udøves af kvinder og den anden hovedsagelig af mænd, er et resultat af kollektive overenskomstforhandlinger, der har fundet sted særskilt for hver af de to berørte faggrupper, og som ikke har virket diskriminerende inden for hver af disse grupper, er, når forhandlingerne har ført til resultater, der viser, at to grupper, der henhører under den samme arbejdsgiver og det samme fagforbund, behandles forskelligt, ikke til hinder for, at det fastslås, at der tilsyneladende foreligger forskelsbehandling, hvilket pålægger arbejdsgiveren bevisbyrden for, at traktatens artikel 119 ikke er tilsidesat.

Såfremt arbejdsgiveren kunne begrunde lønforskellen blot ved at henvise til, at der ikke foreligger forskelsbehandling i relation til hver af de nævnte forhandlinger betragtet hver for sig, kunne han let omgå ligelønsprincippet ved at føre særskilte forhandlinger.

4. Det tilkommer den nationale ret, der er enekompetent til at bedømme de faktiske omstændigheder, at afgøre, om fornødent ved anvendelse af proportionalitetsprincippet, om og i hvilket omfang den omstændighed, at der er mangel på ansøgere til en funktion, og at de må tiltrækkes ved hjælp af højere lønninger, er en objektivt begrundet økonomisk faktor med hensyn til lønforskellen mellem to funktioner, der har samme værdi, hvoraf den ene næsten udelukkende udøves af kvinder og den anden hovedsagelig af mænd.

RETSMØDERAPPORT
i sag C-127/92 *

I — Retlig baggrund og retsforhandlingernes forløb

A — *Relevante bestemmelser*

1. EØF-traktatens artikel 119, stk. 1, bestemmer:

»Hver medlemsstat gennemfører i løbet af første etape og opretholder derefter princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde«.

Artikel 1 i Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd

* Processprog: engelsk.

og kvinder (EFT L 45, s. 19) har følgende ordlyd:

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

I direktivets artikel 4 hedder det:

»Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til, at de bestemmelser i kollektive overenskomster, lønskalaer eller lønaftaler i individuelle arbejdskontrakter, der er i strid med ligelønsprincippet, anses som ugyldige, kan erklæres som ugyldige eller ændres«.

2. I henhold til den ordning, der blev indført ved Equal Pay Act 1970, Sex Discrimination Act 1975 og Equal Pay (Amendment) Regulations 1983, skal ansættelseskontrakter for kvinder i Storbritannien indeholde eller forudsættes at indeholde en »ligebehandlingsklausul«, som sikrer kvinder ret til lige så gunstige vilkår som dem, der findes i kontrakten for en mandlig arbejdstager, som udfører arbejde af samme værdi, og som tjener som sammenligningsgrundlag.

Section 1(3) i Equal Pay Act bestemmer imidlertid, at den nævnte ligebehandlingsklausul ikke finder anvendelse, såfremt arbejdsgiveren beviser, at forskellen mellem arbejdskontrakten for en kvinde og for en mand reelt skyldes en anden faktor end kønsforskellen.

Endelig indeholder Section 1(1) i Sex Discrimination Act en definition af de forskellige former for direkte og indirekte forskelsbehandling af kvinder. Indirekte forskelsbehandling er defineret på den måde, at der for en kvinde opstilles et vilkår eller en betingelse, som også opstilles for mænd, men som er af en sådan art, at den procentdel af kvinder, der kan opfylde dem, er betydeligt lavere end procentdelen af mænd, og at den ikke kan være begrundet, uanset hvilket køn den person har, som den anvendes over for, og at den er til skade for kvinder, fordi de ikke kan opfylde dem.

B — *Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger*

1. Pamela Enderby er ansat som talepædagog (lønklasse Chief III) ved Frenchay Health Authority (herefter benævnt »FHA«) under National Health Service (herefter benævnt »NHS«). Hun er af den opfattelse, at hun er udsat for indirekte lønmæssig forskelsbehandling på grundlag af køn derved, at på hendes ansvarsniveau i NHS er personerne inden for hendes fag, der hovedsagelig udøves af kvinder, væsentligt lavere lønnet end personer i sammenlignelige fag, hvor der på tilsvarende karrieretrin er flere mænd end kvinder.

2. I 1986 anlagde Pamela Enderby sag mod sin arbejdsgiver ved Industrial Tribunal. Med henvisning til de ovenfor nævnte fællesskabsretlige og nationale bestemmelser gjorde hun gældende, at hun udførte et arbejde af samme værdi som en ledende klinisk psykolog og en ledende farmaceut i lønklasse III. Hendes

årsløn udgjorde kun 10 106 UKL, mens årslønnen for de øvrige to funktioner, der var valgt som sammenligningsgrundlag, var på henholdsvis 12 527 UKL og 14 106 UKL.

Sagsøgeren fik ikke medhold. Retten fandt, at arbejdsgiveren var forpligtet til at overholde det lønniveau, der var fastsat af sundhedsministeren i Regulations 1974. Men dommen blev ophævet i 1987 af Divisional Court, som sagsøgeren havde indbragt sagen for med påstand om et »judicial review«, og sagen blev hjemvist til Industrial Tribunal, som skulle træffe afgørelse vedrørende realiteten.

I 1989 blev sagsøgte på ny frifundet, idet de konstaterede lønforskelle fandtes at kunne forklares med de særlige forhold i de enkelte erhverv og navnlig den omstændighed, at der blev gennemført separate kollektive overenskomstforhandlinger, der ikke fandtes at have været diskriminerende. Retten forkastede imidlertid myndighedernes argument om, at lønforskellen mellem talepædagoger og farmaceuter var en følge af situationen på arbejdsmarkedet, idet dette kun fandtes at være en delvis begrundelse.

