FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 21. februar 1995 *

1. Den foreliggende sag er indbragt for Domstolen i form af en anmodning om præjudiciel afgørelse fra den faglige voldgiftsret, der træffer afgørelse i sager vedrørende fortolkning af kollektive overenskomster, og som har sæde i København. Med anmodningen er der rejst spørgsmål om anvendelsen af det princip om lige løn til mænd og kvinder, der er fastsat i EØF-traktatens artikel 119 og i direktiv 75/117/EØF [1] (herefter benævnt »direktivet«), på et akkordlønsystem.

2. Så vidt jeg ved, er det første gang, at Domstolen anmodes om at tage stilling til det problem.

3. Spørgsmålene er blevet rejst i forbindelse med en tvist mellem Specialarbejderforbundet i Danmark (herefter benævnt »klageren«) og Dansk Industri for Royal Copenhagen A/S (herefter benævnt »indklagede«). Den drejer sig om følgende:

4. I virksomheden Royal Copenhagen A/S er der tre store grupper af medarbejdere, der arbejder med fremstilling af keramiske produkter, nemlig drejere, malere og arbejdsmænd. De er alle omfattet af samme overenskomst. Ifølge overenskomsten aflønnes de som udgangspunkt med akkordløn, dvs. med en løn, hvis størrelse helt eller delvist afhænger af arbejdsresultatet. Men de kan vælge aflønning med en fast timeløn, der er ens for mænd og kvinder og ens for alle medarbejdergrupper. Den største del af medarbejderne i de to første grupper er på akkordløn (70%): Lønnen består af en fast akkordandel, der udbetales som en basisløn pr. time, og en variabel akkordløn, der udbetales pr. produceret genstand. Lønfastsættelsen sker ved forhandlinger mellem organisationer og virksomheden i forbindelse med fornyelse af overenskomsterne.

5. Inden for gruppen akkordlønnede *drejere* er det undergruppen *rollerdrejere* (26 personer, alle mænd), der er af særlig interesse, og inden for gruppen akkordlønnede *malere* er det undergruppen *blåmalere* (156 personer, heraf 1 mand og 155 kvinder) og undergruppen *plattemalere* (51 personer, alle kvinder).

* Originalsprog: fransk.

1 — Rådets direktiv 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).

6. Jeg vil kalde dem henholdsvis gruppe A, B og C.

7. Klageren var af den opfattelse, at indklagede tilsidesatte kravet om lige løn, fordi gennemsnitsakkordindtjeningen pr. time i gruppe B er lavere end i gruppe A, og indbragte sagen for Ligestillingsrådet, som i en udtalelse af 1. maj 1989 fremkom med følgende konklusioner: »Et flertal i rådet ... må konkludere, at det ikke kan udelukkes, at ligelønsloven er tilsidesat ...«

8. Sagen blev herefter indbragt for voldgiftsretten, som har forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Finder artikel 119 i EØF-traktaten og direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om lige løn til mænd og kvinder anvendelse på lønsystemer, hvor indtjeningen helt eller i væsentlig grad beror på den enkelte arbejdstagers arbejdsresultat (akkordlønsystemer)?

Hvis spørgsmål 1) besvares bekræftende, bedes yderligere følgende spørgsmål besvaret:

2) Er reglerne om ligeløn i artikel 119 i EØF-traktaten og i direktiv 75/117 af 10. februar 1975 om lige løn til mænd og kvinder anvendelige ved sammenligning af to grupper lønmodtagere, såfremt den gennemsnitlige timefortjeneste for den ene gruppe akkordlønnede, der overvejende består af kvinder, som udfører én type arbejde, er væsentlig lavere end den gennemsnitlige timefortjeneste for den anden gruppe akkordlønnede, der overvejende består af mænd, som udfører en anden type arbejde, såfremt det forudsættes, at kvindernes og mændenes arbejde kan tillægges samme værdi?

3) Under forudsætning af, at den ene gruppe overvejende består af kvinder, og den anden overvejende består af mænd, kan man da stille krav til gruppernes sammensætning, f.eks. med hensyn til antal af personer i grupperne eller andel af samtlige medarbejdere i virksomheden?

