vid bedömningen av om det föreligger indirekt könsdiskriminering skall göras en jämförelse punkt för punkt av alla beståndsdelar i den omorganiseringsmodell som sedan år 1990 gäller för specialistläkare, eller om det skall göras en helhetsbedömning av samtliga beståndsdelar. Såsom redan har nämnts har Østre Landsret angivit att även om omorganiseringsmodellen vid en helhetsbedömning är könsneutral, innehåller den bestämmelser — exempelvis omorganiseringsklausulen vid försäljning — som kan ha verkningar som objektivt sett innebär diskriminering av kvinnliga specialistläkare.

10. Østre Landsret har ställt den andra frågan för att få klarhet i "huruvida hänsyn till en säkrad budget, besparingar och planering av verksamheten kan anses som... objektiva och sakliga hänsyn" som kan motivera en eventuell indirekt könsdiskriminering. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att den nationella domstolen önskar ett svar på denna fråga om svaret på den första frågan blir att det skall göras en jämförelse punkt för punkt av de enskilda beståndsdelarna i målet vid den nationella domstolen, eftersom det då enligt Østre Landsret automatiskt föreligger indirekt diskriminering.

11. Den tredje och den fjärde frågan rör samma problem. Østre Landsret vill få klarhet i om ersättning för goodwill, som en specialistläkare erhåller när han överlåter sin praktik vid uppnådd pensionsålder, kan jämställas med en löntagares pensionssparande. Om denna fråga besvaras jakande, önskar Østre Landsret få klarhet i om den i så fall skall tillämpa den princip som framgår av domen i målet

10 — På denna punkt är parterna eniga. Den rättsliga problemställningen i den tredje och fjärde frågan är inte heller tvistig.

Grau-Hupka,[11] vilken innebär att medlemsstaterna inte är skyldiga att ge personer som har vårdat sina barn någon fördel vad beträffar försäkring vid ålderdom eller att säkerställa någon rätt till förmåner på grundval av perioder under vilka förvärvsarbete inte har utförts på grund av vård av barn.

Inledande anmärkningar om de relevanta gemenskapsbestämmelserna

12. Jag delar Østre Landsrets uppfattning att målet vid den nationella domstolen rör likabehandling av kvinnor och män.[12] Några löneaspekter är således inte alls relevanta i förevarande mål, som rör egna företagare som inte är bundna till någon arbetsgivare genom anställningsavtal, utan enbart är anslutna till ett branschförbund som har ingått ett avtal med det organ som förvaltar sjukförsäkringen. Varken artikel 119 i EG-fördraget (artiklarna 117—120 i EG-fördraget har ersatts av artiklarna 136 EG—143 EG), som enbart avser lika lön,[13] eller direktiv 75/117/EEG,[14] varigenom dessa principer genomförs, är därför tillämpliga.

13. Østre Landsret har således handlat riktigt när den har riktat domstolens uppmärksamhet på direktiv 76/207/EEG och direktiv 86/613/EEG, vilka bägge rör genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män. Av de två nämnda direktiven är enligt min mening direktiv 86/613/EEG det mest relevanta i förevarande mål, vilket rör en bestämmelse i ett avtal för egna företagare, såsom exempelvis specialistläkare. Även om domstolen inte har tolkat direktiv 86/613/EEG, som rådet har antagit med stöd av artiklarna 100 och 235 i EG-fördraget (nu artikel 94 EG och artikel 308 EG), kan man vid tolkningen av det tillämpa några av de principer som domstolen har angivit i samband med direktiv 76/207/EEG. Det råder i vart fall ingen tvekan om att käranden i målet vid den nationella domstolen omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 86/613/EEG. Enligt artikel 1 i detta direktiv har det till syfte att säkerställa "att... principen om likabehandling av kvinnor och män som är egna företagare... genomförs". I artikel 2 a anges att begreppet "egna företagare" avser "alla som utför förvärvsarbete för egen räkning i enlighet med nationell lagstiftning, inklusive... fria yrkesutövare". Direktiv 86/613

11 — Dom av den 13 december 1994 i mål C-297/93 (REG 1994, s. I-5535).

12 — Detta uttryck avser i allmänhet alla aspekter av likabehandling av kvinnor och män utom löneaspekter.

13 — Artiklarna 137.1 EG och 141.3 EG rör nu även likabehandling, men de gällde inte vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet, utan trädde i kraft genom Amsterdamfördraget den 1 maj 1999.