Pamela Enderby indbragte herefter sagen for Employment Appeal Tribunal. Ved afgørelse af 21. december 1990 frifandt retten de appelindstævnte for appellantens påstande, idet retten tiltrådte de appelindstævntes argument vedrørende situationen på arbejdsmarkedet. Retten bemærkede således, at i og med at Industrial Tribunal havde fastslået, at situationen på arbejdsmarkedet i et vist omfang bidrog til lønforskellen mellem talepædagoger og farmaceuter, var dette tilstrækkeligt som begrundelse for hele forskellen.

3. Court of Appeal, som appellanten herefter indbragte sagen for, fandt, at tvistens afgørelse afhang af fortolkningen af traktatens artikel 119, og besluttede at forelægge Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse.

I sin kendelse af 30. oktober 1991 fremkom Court of Appeal først med følgende redegørelse for de faktiske omstændigheder:

»1. Sagsøgeren er en kvindelig ansat i en funktion A inden for et fag (talepædagog), hvor det af arbejdsgiveren X beskæftigede personale næsten udelukkende er kvinder, og det næsten udelukkende er kvinder, som er ansat i funktion A.

2. Sammenligningsgrundlaget er en mandlig ansat i en funktion B inden for et fag (farmaceut), hvor størstedelen af det af arbejdsgiveren X beskæftigede personale er kvinder, men hvor det for størstedelens vedkommende er mænd, som er ansat i funktion B.

3. Funktionerne A og B er forskellige, men det lægges her til grund, at de er af samme værdi for så vidt angår de krav, de stiller til den ansatte.

4. Ansatte i funktion B får en højere løn end ansatte i funktion A.

5. Lønsatserne inden for de to fag (herunder lønsatserne for funktion A og funktion B) fastlægges og er også tidligere blevet fastlagt ved kollektiv overenskomst mellem arbejdsgiveren og de pågældende fagforeninger.

6. Det er den samme fagforening (og den samme tillidsrepræsentant), som repræsenterer de to fag, og overenskomstforhandlingerne om lønnen til talepædagoger (herunder ansatte i funktion A) gennemføres særskilt og uafhængigt af overenskomstforhandlingerne vedrørende farmaceuter (herunder ansatte i funktion B).

7. Den retsinstans, som skal fastlægge de faktiske omstændigheder, har fastslået, at der ikke har været tale om kønsdiskrimination, hverken direkte eller indirekte, tilsigtet eller utilsigtet, som følge af den måde, overenskomstforhandlingerne (betragtet hver for sig) er blevet gennemført på, eller ved vilkårene for ansættelse i, overflytning imellem eller forfremmelse inden for de to fag.

8. Ordningen med særskilte overenskomstforhandlinger for de to fag har og har haft negative virkninger i praksis for kvinder — skønt der ikke har været tale om kønsdiskrimination, jf. ovenfor under punkt 7 — idet ansatte i funktion A (som næsten udelukkende er kvinder) får en lavere løn end ansatte i funktion B (som overvejende er mænd), selv om arbejdet i funktion A er af samme værdi som arbejdet i funktion B.

9. Arbejdsgiveren har godtgjort, at lønforskellen mellem funktion A og funktion B delvis (uden at der herved er tale om en ubetydelig del), men ikke fuldt ud, er objektivt begrundet i en mangel på tilstrækkeligt kvalificerede farmaceuter.«

Den nationale ret har herefter forelagt følgende spørgsmål for Domstolen:

»1) Indebærer princippet om ligeløn, jf. Rom-traktatens artikel 119, at arbejdsgiveren objektivt skal begrunde lønforskellen mellem funktion A og funktion B?

2) Såfremt første spørgsmål besvares bekræftende: Kan arbejdsgiveren som en fyldestgørende begrundelse for lønforskellen henvise til, at lønnen i henholdsvis funktion A og funktion B er blevet fastlagt ved forskellige overenskomstforhandlinger, der gennemføres således, at de (betragtet hver for sig) ikke indebærer forskelsbehandling på grundlag af køn og ikke medfører, at kvinder stilles dårligere på grund af deres køn?

3) Såfremt arbejdsgiveren kan godtgøre, at der i perioder er en alvorlig mangel på egnede ansøgere til funktion B, og at han betaler en højere løn til ansatte i funktion B for at tiltrække ansøgere til funktion B, mens det på den anden side

også kan påvises, at det kun er en del af lønforskellen mellem funktion B og funktion A, der skyldes behovet for at tiltrække egnede ansøgere til funktion B

a) er da hele lønforskellen objektivt begrundet, eller

b) er den del af forskellen, som skyldes behovet for at tiltrække egnede ansøgere til funktion B — men også kun denne del af forskellen — objektivt begrundet, eller

c) skal arbejdsgiveren udligne lønforskellen mellem funktion A og funktion B, fordi han ikke har kunnet godtgøre, at hele forskellen er objektivt begrundet?«

6. Kendelsen fra Court of Appeal er registreret på Domstolens Justitskontor den 17. april 1992.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende EØF-statutten for Domstolen er der indgivet skriftlige indlæg af:

— appellanten i hovedsagen, Pamela Enderby, ved Anthony Lester, QC, og David Pannick, QC, for Solicitor-firmaet Robin Thompson & Partners

— første indstævnte i hovedsagen, FHA, ved Eldred Tabachnik, QC, og Barrister Adrian Lynch for Solicitor-firmaet Bevan Ashford

— Det Forenede Kongerige ved Patrick Elias, QC, og Barrister Eleanor Sharpston for Sue Cochrane, Treasury Solicitor's Department

— Forbundsrepublikken Tysklands regering ved Ministerialrat Ernst Röder og Regierungsdirektor Claus-Dieter Quassowski, Forbundsøkonomiministeriet

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Karen Banks, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse. Domstolen har imidlertid stillet en række spørgsmål til parterne i hovedsagen og til Det Forenede Kongerige.