Kan direktivet i givet fald anvendes til at skaffe to grupper af f.eks. kvindelige ansatte samme løn ved en mellemliggende sammenligning med en gruppe mandlige ansatte?

Problemstillingen kan bl.a. belyses ved følgende:

En gruppe af overvejende mandlige arbejdere benævnt A og to grupper af overvejende kvindelige arbejdere benævnt henholdsvis B og C udfører arbejde af samme værdi, og gennemsnitsindtjeningen i akkord er størst for gruppe C, næststørst for gruppe A og mindst for gruppe B. Kan gruppe B sammenligne sig med gruppe A og kræve lønnen hævet til gruppe A's niveau, og kan gruppe A derefter kræve lønnen hævet til gruppe C's niveau, og kan endelig gruppe B herefter kræve lønnen hævet til gruppe A's nye niveau = gruppe C?

4) Har det nogen betydning ved vurderingen af, om princippet om ligeløn er tilsidesat

a) at der i den ene gruppe er tale om en overvejende maskinstyret produktion, mens der i den anden gruppe er tale om rent håndarbejde?

b) at akkorderne fastsættes ved forhandling mellem de respektive organisationer, eller ved forhandling på lokalt plan?

c) at der kan påvises forskelle i arbejdstagerens valg af arbejdstempo? I bekræftende fald, hvem har bevisbyrden for tilstedeværelsen af sådanne forskelle?

d) at der foreligger betydelig lønspredning inden for en eller begge sammenlignede grupper?

e) at den faste andel af akkordlønnen er forskellig i de sammenlignede grupper?

f) at der er forskelle mellem de to grupper med hensyn til betalte pauser og frihed i arbejdstilrettelæggelsen?

g) at det ikke er muligt at konstatere, hvilke faktorer der har haft betydning for akkordsatsernes størrelse?

h) at der i den ene af de sammenlignede grupper stilles særlige krav til muskelstyrke, mens der i den anden stilles særlige krav om fingerfærdighed?

i) at der kan påvises forskelle med hensyn til arbejdsgener i form af støj, temperatur, ensidigt, gentaget eller monotont arbejde?«

Indledende bemærkninger

Formaliteten

9. Man kan rejse det spørgsmål, om den præjudicielle forelæggelse kan realitetsbehandles, idet det kan betvivles, at en faglig voldgiftsret er en ret i den i EØF-traktatens artikel 177 forudsatte betydning.

10. En faglig voldgiftsret sættes som led i den ved lov fastsatte ordning om afgørelse af uenighed af faglig karakter, jf. § 77 i parternes overenskomst, § 10 og 22 i lov nr. 317 af 13. juni 1973 om arbejdsretten og den mellem Landsorganisationen i Danmark og Dansk Arbejdsgiverforening aftalte norm af 17. august 1908.

11. I dommen i Vaassen-Göbbels-sagen [2] opstillede Domstolen de kriterier, der skal være opfyldt, for at en national retsinstans er en ret i henhold til artikel 177: Den skal være oprettet ved lov, der skal være tale om et permanent organ, der skal gælde de samme kontradiktoriske procesbestemmelser, som gælder for de ordinære domstole, eventuelle stridsspørgsmål skal indbringes for den, og den skal lægge retsregler til grund for sine afgørelser.

12. Med henvisning hertil har Domstolen fastslået, at en dansk faglig voldgiftsret af samme art som den forelæggende retsinstans er en ret i en medlemsstat efter artikel 177 [3]:

»... § 22 i lov nr. 317 af 13. juni 1973 om arbejdsretten bestemmer, at såfremt der ikke

2 — Dom af 30.6.1966, sag 61/65, Sml. 1965-1968, s. 227, org. ref.: Rec. s. 377.