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

har således ett självständigt syfte i förhållande till syftet med direktiv 76/207/EEG, vilket innehåller bestämmelser om skydd för arbetstagare. Det självständiga syftet framgår såväl av övervägandena [15] som bestämmelserna [16] i direktiv 86/613/EEG.

14. I artikel 3 i direktiv 86/613/EEG anges att "likabehandlingsprincipen [innebär] frånvaron av all diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt". Formuleringen är nästan densamma som i artikel 2.1 i direktiv 76/207/EEG. Begreppet indirekt diskriminering är emellertid inte klart definierat i vare sig direktiv 86/613/EEG eller i direktiv 76/207/EEG. Det framgår dock — förutom av den omfattande rättspraxis som finns på området [17] — av artikel 2.2 i direktiv 97//80/EG [18], där följande anges: "Enligt den princip om likabehandling som anges i punkt 1 föreligger indirekt diskriminering när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt missgynnar en väsentligt större andel personer av det ena könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämplig(t) och nödvändig(t) och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med personernas kön."

15. Vidare anges följande i artikel 4 i direktiv 86/613/EEG: "Vad beträffar egna företagare skall medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att alla bestämmelser som strider mot likabehandlingsprincipen enligt definition i direktiv 76/207/EEG skall elimineras, speciellt för upprättande, utrustning eller utökning av affärsverksamhet eller igångsättning eller utökning av någon annan form av självständig verksamhet, inklusive ekonomiska resurser." Hänvisningen till direktiv 76/207/EEG är inte helt klar. Enligt min mening avser ovannämnda bestämmelse inte den definition av principen om likabehandling som anges i artikel 2.1 i direktiv 76/207/EEG, vars ordalydelse är densamma som i artikel 3 i direktiv 86/613/EEG och inte tillför sistnämnda artikel något nytt. Jag anser att utgångsunkten snarare måste vara att den ifrågavarande hänvisningen omfattar alla tolkningskriterier som har använts för att i förhållande till direktiv 76/207/EEG bedöma innebörden av det rättsliga begreppet likabehandling, utan hänsyn till de faktiska omständigheter — det vill säga tillgång till arbete, utbildning, befordran och arbetsvillkor — som begreppet i praktiken har tagit sig uttryck i. Jag menar att det därför även är relevant att hänvisa till artiklarna 3, 4 och 5 i direktiv 76/207/EEG, vilka alla innehåller samma bestämmelse om att medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att — bland annat — "alla bestämmelser som

15 — Exempelvis sjätte övervägandet, där det anges att "[v]ad beträffar egna företagare... bör principen om likabehandling genomföras genom att detaljerade bestämmelser antas, som är avsedda att omfatta dessa personers speciella situation".

16 — Se artikel 1, där det fastslås att direktivet skall säkerställa att principen om likabehandling genomförs på de områden som inte omfattas av andra direktiv.

17 — Sedan dom av den 31 mars 1981 i mål 96/80, Jenkins (REG 1981, s. 911, svensk specialutgåva, volym 6, s. 53, om lika lön).

18 — Rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering (EGT L 14, 1998, s. 6). Fristen för direktivets genomförande är den 1 januari 2001.

strider mot likabehandlingsprincipen och som ingår i kollektivavtal, individuella anställningsavtal, interna bestämmelser i företag eller i bestämmelser som reglerar all självständig yrkesverksamhet, skall eller får förklaras ogiltiga eller får ändras". [19]

16. Vad beträffar förevarande mål vill jag erinra om att bestämmelserna i direktiven 76/207/EEG och 86/613/EEG har genomförts i dansk rätt genom lag nr 244 av den 19 april 1989 om likabehandling av kvinnor och män i fråga om anställning och mammaledighet, vilken till stor del återger direktivens bestämmelser. Framför allt har likabehandlingsprincipen enligt § 5 första stycket utvidgats till att också omfatta egna företagare.