II — Sammenfatning af de skriftlige indlæg for Domstolen

A — *Det første spørgsmål*

1. *Appellanten i hovedsagen, Pamela Enderby*, har anført, at de faktiske omstændigheder, der er redegjort for i kendelsen fra Court of Appeal, er udtryk for en indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, der er

i strid med traktatens artikel 119 og direktiv 75/117, medmindre arbejdsgiveren objektivt kan begrunde lønforskellen. Der er tale om forskelsbehandling, allerede fordi en gruppe arbejdstagere, der næsten udelukkende består af kvinder, er lavere lønnet end en gruppe arbejdstagere, der hovedsagelig består af mænd, selv om de to grupper udfører et arbejde af samme værdi.

Ifølge appellanten skal det ikke bevises, at der er et vilkår, en betingelse eller omstændighed i øvrigt, som er til hinder for, at de pågældende kvinder kan blive farmaceuter eller psykologer. Som Court of Appeal har fremhævet, er den omstændighed, at den lavest lønnede gruppe, dvs. talepædagogerne, næsten udelukkende består af kvinder, ikke en »leg med statistik«, men hænger sammen med, at arbejdets art, der indebærer, at det kan udføres på deltid, gør det særligt attraktivt for kvinder, mens den beskedne løn gør det meget lidt attraktivt for mænd.

Pamela Enderby har gjort gældende, at en lang række afgørelser fra Domstolen viser, at en lønpolitik eller -praksis, som er ugunstig for en gruppe, som helt eller i det væsentlige består af kvinder, er en indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, medmindre arbejdsgiveren objektivt kan begrunde lønforskellen. Sagsøgeren har i den forbindelse henvist til dom af 13. maj 1986, sag 170/84, Bilka (Sml. s. 1607), af 11. juni 1987, sag 30/85, Teuling (Sml. s. 2497), af 13. juli 1989, sag 171/88, Rinner-Kühn (Sml. s. 2743), af 13. december 1989, sag C-102/88, Ruzius-Wilbrink (Sml. s. 4311), af 27. juni 1990, sag C-33/89, Kowalska (Sml. I, s. 2591), af 7. februar 1991, sag C-184/89, Nimz (Sml. I, s. 297), og af 7. maj 1991, sag C-229/89, Kommissionen mod Belgien (Sml. I, s. 2205).

Endelig har sagsøgeren anført, at de afgørelser fra den amerikanske High Court of Justice, som Employment Appeal Tribunal og Court of Appeal har henvist til, ikke kan tillægges særlig vægt, idet de ligger forud for Civil Rights Act 1991, hvorved den amerikanske lovgivning om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn blev ændret på en måde, der falder helt i tråd med Domstolens ovenfor nævnte domme.

Pamela Enderby har derfor foreslået, at Domstolen besvarer det første spørgsmål bekræftende.

2. *Indstævnte i hovedsagen, FHA*, har anført, at anvendelsesområdet for artikel 119 og direktiv 75/117 kun omfatter forskelsbehandling på grundlag af køn, men at der ikke heri ligger et almindeligt retsprincip, der tager sigte på at ophæve lønforskelle.

Ifølge FHA er der tale om direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, såfremt den, der praktiserer forskelsbehandlingen, handler ud fra kønsbetingede hensyn, mens der er formodning for indirekte forskelsbehandling, når følgende tre betingelser er opfyldt:

a) Arbejdsgiveren opstiller ud fra andre hensyn end kønsbetingede en hindring eller et vilkår, som finder anvendelse på samme måde over for mænd og kvinder, og som skal overvindes eller opfyldes, for at der opnås ret til en bestemt fordel.

b) Det viser sig, at en betydelig mindre andel af de ansatte af det ene køn i forhold til det andet kan overvinde den pågældende hindring eller opfylde den nævnte betingelse og det ud fra hensyn, der vedrører

deres køn, og som kan være enten af biologisk, psykologisk eller social karakter.

c) Sagsøgeren kan ikke overvinde hindringen.

Ifølge FHA er det kun, såfremt der er formodning for indirekte forskelsbehandling, at arbejdsgiveren objektivt skal begrunde den opstillede hindring. Såfremt der hverken er tale om direkte forskelsbehandling eller formodning for indirekte forskelsbehandling, er den ulige lønmæssige behandling ikke omfattet af anvendelsesområdet for artikel 119.

Indstævnte har anført, at de faktiske omstændigheder, Industrial Tribunal har lagt til grund, og som appellanten ikke har anfægtet under appelsagen, ikke alene klart viser, at der ikke var tale om direkte forskelsbehandling, men også, at der ikke var formodning for indirekte forskelsbehandling. Endvidere har både Employment Appeal Tribunal og Court of Appeal i deres afgørelser anerkendt, at de ovenfor nævnte omstændigheder, hvorved der skabes en formodning for indirekte forskelsbehandling, ikke foreligger i den konkrete sag.

På den baggrund kan det ikke kræves af arbejdsgiveren, at han giver en objektiv begrundelse for sin praksis, idet det er fastslået, at den ikke har været under indflydelse af kønsbetingede overvejelser. Employment Appeal Tribunal har understreget de særlige situationer, som et sådant vilkår måtte medføre, og som er baseret på et »rent numerisk grundlag«.

I modsætning til appellanten i hovedsagen er FHA af den opfattelse, at det ikke kan udledes af Domstolens afgørelser, at en ugunstig indvirkning på en gruppe, der i det væsentlige består af kvinder, i sig selv er tilstrækkelig til, at der opstår en forpligtelse til at give en objektiv begrundelse. Både i de ovenfor nævnte domme og i andre domme, som f.eks. dom af 31. marts 1981 (sag 96/80, Jenkins, Sml. s. 911) og af 17. oktober 1989 (sag 109/88, HK mod Danfoss, Sml. s. 3199), var der tale om sager, hvor den ugunstige indvirkning ikke var den eneste, der var omtvistet, men hvor der også var fremført andre hindringer eller vilkår.