3 — Dom af 17.10.1989, sag 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark («Danfoss-sagen»), Sml. s. 3199.

mellem overenskomstparterne er vedtaget regler til afgørelse af uenighed af faglig karakter, anses den mellem DA og LO (Landsorganisationen i Danmark) aftalte norm for regler ved behandling af faglig strid for at være gældende. Det er således en faglig voldgiftsret, der som sidste instans afgør tvisten. Hver af parterne kan indbringe en sag for retten, uanset om den anden part er enig heri. Rettens kompetence forudsætter således ikke parternes samtykke.

Endvidere bemærkes, at ovennævnte lovbestemmelse indeholder regler om sammensætningen af den faglige voldgiftsret, og navnlig om, hvor mange medlemmer der vælges af parterne, og om, hvorledes opmanden udnævnes, såfremt parterne ikke er enige. Parterne kan således ikke frit bestemme sammensætningen af den faglige voldgiftsret.

Under disse omstændigheder må den faglige voldgiftsret anses for en ret i en medlemsstat i den i traktatens artikel 177 forudsatte betydning« [4].

13. Der er herefter ikke tvivl om, at den faglige voldgiftsret kan forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen.

4 — Præmis 7, 8 og 9.

Spørgsmålet om, hvorvidt de pågældende arbejdsopgaver har samme værdi

14. I forelæggelsesbeslutningen har den faglige voldgiftsret præciseret, at forelæggelsen for Domstolen ikke omfatter spørgsmålet om arbejdets værdi [5].

15. Da det henhører under den nationale rets kompetence at tage stilling til, om de forelagte spørgsmål er relevante med henblik på afgørelsen af den tvist, der er indbragt for den [6], kan Domstolen ikke lægge andre omstændigheder til grund end dem, den nationale ret har anført i anmodningen om præjudiciel afgørelse, der beskriver de faktiske omstændigheder og de regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med [7].

16. Domstolen skal således træffe afgørelse på grundlag af den forelæggende rets bemærkninger om, at det arbejde, hver enkelt af de sammenlignede grupper udfører, ganske vist er af forskellig karakter, men må antages at være af samme værdi.

5 — S. 4, fjerde afsnit, første punktum.

6 — Dom af 29.11.1978, sag 83/78, Pigs Marketing Board, Sml. s. 2347, præmis 25, og af 6.10.1982, sag 283/81, CILFIT, Sml. s. 3415, præmis 10.

7 — Dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90, C-321/90 og C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl., Sml. I, s. 393, præmis 6.

17. Jeg må indrømme, at denne antagelse forekommer noget overraskende, men skal ikke undlade at gøre den nationale retsinstans, hvem det tilkommer at afgøre, om antagelsen er korrekt [8], opmærksom på, at spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om arbejde, som tillægges samme værdi, jf. direktivets artikel 1, er helt afgørende for vurderingen af, om der er tale om lønmæssig forskelsbehandling på grundlag af køn [9].

18. I den foreliggende sag ville forskelsbehandling bestå i, at to identiske situationer behandles forskelligt. Den nationale retsinstans må derfor nøje undersøge, om situationen for de grupper, der foreslås sammenlignet, faktisk er identisk og kan først derefter tage stilling til, om der er tale om forskelsbehandling.

Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

19. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende retsinstans oplyst, om princippet om lige løn til mænd og kvinder, således som det er udtrykt i traktatens artikel 119 og i direktivet, finder anvendelse på akkordlønsystemer.

20. Der kan ikke være tvivl om, at løn indtjent på grundlag af et lønsystem, hvor indtjeningen helt eller delvis afhænger af den enkelte arbejdstagers arbejdsresultat (akkordlønsystem), er løn, som omhandlet i traktatens artikel 119, stk. 1, idet begrebet løn må fortolkes vidt [10].

21. I nævnte artikel knæsættes princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde. I stk. 3, litra a), bestemmes det udtrykkeligt, at lige løn på dette område indebærer, at »den løn, der ydes for *samme arbejde, der aflønnes i akkord*, fastsættes på samme beregningsgrundlag«.

22. Det fremgår således af selve ordlyden af artikel 119, at ligelønsprincippet finder anvendelse på akkordlønsystemer.

8 — Dom af 27.10.1993, sag C-127/92, Enderby, Sml. I, s. 5535, præmis 12.