Den första frågan

17. Østre Landsret har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida bedömningen av om det föreligger indirekt könsdiskriminering i ett sådant mål om likabehandling som det förevarande skall göras på grundval av direktiven 76/207/EEG och 86/613/EEG. Mot bakgrund av vad jag redan har konstaterat i fråga om de relevanta gemenskapsbestämmelserna, anser jag att en sådan avtalsbestämmelse som bestämmelsen i den omorganiseringsmodell, som infördes genom avtalet av den 1 juni 1990 mellan Foreningen af Speciallæger och Sygesikringens Forhandlingsudvalg, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 86/613/EEG, tolkad mot bakgrund av direktiv 76/207/EEG. Tvisten i målet vid den nationella domstolen rör således genomförandet av likabehandlingsprincipen vid en påstådd indirekt diskriminering av kvinnliga specialistläkare. Artiklarna 3 och 4 i direktiv 86/613/EEG är följaktligen relevanta medan hänvisningen i artikel 4 till direktiv 76/207/EEG medför att även en bestämmelse i ett sådant avtal som det aktuella kan beaktas. Såsom redan har nämnts omfattar artiklarna 3, 4 och 5 i direktiv 76/207/EEG också "bestämmelser som strider mot likabehandlingsprincipen och som ingår i kollektivavtal" och uttrycket "kollektivavtal" måste även omfatta ett avtal mellan ett branschförbund, såsom den danska Foreningen af Speciallæger, som alla specialistläkare tillhör, och den myndighet som förvaltar sjukförsäkringen. [20] Vidare har domstolen i flera domar fastslagit att "eftersom förbudet mot diskriminering av manliga och kvinnliga arbetstagare är tvingande är det tillämpligt inte bara på offentliga myndigheters handlande utan omfattar även alla avtal som kollektivt reglerar avlönat

19 — Artikel 3.2 b, artikel 4 b och artikel 5.2 b.

20 — Enligt min mening finns det därför i förevarande mål ingen anledning att ta ställning till om det ifrågavarande avtalet är offentligrättsligt eller civilrättsligt.

arbete, samt avtal mellan enskilda". [21] Denna rättspraxis är klart tillämplig i förevarande fall.

18. Efter bedömningen av denna aspekt av den första frågan skall jag behandla det centrala problemet. Såsom redan har nämnts vill Østre Landsret få klarhet i huruvida det vid bedömningen av om det föreligger indirekt könsdiskriminering i ett mål om likabehandling skall göras en jämförelse punkt för punkt av varje beståndsdel i omorganiseringsmodellen eller en helhetsbedömning.

19. Parterna i målet och kommissionen är eniga om att man i mål om lika lön vanligtvis gör en jämförelse punkt för punkt av de beståndsdelar i ett neutralt system som påstås innebära indirekt könsdiskriminering. Detta bekräftas av domen i målet Barber, där det fastslås att "[p]rincipen om lika lön skall iakttas såvitt gäller varje enskild del av lönen och inte enbart på grundval av en samlad värdering av de till arbetstagarna utgivna förmånerna". [22] I mål om likabehandling har domstolen emellertid inte angivit någon motsvarande princip vad avser räckvidden för direktiv 76/207/EEG. Man kan därför fråga sig om denna omständighet skall tolkas som ett implicit besked om att det inte kan göras en jämförelse punkt för punkt i mål om likabehandling, såsom svarandena har anfört, eller om den skall anses ge uttryck för att ett sådant tillvägagångssätt även skall tillämpas i mål om likabehandling, såsom käranden i målet vid den nationella domstolen och kommissionen har anfört i sina inlagor.

20. På denna punkt delar jag svarandenas uppfattning att lämpliga tolkningsmetoder skall användas i mål om likabehandling, eftersom de innefattar mer omfattande och komplicerade problem än mål om lika lön. [23] En jämförelse punkt för punkt kan därför inte vara huvudregeln i mål om likabehandling. I mitt förslag till avgörande av den 12 oktober 1999 i mål C-196/98, Hepple m.fl., som rörde likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet, bedömde jag att man vid beräkningen av en kompletterande förmån som är avsedd att åstadkomma likabehandling skall göra en helhetsbedömning av alla omständigheter

21 — Dom av den 27 juni 1990 i mål C-33/89, Kowalska (REG 1990, s. I-2591), punkt 12. Se även dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne (REG 1976, s. 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59), punkt 39, av den 7 februari 1991 i mål C-184/89, Nimz (REG 1991, s. I-297), punkt 11, samt senast av den 9 september 1999 i mål C-281/97, Krüger (REG 1999, s. I-5141), punkt 20 och av den 21 oktober 1999 i mål C-333/97, Lewen (REG 1999, s. I-7266), punkt 26.

22 — Domen i målet Barber, punkt 35.