Endelig har indstævnte tilføjet, at de afgørelser i amerikansk retspraksis siden Griggs-dommen fra 1971, som generaladvokaten har kommenteret i sit forslag til afgørelse i Jenkins-sagen, underbygger det synspunkt, at en »særlig indvirkning«, dvs. en indirekte forskelsbehandling, forudsætter, at der er opstillet en hindring eller en barriere, som stiller en gruppe ugunstigt i forhold til en anden gruppe. Efter appelindstævntes opfattelse går retstilstanden i britisk ret i samme retning.

Sammenfattende har FHA foreslået, at det første spørgsmål besvares benægtende, idet det er fastslået, at der ikke er fremført omstændigheder, som godtgør, at lønforskellen skyldes anvendelsen af et kriterium, som en betydelig lavere andel af kvinder kan opfylde end mænd, og som har diskriminerende virkning på grund af den berørte arbejdstagers køn.

3. Også *Det Forenede Kongerige* er af den opfattelse, at sigtet med traktatens artikel 119 kun er at ophæve de forskellige former for forskelsbehandling på grundlag af køn, og at bestemmelsen ikke er en generel bestemmelse, hvorefter alle former for løndifferentiering mellem de forskellige kategorier af arbejdstagere skal ophæves. Som det fremgår

af dom af 27.marts 1980 (sag 129/79, Macarthys, Sml. s. 1275), kan en lønforskel skyldes faktorer, der ikke har noget at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn. I så fald udgør lønforskellen ikke en tilsidesættelse af artikel 119.

I den foreliggende sag har Pamela Enderby til støtte for, at der tilsyneladende er tale om indirekte forskelsbehandling, alene henvist til forskellen mellem gennemsnitslønnen for de pågældende grupper og til forskellen mellem den procentdel af arbejdstagerne i de pågældende grupper, der udgøres af de to køn. Som det fremgår af Domstolens ovenfor nævnte domme, kan der ifølge Det Forenede Kongerige kun være tale om indirekte forskelsbehandling, såfremt de kriterier, der er lagt til grund, er ugunstige for det ene køn, idet de er forbundet hermed, uanset om det f.eks. drejer sig om regler, der berører deltidsansatte, eller et krav om, at man skal have en bestemt højde for at få adgang til en stilling. Appellanten påstår imidlertid ikke, at aflønningen og lønskalaen for de erhverv, som hun sammenligner, indebærer en hindring, som efter sin art er til skade for langt flere kvinder end mænd.

Det kan ganske vist være fristende at sammenholde den omstændighed, at man skal være farmaceut for at få en højere løn, med den betingelse, der blev fremhævet i Bilka- og Danfoss-dommen, og hvorefter man skal arbejde på fuld tid for at opnå nærmere angivne ydelser. Men ifølge Det Forenede Kongerige er der en afgørende forskel: Den kompetente nationale retsinstans har fastslået, at lønforskellen mellem talepædagoger og de erhverv, der tjener som sammenligningsgrundlag, ikke var kønsbetingede, og det bør i øvrigt nævnes, at et stort antal kvinder også lader sig ansætte i sidstnævnte erhverv, hvor lønskalaerne er fastsat på grundlag af andre kollektive overenskomstforhandlinger.

Sammenfattende har Det Forenede Kongerige foreslået, at det første spørgsmål besvares på den måde, at man fastholder det nuværende krav, hvorefter sagsøgeren skal bevise, at lønforskellen skyldes en faktor, der har årsagssammenhæng med sagsøgerens køn, og derved godtgøre, at der tilsyneladende er tale om indirekte forskelsbehandling.

4. *Forbundsrepublikken Tyskland* har anført, at ved afgørelsen af, om de forskellige lønniveauer, sagen drejer sig om, er i strid med traktatens artikel 119, kan Domstolen ikke lægge til grund, at de pågældende funktioner har samme værdi. Der må først ske en fastlæggelse af, på grundlag af hvilke kriterier to funktioner kan sammenlignes, med henblik på at anerkende dem som ligeværdige.

Ifølge den tyske regering kan funktioner, der henhører under forskellige faglige områder, kun betragtes som sammenlignelige, såfremt det er muligt at fastlægge sammenligningskriterier, domstolene kan anvende. Såfremt sådanne funktioner udøves inden for samme virksomhed, kan en sådan ligeværdighed f.eks. følge af, at de har samme konkrete mål som led i en arbejdsproces, eller at de udviser et fælles konkret berøringspunkt. Ifølge oplysningerne i forelæggelseskendelsen opfylder funktionerne som talepædagog og som farmaceut ikke sådanne sammenligningskriterier.

Da de to funktioner ikke kan sammenlignes, er der derfor efter den tyske regerings opfattelse ikke tale om tilsidesættelse af traktatens artikel 119, og lønforskellene skal derfor ikke begrundes objektivt.

5. Heroverfor har *Kommissionen* anført, at det første præjudicielle spørgsmål må besvares bekræftende.

Ifølge Kommissionen fremgår det klart af Domstolens praksis og navnlig af de allerede nævnte domme, at såfremt en ulempe rammer en gruppe, der navnlig består af kvinder, er der tale om forskelsbehandling i strid med traktatens artikel 119, medmindre den regel, ulempen er en følge af, kan begrundes objektivt ud fra faktorer, der ikke har noget at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn. Der skal ikke sondres mellem situationer, hvor ulempen er en direkte følge af en egentlig »regel«, og de situationer, hvor den kan være et resultat af diskriminerende opfattelser eller historiske forhold. I den konkrete sag er den »regel« eller den foreteelse, der skal begrundes objektivt, lønforskellen mellem to sammenlignelige kategorier af arbejdstagere.

Kommissionen har nærmere anført, at det ikke kan tillægges vægt, at der ikke er noget, der peger i retning af, at kvinder gennemsnitligt er lavere lønnet end mænd i de omhandlede erhverv og heller ikke, at de pågældende erhverv som helhed overvejende er kvindeerhverv. Sammenligningen skal alene foretages mellem de personer, der udfører de samme funktioner som sagsøgeren, og som indtager overordnede stillinger i deres respektive erhverv.