9 — Se i samme retning punkt 5 i generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i Enderby-sagen (jf. fodnote 8).

10 — Se i samme retning bl.a. dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 12, af 9.2.1982, sag 12/81, Garland, Sml. s. 359, præmis 5, bestemmelsen i artikel 119, stk. 2, P. Garrone: »La discrimination indirecte en droit communautaire: vers une théorie générale«, *RTDE*, nr. 30, juli-september 1994, s. 425, 442, og punkt 11 i generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse i de forenede sager C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 og C-78/93, Helmig m.fl., hvori Domstolen afsagde dom den 15.12.1994 (Sml. I, s. 5727).

23. For så vidt angår direktivet, der »... ikke på nogen måde ændrer ved dette princips indhold eller rækkevidde«, som fastlagt i artikel 119 [11], bestemmes det i artikel 1, at ligelønsprincippet finder anvendelse på »alle lønelementer og lønvilkår«.

Dette er baggrunden for, at jeg skal foreslå, at spørgsmålet om, hvilke krav der må stilles til sammensætningen af de to grupper, der sammenlignes, behandles først.

Første del af det tredje spørgsmål

24. Efter min opfattelse må det første spørgsmål derfor besvares bekræftende.

27. For så vidt angår antallet af medarbejdere i det indklagede selskab har den forelæggende retsinstans oplyst følgende:

25. Efter at have undersøgt, om de to grupper, der foreslås sammenlignet, rent faktisk udfører arbejde af samme værdi (jf. mine indledende bemærkninger), må den nationale retsinstans — som Kommissionen har understreget i sine indlæg [12] — dernæst påse, at udvælgelsen og sammensætningen af grupperne ikke er tilfældig, og at det er relevant at sammenligne dem.

— antal medarbejdere i alt: ca. 1 150 (40% mænd og 60% kvinder)

— sammensætning af de tre grupper:

26. Såfremt den nationale retsinstans herefter måtte fastslå, at sammensætningen af de to grupper udviser sådanne forskelle, at de klart ikke er sammenlignelige, bliver undersøgelsen af de følgende spørgsmål derfor uden genstand.

— Drejere: 200 personer, hvoraf 70% er på akkordløn (70% mænd og 30% kvinder).

11 — Jf. dom af 31.3.1981, sag 96/80, Jenkins, Sml. s. 911, præmis 22, og af 3.12.1987, sag 192/85, Newstead, Sml. s. 4753, præmis 20.

12 — Punkt II.2.1, andet afsnit.

— Gruppe A (rollerdrejere) består af 26

mænd (dvs. 18% af den samlede akkordlønnede drejergruppe).

— Malere: 453 personer, hvoraf 70% er på akkordløn (5% mænd og 95% kvinder).

— Gruppe B (blåmalere) består af 156 personer: 155 kvinder og 1 mand (dvs. 49% af den samlede akkordlønnede malergruppe).

— Gruppe C (plattemalere) består af 51 kvinder (dvs. 16% af den samlede akkordlønnede malergruppe).

— Arbejdsmænd: 500 personer (der foreligger ikke nærmere oplysninger).

28. Det fremgår af Domstolens praksis, at man ikke blot *kan*, men også *skal* stille krav til sammensætningen af de grupper, der sammenlignes [13].

29. Dette er i øvrigt logisk nok, eftersom sammenligningen kun er relevant, såfremt den foretages mellem repræsentative grupper af arbejdstagere [14]. Man kan ikke kritikløst acceptere en udvælgelse, der bevidst er foretaget med henblik på at underbygge den ene af parternes argumentation.

30. I øvrigt er en sådan vurdering et faktisk spørgsmål, som alene henhører under den nationale rets kompetence. Domstolen kan naturligvis ikke fastsætte et minimumsantal arbejdstagere pr. gruppe og heller ikke en procenttærskel, fra hvilken en gruppe må antages at være repræsentativ i forhold til samtlige medarbejdere i en virksomhed.