23 — Exempelvis frågor om uppsägning, mammaledighet och anställningsförfaranden.

som är relevanta i det ifrågavarande målet, eftersom man då tar hänsyn inte bara till de åldersbetingade fördelarna och nackdelarna, utan även till alla de fördelar som den påstått diskriminerade erhåller med stöd av andra bestämmelser i systemet för social trygghet.[24] Det finns även uttalanden i rättspraxis som stödjer denna ståndpunkt. I domen i målet Hertz[25] beaktade domstolen alla danska bestämmelser om uppsägning och den prövade samtliga omständigheter i det enskilda fallet för att bedöma om uppsägning på grund av frånvaro till följd av havandeskapsrelaterad sjukdom var förenlig med direktiv 76/207/EEG. Generaladvokaten Darmon underströk i sitt förslag till avgörande i målet[26] hur viktigt det är att man beaktar alla följder som en sådan grund för uppsägning kan få, däribland eventuella ekonomiska problem som drabbar en arbetsgivare som måste behålla en kvinnlig arbetstagare som inte kan utföra sitt arbete. Domstolen gav uttryck för en liknande inställning i domen i målet Habermann-Bertelmann,[27] i fråga om rättsverkningarna av ett förbud mot nattarbete för gravida kvinnor och kvinnor som ammar i den tyska lagen om skydd för mammor ("Mutterschutzgesetz"), samt i den senare domen i målet Høj Pedersen m.fl.,[28] som rörde de negativa följderna av danska bestämmelser som missgynnade kvinnliga arbetstagare som var frånvarande av havandeskapsrelaterade skäl. Vid bedömningen av om det förelåg könsdiskriminering gjorde domstolen en helhetsbedömning av det omtvistade danska systemet och valde lösningar som var baserade på åsidosättande av dels principen om lika lön, dels principen om likabehandling.

21. Mot bakgrund av det ovan anförda är jag benägen att vid bedömningen av om principen om likabehandling har åsidosatts förespråka den lösning som innebär att man gör en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i målet. Ett sådant förhållningssätt strider inte mot principen om att domstolsprövningen av nationella bestämmelser som eventuellt strider mot principen om likabehandling skall ge möjlighet till insyn. Såsom FAS och SFU har anfört rör mål om likabehandling i motsats till mål om lika lön normalt allmänna bestämmelser som med hänsyn till sitt innehåll och sin faktiska funktion är komplicerade. Om man gör en jämförelse punkt för punkt riskerar man därför att det läggs för stor vikt vid enskilda omständigheter som påstås vara uttryck för diskriminering och att man bortser från de relevanta bestämmelsernas egentliga innehåll. Naturligtvis skall man ha klart för sig vilken betydelse och räckvidd en helhetsbedömning har. Enligt min mening är det enbart omständigheter som är tillräckligt homogena som

24 — Punkterna 40 och 41 i förslaget till avgörande. Jag kom fram till detta resultat genom att utgå från att rätten till den kompletterande förmånen har sin grund i den gemenskapsrättsliga principen om likabehandling och att man som parameter, för att säkerställa en faktisk likabehandling, måste använda den *fullständiga* behandlingen av de personer som utgör referensunderlaget, det vill säga personer som inte är diskriminerade. Denna parameter består i alla de fördelar i form av förmåner vid invaliditet som de ifrågavarande personerna får enligt nationell rätt.

25 — Dom av den 8 november 1990 i mål C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (REG 1990, s. I-3979; svensk specialutgåva, volym 10, s. 567).

26 — Förslag till avgörande i de förenade målen C-177/88 och C-179/88 (REG 1990, s. I-3956), punkterna 43—50).

27 — Dom av den 5 maj 1994 i mål C-421/92 (REG 1994, s. I-1657).

28 — Dom av den 19 november 1998 i mål C-66/96 (REG 1998, s. I-7327).

kan beaktas, vilket innebär att omständigheter som inte kan jämföras inte kan beaktas.

22. Förevarande mål är ett gott exempel på att en sådan tolkning är hållbar. Om man isolerar den omorganiseringsklausul som gäller vid försäljning av en specialistläkarpraktik kan den inte tillmätas någon särskild betydelse. Såsom FAS och SFU anförde vid förhandlingen, utan att bli motsagda, har den ifrågavarande klausulen, i punkt 6 i omorganiseringsmodellen, efter ikraftträdandet endast berört 22 specialistläkare, varav 14 kvinnor och 8 män, medan totalt 1 680 specialistläkare, varav 302 kvinnor och 1 378 män, den 1 juni 1991 var medlemmar av FAS.[29] Det är således en mycket låg procentandel — cirka 1,3 procent — av läkarna som har berörts av klausulen.[30] För att få full klarhet i klausulens betydelse och räckvidd måste den sättas i förbindelse med, bedömas och värderas som ett led i hela den omorganiseringsmodell som infördes år 1990 och i förhållande till en homogen personkrets som berörs av reglerna i fråga, det vill säga specialistläkare med heltidspraktiker (såsom i Birgitte Jørgensens fall). Om man gör en helhetsbedömning av de bestämmelser i omorganiseringsmodellen som berör heltidspraktiserande specialistläkare framgår det att det finns tre möjliga fall: a) En praktik vars omsättning är lägre än det avtalade omsättningstaket och som har måst omvandlas till en deltidspraktik, b) en praktik vars omsättning är högre än omsättningstaket men inom det avtalade skiktet och som har kunnat fortsätta som heltidspraktik, men har ålagts en omorganiseringsklausul (en praktik med klausul, vilket är fallet med Birgitte Jørgensen) och c) en praktik vars omsättning är högre än omsättningstaket och det avtalade skiktet och som har fortsatt som heltidspraktik utan några begränsningar, även om arvodena har reducerats med stöd av "brytpunktsmodellen". Under dessa omständigheter innebär det förhållandet att det görs en helhetsbedömning att det skall göras en bedömning av verkningarna för heltidspraktiserande manliga och kvinnliga specialistläkare av systemet som helhet.