I denne sammenhæng har Kommissionen gjort gældende, at selv om den fremgangsmåde, der efter Kommissionens opfattelse bør følges, kan føre til, at der skal foretages en sammenligning af den objektive værdi af forskellige stillinger, og at lønforskelle alene skal begrundes ud fra statistikker, der kan være mere eller mindre pålidelige, er den nødvendig, såfremt man vil tage højde for tilfælde af forskelsbehandling. Som Domstolen fastslog i dom af 1. juli 1986 (sag 237/85, Rummler, Sml. s. 2101), kræver »princippet om lige løn i det væsentlige ... at det arbejde, der skal udføres, vurderes objektivt«. Dette indebærer, at der skal tilvejebringes en objektiv ordning med henblik på vurdering af stillinger, og at arbejdsgiverne skal begrunde tilfælde af ulige aflønning for arbejde af samme værdi.

Endelig har Kommissionen anført, at med henblik på at undgå en risiko for, at beskyttelsen mod forskelsbehandling på grundlag af køn ændres til en generel forpligtelse til at yde lige løn, uanset en sådan forskelsbehandling, kan Domstolen begrænse betingelserne i sin afgørelse til kun at omfatte tilfælde, hvor den ugunstige regel eller foreteelse i langt højere grad rammer kvinder, eller hvor der er en klar overvægt af mænd i den gunstigt stillede gruppe. I relation til den foreliggende sag betyder det i det mindste, at der kan foretages en holdbar sammenligning med den gruppe af farmaceuter, der omtales i forelæggelseskendelsen, eftersom mænd udgør 70% af den pågældende gruppe.

B — *Det andet spørgsmål*

1. *Pamela Enderby* har anført, at som en fyldestgørende begrundelse for lønforskellen er det ikke tilstrækkeligt, at arbejdsgiveren henviser til, at lønniveauerne er en følge af forskellige kollektive overenskomstforhand-

linger, der, betragtet hver for sig, ikke indebærer forskelsbehandling på grundlag af køn.

Appellanten, der har omtalt det lignende standpunkt, Det Forenede Kongerige indtog på det punkt i sagen HK mod Danfoss, har anført, at den omstændighed, at der findes forskellige kollektive overenskomster, ikke i sig selv kan være en objektiv begrundelse for en grov ulighed, der er ugunstig for kvinder. Til støtte herfor har hun bl.a. anført, at såfremt man antog det modsatte, ville det svare til, at man afviste, at kollektive overenskomster kan have diskriminerende virkninger, hvilket imidlertid udtrykkeligt er anerkendt i artikel 4 i direktiv 75/117 og i Domstolens praksis.

Pamela Enderby har derfor foreslået, at Domstolen besvarer det andet spørgsmål benægtende.

2. *FHA* har heroverfor anført, at den omstændighed, at der findes forskellige kollektive overenskomstforhandlinger, må antages at være og i den konkrete sag faktisk også er en objektiv begrundelse for lønforskellen.

Når forholdet som fastslået af Industrial Tribunal er det, at de kollektive overenskomstforhandlinger er forløbet normalt og ikke har været påvirket af hensyn, der direkte eller indirekte er kønsbetingede, er det ifølge FHA rimeligt, at arbejdsgiveren kan påberåbe sig dem over for en påstand om, at lønskalaerne er udtryk for forskelsbehandling. Der er således tale om en industriel, demokratisk proces, som indebærer, at de, der er berørt af de respektive arbejdsvilkår, kan deltage; når der som inden for NHS er en lang række kategorier af arbejdstagere, er det åbenbart, at der må føres separate forhandlinger for forskellige grupper. For hvert enkelt af de omtvistede erhverv har årelange forhandlinger, baseret på meget grundige undersøgelser, bevirket, at der har kunnet tages hensyn til alle de omstændigheder, der er særlige for hvert enkelt af de pågældende erhverv, bl.a. med hensyn til kvalifikationskravene og markedsforholdene.

FHA har også henvist til britisk retspraksis, hvorefter kollektive overenskomstforhandlinger kan udgøre en objektiv begrundelse.

FHA har følgelig foreslået, at det andet spørgsmål besvares bekræftende.

3. Med henvisning bl.a. til Bilka-dommen og til generaladvokatens forslag til afgørelse i sagen HK mod Danfoss har også *Det Forenede Kongerige* anført, at den omstændighed, at der findes forskellige kollektive overenskomstforhandlingsordninger, principielt kan udgøre en objektiv begrundelse.

På linje med FHA har Det Forenede Kongerige gjort gældende, at i den foreliggende sag vil begrundelsen være fyldestgørende, såfremt det i relation til de faktiske omstændigheder er fastslået, at de forskellige kollektive overenskomstforhandlinger ikke medfører nogen form for forskelsbehandling på grundlag af køn.

Det Forenede Kongerige har subsidiært anført, at de lønskalaer, der opstilles efter de pågældende forhandlinger, er udtryk for virksomhedens faktiske behov og er egnet til, at virksomheden økonomisk kan nå sine mål. En sådan konstatering må antages at udgøre

en objektiv begrundelse som omhandlet i Bilka-dommen.

4. *Forbundsrepublikken Tyskland* har i det væsentlige anført, at der kan være modstrid mellem det i traktatens artikel 119 indeholdte forbud mod enhver form for forskelsbehandling og den omstændighed, at arbejdsmarkedets parter selvstændigt kan indgå kollektive overenskomster. Ved fastsættelsen af lønniveauet i henhold til sådanne overenskomster tages der således hensyn til meget forskellige omstændigheder af økonomisk, social og geografisk karakter, der ikke kun omfatter kriterier med henblik på vurdering af det konkrete arbejde.