31. Lad mig blot bemærke, at sammenligningen skal ske »på grundlag af et *forholdsvis omfattende personmateriale*« [15], og at »det tilkommer den nationale ret at afgøre, om de pågældende statistiske oplysninger kan tages i betragtning, dvs. at de skal omfatte et *tilstrækkeligt antal personer*, at de ikke må være udtryk for tilfældige eller kortvarige

13 — Jf. dommen i Enderby-sagen, præmis 17, og dommen i »Danfoss-sagen«, præmis 16.

14 — Se i samme retning punkt 35 i generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i Enderby-sagen og punkt II.2.1 i Kommissionens indlæg.

15 — Dommen i »Danfoss-sagen«, præmis 16, min fremhævelse.

omstændigheder og at de, generelt set, viser sig at være væsentlige« [16].

32. På baggrund af disse krav er det forståeligt, at voldgiftsretten er betænkelig med hensyn til bevisværdien af en sammenligning mellem to grupper, hvis virkelige størrelse — udtrykt talmæssigt (den ene består af 26 personer, den anden af 156) og forholdsmæssigt i henseende til den kategori, hver enkelt undergruppe tilhører (18% for den enes, 49% for den andens vedkommende) — er så forskellige.

33. Er antallet af arbejdstagere, der udgør gruppe A, ikke for lille? Jeg skal i den forbindelse påpege, at i »Danfoss-sagen« [17] havde voldgiftsretten ud fra det synspunkt afvist klagerens argumentation (sammenligningen vedrørte grupper på seksten og elleve personer).

34. Der må i øvrigt foretages en bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som kunne begrunde, at klageren i sine påstande har isoleret gruppe A og B fra de øvrige lønmodtagere. Er de nævnte grupper virkelig de eneste, som udfører en bestemt type arbejde?

35. Sammenfattende er det min opfattelse, at først efter at være nået frem til, at sammensætningen af grupperne faktisk er repræsentativ og kan danne grundlag for en reel sammenligning, kan den nationale retsinstans tage stilling til de følgende spørgsmål.

Det andet spørgsmål

36. Med det andet spørgsmål, som er væsentligt og i egentlig forstand nyt, ønsker den nationale retsinstans oplyst, om det inden for rammerne af et akkordlønsystem er rimeligt og relevant at sammenligne de gennemsnitlige timefortjenester.

37. Lad mig straks bemærke, at jeg på forhånd er særdeles betænkelig med hensyn til et sådant sammenligningsgrundlag, navnlig hvad angår den form for akkordløn, som den konkrete sag drejer sig om.

38. Selv om dette spørgsmål for første gang indbringes for Domstolen, findes der allerede en omfangsrig praksis vedrørende lige løn til mænd og kvinder for arbejde, *betalt efter tid.*

16 — Dommen i Enderby-sagen, præmis 17, min fremhævelse.
17 — Jf. fodnote 3.

39. Jeg skal først gennemgå hovedlinjerne i Domstolens praksis og derefter tage stilling til, om den kan anvendes i den foreliggende sag.

40. Domstolens argumentation består af to på hinanden følgende led: Ud fra de konkrete oplysninger, som er fremlagt for Domstolen, skal det først undersøges, om der er tale om en sondring, og derefter, om en sådan sondring eventuelt er begrundet [18].

41. Efter Domstolens praksis sondres der mellem på den ene side direkte forskelsbehandling, som kan konstateres allerede ved hjælp af kriterierne samme arbejde og lige løn, og på den anden side indirekte og skjult forskelsbehandling, som kun kan påvises på grundlag af gennemførelsesbestemmelser af fællesskabsretlig eller national karakter [19].

42. »Der foreligger *direkte* forskelsbehandling, såfremt der i fællesskabsretlige eller nationale bestemmelser lægges et retsstridigt sondringskriterium til grund, eller der i forskellige situationer gælder formelt identiske regler. Der foreligger *indirekte* forskelsbehandling, såfremt der i fællesskabsretlige eller nationale bestemmelser ganske vist ikke lægges retsstridige sondringskriterier til grund, men andre sondringskriterier, hvis virkninger er identiske med eller i det mindste svarer til, hvad en anvendelse af et retsstridigt sondringskriterium ville føre til, eller såfremt der i fællesskabsretlige eller nationale bestemmelser formelt sondres mellem forskellige situationer, men de reelt behandles ens« [20].