23. Sammanfattningsvis anser jag, vad avser den första frågan, att sådana avtalsbestämmelser som de i den omorganiseringsmodell som infördes som ett led i avtalet av den 1 juni 1990 mellan Foreningen af Speciallæger och Sygesikringens Forhandlingsudvalg, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 86/613/EEG, tolkat mot bakgrund av direktiv 76/207/EEG, och att det vid bedömningen av om de omtvistade bestämmelserna innebär indirekt könsdiskriminering skall göras en helhetsbedömning av verkningarna för hel-

29 — Dessa siffror framgår av professor Lauritzens sakkunnigutlåtande och det görs inte gällande i professor Conradsens utlåtande att de skulle vara felaktiga.

30 — Enligt en tabell som bifogats professor Laurizens sakkunnigutlåtande var det år 1989 endast en reumatolog som hade en omsättning i skiktet 400 000—500 000 DKK.

tidspraktiserande manliga och kvinnliga specialistläkare av alla beståndsdelar som ingår i de omtvistade bestämmelserna.

24. Jag vill tillfoga att det enligt fast rättspraxis [31] ankommer på den nationella domstolen att på grundval av en helhetsbedömning avgöra om det i det enskilda fallet föreligger indirekt könsdiskriminering. Framför allt skall den nationella domstolen bedöma om de föreliggande statistiska uppgifterna "omfattar ett tillräckligt stort antal personer... inte återspeglar helt tillfälliga eller konjunkturbetingade faktorer och... rent allmänt är signifikativa" [32] och på grundval av ifrågavarande uppgifter ta ställning till om omorganiseringsmodellen, betraktad som en helhet, berör betydligt fler [33] heltidspraktiserande kvinnliga specialistläkare än heltidspraktiserande manliga specialistläkare.

Den andra frågan

25. Østre Landsret har vidare ställt en fråga till domstolen som rör vilka hänsyn som eventuellt kan motivera den indirekta diskriminering som kan följa av de omtvistade avtalsbestämmelserna. Frågan förefaller dock vara villkorad ("[o]m den första frågan besvaras jakande..."). Jag förstår domstolens resonemang på följande sätt: Enbart om det skall göras en jämförelse punkt för punkt kan det i förevarande fall vara fråga om indirekt könsdiskriminering och man bör då närmare undersöka de hänsyn som kan motivera en sådan diskriminering. Då det enligt min mening är uteslutet att det i förevarande mål skall göras en jämförelse punkt för punkt, kan man med utgångspunkt i Østre Landsrets resonemang inte föreställa sig att det kan vara fråga om indirekt diskriminering och det är därför inte heller nödvändigt att undersöka om det finns några sådana befogade hänsyn. Enligt detta synsätt skall den andra frågan således inte besvaras. Jag anser emellertid inte att en sådan lösning, som förefaller logisk, är försvarbar med hänsyn till de rättsliga omständigheter på grundval av vilka den nationella domstolen skall avgöra sakfrågan i målet. För det första kan det förhålla sig så att den nationella domstolen eventuellt har tillgång till ytterligare statistiska uppgifter eller att det framkommer nya omständigheter som kan ändra domstolens första bedömning av huruvida diskriminering föreligger. För det andra kan det inte uteslutas att en sådan första bedömning måste ändras om de diskriminerande verkningar som de omtvistade bestämmelserna har enbart fastställs i förhållande till heltidspraktiserande specialistläkare. Det är därför inte alls onödigt att besvara den andra frågan med hänsyn till hur komplicerad den slutliga bedömningen är. För övrigt framgår det av domstolens fasta rättspraxis att bedömningen av om det föreligger indirekt könsdiskriminering skall göras på grundval av statistiska uppgifter och en bedömning av om en sådan diskriminering är befogad av sakliga

31 — Se senast dom av den 9 februari 1999 i mål C-167/97, Seymour-Smith och Perez (REG 1999, s. I-623), punkterna 61 och 62.