Den tyske regering har anført, at når en arbejdsgiver har indgået flere kollektive overenskomster med det samme fagforbund, kan den omstændighed, at de pågældende overenskomster er gyldige, ikke i sig selv udgøre en fyldestgørende begrundelse for de lønniveauer, der er fastsat i hver enkelt overenskomst. I modsat fald ville en arbejdsgiver i kraft af separate forhandlinger let kunne omgå ligelønsprincippet.

Forholdet kan imidlertid være det, at den omstændighed, at der indgås forskellige kollektive overenskomster, er baseret på et objektivt sondringskriterium, og at indbyrdes sammenligninger af det udførte arbejde er udelukket. I den forbindelse kan den omstændighed, at der for den enkelte overenskomst betragtet for sig ikke er konstateret forskelsbehandling, have betydning.

5. *Kommissionen* har anført, at det er resultatet, der skal begrundes, og ikke den proces, hvorved det er tilvejebragt. Allerede i Kowalska- og Nimz-dommen fastslog Domstolen, at den omstændighed, at en ordning, der er ugunstig for kvinder, er blevet aftalt mellem arbejdsmarkedets parter, ikke er en fyldestgørende begrundelse for at lade resultatet bestå, såfremt resultatet i sig selv ikke er objektivt begrundet.

I den foreliggende sag er det ikke lønforskellen, der har været genstand for en kollektiv overenskomst, eftersom lønsatserne er blevet aftalt på grundlag af separate forhandlinger. Selv om sådanne forhandlinger ikke giver grundlag for en formodning om, at forskelsbehandlingen har været tilsigtet, er en sådan konstatering uden betydning for det foreliggende problem, idet det i henhold til ovennævnte afgørelser er resultaterne og ikke hensigten, der er afgørende.

Dette er baggrunden for, at det andet spørgsmål ifølge Kommissionen må besvares benægtende.

C — *Det tredje spørgsmål*

1. *Pamela Enderby* har anført, at når kun en ganske ringe del af lønforskellen skyldes forholdene på arbejdsmarkedet, kan arbejdsgiveren ikke påberåbe sig denne faktor som hel eller delvis begrundelse for lønforskellen (løsning c). På samme måde som det tilkommer en kvinde, som kræver lige løn, at godtgøre, at hendes arbejde har samme værdi, påhviler det arbejdsgiveren — såfremt han vil give en fyldestgørende begrundelse for en lønforskel i tilfælde af, at der er tale om arbejde af samme værdi — at bevise, at hele forskellen skyldes en faktor, der ud fra et kønsdiskrimineringssynspunkt er neutral.

Appellanten har subsidiært anført, at såfremt arbejdsgiveren godtgør, at lønforskellen i et vist omfang skyldes en neutral faktor, som

f.eks. at der må tiltrækkes egnede ansøgere til en funktion, er lønforskellen kun begrundet i det omfang (løsning b).

2. *FHA* har foreslået, at Domstolen besvarer spørgsmålet på den måde, at lønforskellen i det hele er objektivt begrundet som følge af markedskræfterne, således som Employment Appeal Tribunal har fastslået (løsning a). Det vil derfor være både urealistisk, ulogisk og kunstigt at kræve, at en arbejdsgiver skal godtgøre, hvilken del af den udbetalte løn der kan tilskrives markedskræfterne. Når disse tvinger en arbejdsgiver til at tilbyde en vis løn for at tiltrække ansøgere, er det dette beløb, som fuldt ud kan forklares med forholdene på arbejdsmarkedet.

Subsidiært har indstævnte anført, at den del af lønforskellen, der kan tilskrives markedskræfterne, er objektivt begrundet (løsning b).

3. *Det Forenede Kongerige* har fremført et synspunkt svarende til FHA's.

Principalt er det gjort gældende, at såfremt den nationale ret fastslår, at formålet med at udbetale en bestemt løn er at tiltrække egnede ansøgere, er lønforskellen i det hele objektivt begrundet, eftersom retten ikke kan fastlægge, hvilket beløb der ville være blevet betalt, såfremt den faktor, der skyldes markedsmekanismerne, ikke havde været til stede (løsning a).

Subsidiært har Det Forenede Kongerige anført, at såfremt den nationale ret kan fastlægge beløbet, er den del af lønforskellen, der kan tilskrives markedsmekanismerne, objektivt begrundet (løsning b).

4. *Forbundsrepublikken Tyskland* har anført, at ifølge Domstolens praksis kan en arbejdsgiver tilbyde en højere løn med henblik på at tiltrække ansøgere med bestemte kvalifikationer, der ikke er almindeligt forekommende på arbejdsmarkedet. Men knapheden på arbejdskraft kan kun begrunde den del af lønforskellen, der er nødvendig med henblik på at besætte den ledige stilling (løsning b).

5. *Kommissionen* har anført, at kun den del af lønforskellen, der er nødvendig for at tiltrække egnede ansøgere, kan være objektivt begrundet (løsning b). Såfremt det antoges, at hele forskellen kunne være objektivt begrundet under henvisning til, at en del af forskellen skyldes problemer med hensyn til ansættelse, ville det utvivlsomt føre til en undervurdering af kvinders beskæftigelse.

Ifølge Kommissionen kan det imidlertid udledes af Macarthys-dommen, hvor Domstolen fastslog, at der ikke kunne foretages »hypotetiske« sammenligninger, men kun lægges konkrete forhold til grund, at valget må foretages mellem en aflønning, der er helt lige, og en aflønning med total mangel på lighed, hvilket formentlig bør gælde såvel for en kvinde, som kræver lige løn, som for en arbejdsgiver, som forsøger at begrunde en ulighed. Men udviklingen i Domstolens praksis med hensyn til den direkte virkning af traktatens artikel 119 i tilfælde af skjult forskelsbehandling, bør efter Kommissionens opfattelse føre til, at en arbejdsgiver som objektiv begrundelse kan påberåbe sig den del af forskellen, der svarer til det yderligere beløb, han er tvunget til at udbetale for at tiltrække egnede ansøgere.