43. Direkte forskelsbehandling konstateres ganske enkelt og udelukkende ved hjælp af de i traktatens artikel 119, stk. 1, opstillede kriterier samme arbejde og lige løn [21].

44. Det er derimod vanskeligere at afgøre, om der foreligger indirekte forskelsbehandling. Dette kan netop være tilfældet i den foreliggende sag, idet den omtvistede aflønning ikke åbenbart er forskelsbehandlende, og den anvendes uden forskel på mænd og kvinder.

45. Hidtil er spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger indirekte sondringer, navnlig blevet undersøgt på området for deltidsarbejde, som procentuelt omfatter langt færre mænd end kvinder [22].

18 — Jf. dommen i Jenkins-sagen og dommen i Helmig-sagen, præmis 23, 24 og 25.

19 — Dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455.

20 — K. Lenaerts: »L'égalité de traitement en droit communautaire: un principe unique aux apparences multiples«, *CDE*, 1991, nr. 1-2, s. 3, punkt 10. Domstolens oversættelse.

21 — Dom af 27.3.1980, sag 129/79, Macarthys, Sml. s. 1275, præmis 10.

22 — Jf. dommen i Jenkins-sagen, samt dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, af 13.12.1989, sag C-102/88, Ruzius-Wilbrink, Sml. s. 4311, af 27.6.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, og af 4.6.1992, sag C-360/90, Bötel, Sml. I, s. 3589.

46. Domstolen har fastslået, at den samlede løn er et kriterium, som kan afsløre en eventuel forskelsbehandling. Således er der i dommen i Bilka-sagen [23] opstillet følgende regel: Der er tale om forskelsbehandling, såfremt den *samlede løn*, der betales fuldtidsansatte, *ved det samme antal arbejdstimer* er højere end den, der betales til deltidsansatte.

47. Tilsvarende har Domstolen fastslået, at en gennemsnitsløn kan afsløre en situation, der forekommer mistænkelig: »Såfremt en virksomhed anvender et helt uigennemskueligt lønfastsættelsessystem, har arbejdsgiveren bevisbyrden for, at den førte lønpolitik ikke er udtryk for en forskelsbehandling, når en kvindelig lønmodtager på grundlag af et forholdsvis omfattende personmateriale godtgør, at *gennemsnitslønnen* for kvindelige lønmodtagere er lavere end for mandlige« [24].

48. Endelig kan statistiske oplysninger skabe en formodning for forskelsbehandling: »Såfremt *tydelige statistiske oplysninger* viser, at der er en væsentlig lønforskel ... følger det af traktatens artikel 119, at arbejdsgiveren skal godtgøre, at denne forskel skyldes objektive faktorer ...« [25].

49. Men situationer, der forekommer mistænkelige og afsløres på denne måde, udgør ikke i sig selv indirekte forskelsbehandling. Der er kun tale om en »afkræftelig formodning for uforenelighed med trinhøjere bestemmelser om ligebehandling« [26].

50. Ifølge Domstolens praksis er formodningen afkræftelig i den forstand, at det tilkommer arbejdsgiveren at godtgøre, at de trufne foranstaltninger »kan forklares ved andre — *objektivt begrundede* — faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn« [27] eller kan forklares »ved faktorer, der udelukker en forskelsbehandling på grundlag af køn« [28].

51. Afgørelsen af, om der er tale om objektive faktorer, beror på en nøje undersøgelse af de faktiske omstændigheder, som det påhviler de nationale retsinstanser at foretage [29]. Uden at foretage en begrænsning af, hvad der kan begrunde en ulige behandling, har Domstolen opstillet følgende vejledende kriterier for de nationale retsinstanser: De valgte midler skal være i overensstemmelse med virksomhedens virkelige behov, være egnede til at opnå det mål, den forfølger, og være nødvendige herfor [30].