32 — Dom av den 27 oktober 1993 i mål C-127/92, Enderby (REG 1993, s. I-5535; svensk specialutgåva, volym 14, s. 383), punkt 17.

33 — Vad beträffar detta kvantitativa villkor har rättspraxis i fråga om indirekt könsdiskriminering legat fast sedan domen i det ovannämnda målet Jenkins, punkt 13.

skäl som helt saknar samband med diskriminering på grund av kön.[34]

26. Man måste härefter fråga sig om hänsyn till "en säkrad budget, besparingar och planering av verksamheten" kan anses vara sådana objektiva och sakliga skäl som kan motivera en eventuell indirekt könsdiskriminering. Ifrågavarande hänsyn måste ses som ett led i de allmänna målen för 1990 års reform, som i huvudsak gick ut på att gradvis begränsa de offentliga utgifterna inom hälso- och sjukvårdsområdet och att bättre planera läkarresurserna. Jag skall först behandla de aspekter som rör en säkrad budget och den påföljande begränsningen av de offentliga utgifterna och därefter de aspekter som avser planeringen av läkarresurserna.

27. Vad beträffar hänsyn till en säkrad budget och offentliga utgifter har domstolen i domen i målet Roks m.fl.[35] fastslagit att även om budgethänsyn "kan vara avgörande för en medlemsstats socialpolitiska val och påverka karaktären och omfattningen av de sociala skyddsåtgärder som staten önskar vidta, utgör de inte i sig ett mål för socialpolitiken och kan därför inte motivera en diskriminering till nackdel för endera könet".[36] Bakgrunden till denna ståndpunkt är klar, eftersom domstolen har tillfogat följande: "Ett erkännande av att budgethänsyn kan motivera en särbehandling av kvinnor och män, som annars skulle utgöra indirekt könsdiskriminering, skulle innebära att tillämpningen och räckvidden av en så grundläggande regel i gemenskapsrätten som principen om likabehandling av kvinnor och män skulle kunna variera i tid och rum beroende på medlemsstaternas finansiella situation".[37] Detta resonemang gäller även i förevarande mål.

28. Vad beträffar hänsyn till planering av läkarresurserna, vill jag med hänsyn till ovannämnda rättspraxis framhålla att för att sådana hänsyn skall kunna motivera könsdiskriminering måste de vara baserade på ett socialpolitiskt val. Huvudsyftet med omorganiseringsmodellen var att rationalisera heltids- och deltidspraktikerna så att de motsvarade patienternas behov. Ett av målen för reformen var således att "tillförsäkra befolkningen tillgång till specialistläkarvård ... hos framför allt heltidspraktiserande specialistläkare".[38] Enligt detta synsätt ankommer det på den nationella domstolen att pröva om antagandet av omorganiseringsmodellen faktiskt kan vara uttryck för ett konkret behov som är förbundet med ett socialpolitiskt program. Jag vill härvid påpeka att enligt domstolens fasta rättspraxis kan socialpolitiska hänsyn

34 — Se senast domen i det ovannämnda målet Seymour-Smith och Perez, punkt 60.

35 — Dom av den 24 februari 1994 i mål C-343/92 (REG 1994, s. I-571), punkterna 35—37.

36 — Ibidem, punkt 35.

37 — Ibidem, punkt 36.

38 — Se § 2 andra stycket i 1990 års avtal, som återges i begäran om förhandsavgörande. Ovannämnda anmärkning angående §§ 13 och 14 förefaller också ge uttryck för detta hänsyn.

motivera till och med grova former av indirekt könsdiskriminering, [39] naturligtvis förutsatt att de diskriminerande verkningarna inte går längre än vad som verkligen är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet. [40]

29. Jag föreslår därför att den andra frågan besvaras så, att artikel 3, jämförd med artikel 4 i direktiv 86/613/EEG, tolkat mot bakgrund av direktiv 76/207/EEG, innebär att en sådan eventuell indirekt könsdiskriminering som den i målet vid den nationella domstolen endast kan motiveras av socialpolitiska hänsyn om de diskriminerande verkningarna inte går längre än vad som verkligen är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet.