III — Svar på Domstolens spørgsmål

A — *Spørgsmål til Pamela Enderby, FHA og Det Forenede Kongerige*

Som bilag til sit skriftlige indlæg har Det Forenede Kongerige vedlagt en oversigt over lønklasser, procentdelen af kvinder, aflønningen og arbejdsvilkårene for udøverne af de pågældende erhverv. Det findes nødvendigt at anmode om nærmere oplysninger, idet oplysningerne med hensyn til bestemte lønklasser vedrører 1985, mens oplysningerne om andre lønklasser tilsyneladende drejer sig om indeværende periode (dvs. 1992, hvor Det Forenede Kongerige indgav sit indlæg).

Det fremgår navnlig af det vedlagte dokument, at talepædagoger i 1985 i lønklasse Chief III, hvoraf 97,9% var kvinder, havde en løn på mellem 9 175 UKL og 10 160 UKL, mens lønnen i lønklasse 2 (løntrin 25-31), hvoraf 98,6% er kvinder, ligger på mellem 15 420 UKL og 19 512 UKL. Farmaceuter i lønklasse III, hvoraf 29,23% var kvinder, havde i 1985 en løn på mellem 13 225 UKL og 17 829 UKL, mens lønnen i lønklasse C, D og E (løntrin 11-20), hvoraf 79,9% er kvinder, på nuværende tidspunkt ligger på mellem 20 907 UKL og 27 909 UKL.

Parterne i hovedsagen, Pamela Enderby og FHA, anmodes om at meddele, om de er enige i de nævnte oplysninger, og om de har bemærkninger hertil.

Det Forenede Kongerige anmodes om at oplyse:

a) om, for så vidt angår talepædagoger, lønklasse 2 er lavere end lønklasse Chief III, og om, for så vidt angår farmaceuter, lønklasse C, D og E er lavere end lønklasse III

b) hvorledes man i bekræftende fald kan forklare det på nuværende tidspunkt højere lønniveau for de »lavere« lønklasser i forhold til lønniveauet for de »højere« lønklasser i 1985

c) hvilken betydning det må tillægges — såfremt de nævnte lønklasser ikke er lavere — at der foretages en sammenligning mellem forholdene, som de er på nuværende tidspunkt i de nævnte lønklasser, og de forhold, der kendetegnede de øvrige lønklasser i 1985.

Med henblik på at fjerne enhver tvivl med hensyn til de statistiske oplysninger ville det være ønskeligt, at Det Forenede Kongerige tilstiller Domstolen en fuldstændig oversigt, som med hensyn til 1985, der er udgangspunktet for hovedsagen, viser:

— det samlede antal talepædagoger og farmaceuter, der er beskæftiget inden for National Health Service, og den samlede fordeling på mænd og kvinder i de to erhverv

— antallet, fordelingen på mænd og kvinder og aflønningen af personer i lønklasse Chief III, når de er talepædagoger, og i lønklasse III (eller Principal III), når de er farmaceuter

— antallet, fordelingen på mænd og kvinder og lønnen for personer i de øvrige lønklasser for de samme erhverv.

Om muligt ønsker Domstolen også fremlagt en oversigt med de samme statistiske oplysninger for 1992.

B — *Svar på spørgsmålene*

1. *Pamela Enderby* har først bemærket, at de faktiske oplysninger er blevet tiltrådt af parterne og lagt til grund af Court of Appeal med henblik på den præjudicielle anmodning, og har herefter meddelt visse yderligere oplysninger, hvoraf det bl.a. fremgår, at:

— i lønklasse Chief III (appellantens lønklasse) var 98% af talepædagogerne i 1985 kvinder, og kvinder udgjorde 99% af alle, der udøvede erhvervet; for farmaceuters vedkommende omfattede lønklassen Principal (der er sammenligningsgrundlaget) 30% kvinder, og af alle, der udøvede erhvervet, var 63% kvinder; det er ikke blevet bestridt, at lønnen i de lavere lønklasser for de samme erhverv svarede hertil, og at talepædagoger i de højere lønklasser var betydeligt lavere lønnet

— siden 1985 er erhvervet som talepædagog blevet opnormeret to gange, og den tidligere lønklasse Chief III er blevet ligestillet med en ny lønklasse C, som herefter er blevet ligestillet med en ny lønklasse 2 med hensyn til løntrin 25-33; i lønklasse 2 er 98,6% kvinder, og deres løn ligger på mellem 12 187 UKL (løntrin 19) og 21 103 UKL (løntrin 33)

— erhvervet som farmaceut også er blevet opnormeret, men at appellanten, som ikke længere er ansat af FHA, ikke har nærmere oplysninger herom.

2. *FHA* er enig i de oplysninger, der er givet i bilag 1 til Det Forenede Kongeriges skriftlige indlæg, dog med følgende to tilføjelser:

— oplysningerne vedrørende retten til feriedage for talepædagoger er ikke korrekte (de udgør fem uger i begyndelsen, fem uger og tre dage efter fem tjenesteår, idet ledelsen dog kan tildele tre yderligere dage, inden den ansatte har tilbagelagt fem tjenesteår, og seks uger fra og med løntrin 30)

— for så vidt angår ligestillingen mellem lønklasserne fra 1985 og 1992 er det korrekt, at visse Health Authorities har accepteret at ligestille den tidligere lønklasse III med den nye lønklasse 2 (løntrin 25-31). FHA er imidlertid af den opfattelse, at ligestillingen skal ske med den nye lønklasse 3 (løntrin 36, 37 og 38),

hvor lønnen andrager mellem 23 738 UKL og 25 676 UKL, således som de største »health Authorities« har gjort det.