23 — Jf. foregående fodnote, præmis 27.

24 — Domskonklusionen i »Danfoss-sagen«, punkt 1, min fremhævelse.

25 — Domskonklusionen i Enderby-sagen, punkt 1, min fremhævelse.

26 — P. Garrone: a.st., note 10, s. 427.

27 — Dommen i Bilka-sagen, præmis 31, min fremhævelse. Jf. også dommen i Rinner-Kühn-sagen, præmis 15, og i Ruzius-Wilbrink-sagen, præmis 15.

28 — Dommen i Jenkins-sagen, præmis 13, og i Bilka-sagen, præmis 29.

29 — Dommen i Jenkins-sagen, præmis 14, i Bilka-sagen, præmis 36, i Kowalska-sagen, præmis 15, og i Nimz-sagen, præmis 14.

30 — Dommen i Bilka-sagen, præmis 36.

52. Domstolen har således fastslået, at direktivet ikke er til hinder for, at »der i forbindelse med et fagligt klassifikationssystem for fastsættelsen af lønrammerne anvendes et kriterium, hvor der lægges vægt på *anstrengelsen eller belastningen af musklerne* eller et kriterium, hvorefter *hårdheden af det fysiske arbejde* er afgørende, dersom det arbejde, der skal udføres, efter arbejdsopgavernes beskaffenhed rent faktisk kræver en vis fysisk styrke, såfremt systemet i sin helhed, under hensyntagen til andre kriterier, udelukker enhver form for forskelsbehandling på grundlag af køn« [31].

53. Derimod fremgår det af Domstolens faste praksis og af direktivets artikel 4, at *overenskomster* på samme måde som love og administrativt fastsatte bestemmelser er omfattet af forbuddet mod enhver form for forskelsbehandling på grundlag af køn for så vidt angår løn [32]. De kan derfor ikke begrunde en forskellig behandling. Domstolen har således udtalt, at »den omstændighed, at lønfastsættelsen er et resultat af kollektive forhandlinger ... er ikke til hinder for, at det fastslås, at der tilsyneladende foreligger forskelsbehandling, når forhandlingerne har ført til resultater, der viser, at to grupper behandles forskelligt ...« [33].

54. I almindelighed kan forskellig løn begrundes med visse nærmere angivne forhold: under alle omstændigheder med anciennitet, med faglig uddannelse, såfremt en sådan uddannelse er af betydning for udførelsen af de konkrete arbejdsopgaver, den pågældende lønmodtager har, og fleksibilitet, hvis dette begreb forstås som evnen til at tilpasse sig skiftende arbejdstider og -steder [34].

55. Med henblik på, at der kan foretages en effektiv retslig prøvelse, må princippet om lige løn under alle omstændigheder overholdes som helhed, dvs. for alle lønelementer: »Hvert enkelt kriterium [skal] ikke nødvendigvis være således beskaffent, at forskelsbehandling udelukkes, hvorimod systemet som helhed skal være udformet med henblik på dette mål« [35].

56. Det skal endelig bemærkes, at Kommissionen har forelagt et forslag til direktiv om bevisbyrden i forbindelse med ligeløn og ligebehandling for kvinder og mænd. Det indeholder i det væsentlige de principper, der er opstillet i Domstolens praksis [36]. Efter forslagets artikel 3, stk. 2, kan der skabes en afkræftelig formodning for forskelsbehandling på grundlag af »en eller flere kendsgerninger, der, hvis ikke de modbevises, er ensbetydende med direkte eller indirekte forskelsbehandling«; det påhviler den indklagede at bevise, at princippet om ligebehandling ikke er blevet tilsidesat.

31 — Dom af 1.7.1986, sag 237/85, Rummler, Sml. s. 2101, præmis 17.

32 — Jf. senest dommen i Helmig-sagen, præmis 12, i Kowalska-sagen, præmis 12 og 18, i Nimz-sagen, præmis 11, og i Enderby-sagen, præmis 21.

33 — Dommen i Enderby-sagen, præmis 22.

34 — Domskonklusionen i »Danfoss-sagen«.