39 — Dom av den 13 juli 1989 i mål 171/88, Rinner-Kühn (REG 1989, s. 2743, punkt 14, angående nationella bestämmelser enligt vilka arbetstagare som arbetade mindre än 10 timmar i veckan eller 45 timmar i månaden inte hade rätt till lön vid sjukdom); dom av den 7 maj 1991 i mål C-229/89, kommissionen mot Belgien (REG 1991, s. I-2205, punkterna 19—25, angående ett system för arbetslöshets- och invaliditetsersättning som var grundat på diskriminerande villkor); dom av den 19 november 1992 i mål C-226/91, Molenbroek (REG 1992, s. I-5943, punkt 19, angående ett ålderspensionssystem som medgav utbetalning av tillägg som beräknades på grundval av diskriminerande kriterier); dom av den 14 december 1995 i mål C-444/93, Megner och Scheffel (REG 1995, s. I-4741, punkt 24, angående nationella bestämmelser enligt vilka personer som i ringa utsträckning var yrkesverksamma eller hade kortvariga anställningar inte var obligatoriskt anslutna till det lagstadgade sjukförsäkrings- och pensionssystemet); dom av den 7 mars 1996 i mål C-278/93, Freers och Speckmann (REG 1996, s. I-1165, punkt 28, angående bestämmelser enligt vilka deltidsanställda som var ledamöter i personalkommittér fick mindre ersättning när de deltog i utbildning); domen i det ovannämnda målet Seymour-Smith och Perez, punkt 69 (angående nationella bestämmelser enligt vilka en arbetstagare som sades upp utan saklig grund endast kunde återfå sin tjänst om han hade varit anställd i minst två år).

40 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkt 19.

Den tredje och den fjärde frågan

30. Jag vill direkt klargöra att det enligt min mening inte är helt klart varför Østre Landsret har ställt den tredje och den fjärde frågan. Enligt begäran om förhandsavgörande rör det sig om hänsyn som åtminstone delvis kan motivera omorganiseringsmodellen. Om det skulle vara fråga om en form av könsdiskriminering som inte kan motiveras av de hänsyn som behandlats i samband med den andra frågan, kan det förhållandet, att det vederlag för goodwill som käranden i målet vid den nationella domstolen erhåller när hon överlåter sin praktik i samband med att hon går i pension kvalificeras som pensionssparande, medföra att de principer som domstolen har angivit i domen i målet Grau-Hupka [41] blir tillämpliga. I den domen fastslog domstolen bland annat att medlemsstaterna inte är skyldiga att ge personer som har vårdat sina barn någon fördel vad beträffar försäkring vid ålderdom. Enligt detta synsätt kan de två frågorna i viss utsträckning — om än mycket ringa — vara relevanta för en korrekt dom i målet, och därför anser jag att de bör besvaras. Till sist är det den nationella domstolen "som med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda målet avgör om det är nödvändigt att begära förhandsavgörande samt om de frågor som ställs till EG-domstolen är relevanta". [42]

31. Det bör påpekas att § 30 i 1990 års avtal innehåller närmare bestämmelser om

41 — Ovan, punkt 27.

42 — Domen i det ovannämnda målet Roks m.fl., punkt 16.

goodwillens storlek och att klausulen om att en heltidspraktik skall omvandlas till en deltidspraktik vid försäljning klart medför ett lägre vederlag för den goodwill som köpet inkluderar. I Birgitte Jørgensens fall har en revisionsbyrå gjort en noggrann beräkning av den förlorade goodwillen.[43] Enligt denna beräkning skulle ersättningen för goodwill som högst uppgå till 380 565,42 DKK i stället för 505 395,14 DKK, som ersättningen kunde ha uppgått till utan omorganiseringsklausulen.

32. Jag konstaterar vidare att av systematiska, juridiska skäl skall de två frågorna behandlas mot bakgrund av tolkningen av särskilda gemenskapsbestämmelser, vilka i förevarande fall inte kan vara bestämmelserna i direktiv 86/613/EEG, som inte rör pensionsmässiga aspekter för egna företagare. Även om den nationella domstolen inte hänvisar till direktiv 79/7/EEG[44], anser jag att det är detta direktiv som är relevant, eftersom den personkrets som omfattas av dess tillämpningsområde även inbegriper egna företagare (artikel 2) och det dessutom är tillämpligt på lagstadgade pensionssystem, som ger skydd vid ålderdom (artikel 3.1 a tredje strecksatsen). Det skall härvid påpekas att det i domen i det ovannämnda målet Grau-Hupka uttryckligen hänvisades till sistnämnda direktiv, och i synnerhet till artikel 7.1 b, där det föreskrivs att medlemsstaterna från direktivets tillämpningsområde får utesluta fördelar i fråga om ålderspensionsförsäkring som beviljas personer som har fostrat barn samt erhållande av rätt till förmåner efter förvärvsavbrott på grund av fostran av barn. I motsats till vad kommissionen har anfört,[45] anser jag att inte heller direktiv 86/378/EEG[46] är tillämpligt i förevarande mål. I domen i målet Grau-Hupka hänvisades det inte till detta direktiv och det rör ett område — yrkesbaserade system för social trygghet — som inte nämns i begäran om förhandsavgörande.