3. *Det Forenede Kongerige* har først anført, at de oplysninger, der er relevante med henblik på tvistens afgørelse, er oplysningerne for 1985, og har derefter som svar på de stillede spørgsmål meddelt Domstolen følgende yderligere oplysninger:

a) Inddelingen i lønklasser for talepædagoger og farmaceuter er blevet ændret i perioden 1985 og 1992. Sigtet med ændringen har ikke været at gennemføre en nøjagtig ligestilling mellem de tidligere og de nye lønklasser og heller ikke en præcis og automatisk opnormering. Formålet var at give de lokale myndigheder en større handlefrihed ved fastlæggelsen af de kvalifikationer, der kræves for hver enkelt stilling, og fastlæggelsen af det konkrete løntrin ved indplaceringen.

   De fleste »health Authorities« har herefter gennemført en ligestilling mellem den tidligere lønklasse Chief III for talepædagoger og den nye lønklasse 2 for talepædagoger og mellem den tidligere lønklasse Principal III for farmaceuter og de nye lønklasser C, D, E og i et vist omfang F for dette erhverv.

b) Da disse nye lønklasser ikke er »lavere« end de tidligere, men mere eller mindre de samme, er det ikke overraskende, at de hertil svarende lønninger er højere, når henses til den generelle forhøjelse af lønskalaerne i perioden mellem 1985 og 1992.

c) Til orientering har Det Forenede Kongerige fremsendt en sammenligning mellem oplysningerne for 1985, der som de eneste skal tages i betragtning ved afgørelsen af den foreliggende sag, og oplysningerne for 1992. Det fremgår heraf navnlig, hvor vanskeligt det er at sammenligne lønniveauerne i de forskellige lønklasser for to erhverv, som er opbygget på forskellig måde, og opnormeringerne ikke har været de samme.

Som bilag til besvarelsen af spørgsmålene har Det Forenede Kongerige vedlagt en række oversigter, som vedrører talepædagoger og farmaceuter ansat ved NHS i England i september 1985. Det fremgår heraf bl.a., at:

— antallet af fuldtidsansatte (»whole time equivalent«) talepædagoger androg 2 338, heraf 2 296 kvinder (dvs. 98,2%), og antallet af fuldtidsansatte farmaceuter androg 2 836, hvoraf 1 704 var kvinder (dvs. 60,1%)

— antallet af talepædagoger i lønklasse Chief III var 153, heraf 150 kvinder (dvs. 98%), og antallet af farmaceuter i lønklasse Principal III var 247, heraf 84 kvinder (dvs. 34%)

— for talepædagogers vedkommende var de højeste lønninger [1] (med 165 ansatte, heraf 160 kvinder) på mellem 10 556 UKL og 13 770 UKL, lønningerne i de mellemste lønklasser [2] (med 1 125 ansatte, heraf 1 107 kvinder) på mellem 8 187 UKL og 10 160 UKL, mens lønningerne i de laveste lønklasser [3] (med 1 026 ansatte, heraf 1 008 kvinder) lå på mellem 5 754 UKL og 8 187 UKL

1 — Der omfatter lønklasserne Chief II, Chief I og Senior Chief.
2 — Senior I, Chief IV og Chief III.
3 — Graduate Entry og Senior II.

— for farmaceuter lå lønnen i de højeste lønklasser [4] (med 166 ansatte, heraf 29 kvinder) på mellem 17 820 UKL og 22 166 UKL, i de mellemste lønklasser [5] (med 125 ansatte, heraf 27 kvinder) på mellem 16 805 UKL og 19 850 UKL og i de laveste lønklasser [6] (med 2 537 ansatte, heraf 1 643 kvinder) på mellem 7 014 UKL og 17 829 UKL.

En række oversigter omhandler de samme forhold i marts 1992. Det fremgår heraf bl.a., at:

— antallet af ansatte talepædagoger udgjorde 2 936, heraf 2 879 kvinder (dvs. 98%), og antallet af ansatte farmaceuter 3 153, heraf 2 007 kvinder (dvs. 63,7%)

— antallet af talepædagoger i lønklasse 2 udgør 2 090, heraf 2 059 kvinder (dvs. 98%) og antallet af farmaceuter i lønklasse C-F udgjorde 2 103, heraf 1 445 kvinder (dvs. 68,7%)

— lønnen i lønklasse 3 for talepædagoger (459 ansatte, heraf 446 kvinder) udgjorde mellem 21 103 UKL og 30 036 UKL, i lønklasse 2 (2 090 ansatte, heraf 2 059 kvinder) mellem 12 187 UKL og 21 103 UKL og i lønklasse 1 (211 ansatte, heraf 203 kvinder) 11 718 UKL

— lønnen i lønklasse G og H for farmaceuter (215 ansatte, heraf 40 kvinder) udgjorde mellem 31 799 UKL og 38 801 UKL, i lønklasse E og F (783 ansatte, heraf 357 kvinder) mellem 25 275 UKL og 33 355 UKL og i lønklasse A-D (2 154 ansatte, heraf 1 610 kvinder) mellem 13 905 UKL og 26 353 UKL.

Endelig har Det Forenede Kongerige meddelt, at der er visse fejl i den sammenlignende oversigt, der var vedlagt som bilag 1 til dets skriftlige indlæg. Ud over de fejlagtige oplysninger vedrørende retten til ferie, som FHA allerede har gjort opmærksom på, vedrører de fejlagtige oplysninger navnlig den nuværende indplacering af de sammenlignede lønklasser (løntrin 25-28 i stedet for løntrin 25-31 i lønklasse 2 for talepædagoger, mens der for farmaceuter skal være lønklasse C, D, E *og* F).

F. Grévisse
Refererende dommer

4 — De omfatter Pharmaceutical Officers, Area Pharmaceutical Officers og Regional Pharmaceutical Officers.

5 — De omfatter Principal Pharmaceutical Officers, lønklasse 4, og Principal Pharmaceutical Officers, lønklasse 5.

6 — De omfatter Basic Grade Pharmacists, Staff Pharmacists og Principal Grade III Pharmacists.