33. Mot bakgrund av vad som har anförts ovan anser jag att artikel 3.1 i direktiv 79/7/EEG skall tolkas så, att vederlag för goodwill, som en specialistläkare erhåller när han överlåter sin praktik i samband med att han uppnår pensionsåldern, inte kan jämställas med en löntagares pensionssparande. Goodwill är nämligen en immateriell del av specialistläkarens praktik, i läkarens egenskap av näringsidkare, och skall redovisas på aktivsidan i balansräkningen.[47] Det vederlag för goodwill som en specialistläkare erhåller när han överlåter sin praktik är enbart knutet till överlåtelsen

43 — Det rör sig om byrån Coopers & Lybrand, vars rapport av den 28 oktober 1996 nämns i begäran om förhandsavgörande.

44 — Rådets direktiv 79/7/EEG av den 19 december 1978 om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet (EGT L 6, 1979, s. 24; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 111).

45 — Dess skriftliga yttrande, punkt 118.

46 — Rådets direktiv 86/378/EEG av den 24 juli 1986 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet (EGT L 225, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 4, s. 83), i dess lydelse enligt rådets direktiv 96/97/EG av den 20 december 1996 (EGT L 46, 1997, s. 20).

47 — Se härvid rådets fjärde direktiv 78/660/EEG av den 25 juli 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om årsbokslut i vissa typer av bolag (EGT L 222, s. 11; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 17), med senare ändringar. Enligt detta direktiv ingår goodwill, som förvärvas mot vederlag, bland de immateriella anläggningstillgångar som skall redovisas på aktivsidan i balansräkningen (artiklarna 10 och 11).

av praktiken och kan inte jämställas med en pensionsförmån som utbetalas på grundval av inbetalda avgifter. Medan goodwill rör verksamheten rör pensionssystem arbetstagare, det är således fråga om två helt olika begrepp. Jag anser inte att denna bedömning påverkas av att specialistläkare i praktiken ofta betraktar värdet av goodwill som en form av pension på grund av att överlåtelsen av praktiken normalt sker när de uppnår pensionsåldern och beslutar sig för att dra sig tillbaka från förvärvslivet.

Förslag till avgörande

34. Sammanfattningsvis föreslår jag att de frågor som Østre Landsret har ställt skall besvaras på följande sätt:

1) Sådana avtalsbestämmelser som de i den omorganiseringsmodell som infördes som ett led i avtalet av den 1 juni 1990 mellan Foreningen af Speciallæger och Sygesikringens Forhandlingsudvalg, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 86/613/EEG, tolkat mot bakgrund av direktiv 76/207/EEG. Vid bedömningen av om de omtvistade bestämmelserna innebär indirekt könsdiskriminering skall det göras en helhetsbedömning av verkningarna för heltidspraktiserande manliga och kvinnliga specialistläkare av alla beståndsdelar i de omtvistade bestämmelserna. Denna bedömning, som det ankommer på den nationella domstolen att göra, skall göras på grundval av signifikanta och samstämmiga statistiska uppgifter som visar att de omtvistade bestäm-

melserna, betraktade som en helhet, berör betydligt fler heltidspraktiserande kvinnliga specialistläkare än heltidspraktiserande manliga specialistläkare.

2) Artikel 3, jämförd med artikel 4 i direktiv 86/613/EEG, tolkat mot bakgrund av direktiv 76/207/EEG, innebär att en sådan eventuell indirekt könsdiskriminering som den i målet vid den nationella domstolen endast kan motiveras av socialpolitiska hänsyn om de diskriminerande verkningarna inte går längre än vad som verkligen är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet.

3) Artikel 3.1 i direktiv 79/7/EEG skall tolkas så, att vederlag för goodwill, som en specialistläkare erhåller när han överlåter sin praktik i samband med att han uppnår pensionsåldern, inte kan jämställas med en löntagares pensionssparande.