35 — S. 2106 i generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i Rummler-sagen. Jf. også dommens præmis 15 og 16.

36 — Forslag til direktiv af 27.5.1988 (EFT C 176, s. 5), drøftet på plenarmødet i Parlamentet den 15.12.1988, *Europa-Parlamentets Forhandlinger*, nr. 2-372, s. 313.

57. Inden jeg behandler spørgsmålet om, hvorvidt Domstolens praksis kan finde anvendelse i den foreliggende sag, skal jeg fremhæve, at der må sondres mellem løn for arbejde, betalt efter tid, som er den eneste form for løn, Domstolen hidtil har taget stilling til, og akkordløn, som den foreliggende sag vedrører.

58. Dette har traktatens forfattere da også haft for øje, idet der, som jeg tidligere har understreget (jf. punkt 21), i artikel 119 klart sondres mellem de to former for løn. I dommen i Jenkins-sagen har Domstolen begrænset anvendelsesområdet for sin praksis til kun at omfatte »timeløn« [37].

59. En timelønnet arbejdstager får udbetalt en fast løn pr. tidsenhed, han arbejder.

60. En akkordlønnet arbejdstager aflønnes helt eller delvis på grundlag af sin produktivitet. Som det er tilfældet med lønmodtagerne i gruppe A, B og C, kan lønnen omfatte en fast akkordandel, der udbetales som en basisløn pr. time. Men det er højst *en del* af, hvad han får udbetalt. Resten af lønnen og en væsentlig del heraf er en variabel akkordløn, der udbetales *pr. produceret genstand*. Den faktiske indtjening afhænger i det mindste delvis af arbejdsresultatet, *som opgøres på helt individuelt grundlag*, alt efter hvor mange emner der fremstilles pr. tidsenhed (hurtighed), og om de producerede genstande er fejlfrie (arbejdets kvalitet).

61. Jeg vil herefter — som jeg også vil opfordre den nationale retsinstans til — behandle spørgsmålet om, hvorvidt de »gennemsnitlige timelønninger« udgør et relevant kriterium for en sammenligning mellem gruppe A og B. De tal, der fremgår af forelæggelsesbeslutningen, er gennemsnitstal pr. gruppe for den faste og den variable akkordandel af lønnen [38].

62. Som allerede nævnt [39] har Domstolen i dommen i Enderby-sagen fastslået, at der kan skabes en formodning for forskelsbehandling på grundlag af »tydelige statistiske oplysninger«. Kan oplysninger om gennemsnitslønninger antages at udgøre »tydelige statistiske oplysninger«?

63. Som allerede nævnt [40], antog Domstolen i dommen i Danfoss-sagen, at dette kan være tilfældet.

37 — Præmis 11.

38 — Gennemsnittet er i gruppe A på 103,93 kr. pr. time, hvoraf den faste akkordandel udgør 71,69 kr.; den variable akkordandel andrager således 32,24 kr. I gruppe B er gennemsnittet på 91 kr. pr. time, hvoraf den faste akkordandel er 57 kr.; den variable akkordandel udgør således 34 kr. Disse tal afspejler forholdene i virksomheden i april 1990, men er ifølge parterne repræsentative for hele året.

39 — Jf. ovenfor i punkt 48.

40 — Jf. ovenfor i punkt 47.

Men for det første er dette kun muligt, såfremt »en virksomhed anvender et helt uigennemskueligt lønfastsættelsessystem« [41]. Der var således tale om en lønpolitik, som indebar, at »det er umuligt for en ... lønmodtager at påvise årsagerne til, at hun og en ... lønmodtager, der udfører samme arbejde, aflønnes forskelligt. De ansatte er således ikke klar over, hvilke kriterier for personlige tillæg der anvendes over for dem, og hvorledes de anvendes« [42]. Dette synes ikke at gælde for gruppe A og B, som fuldt ud er bekendt med sammensætningen af deres løn. Gennemskueligheden må således antages at være sikret, når lønfastsættelsen er kommet i stand efter frie forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter.

For det andet drejede den sag sig ikke om et akkordlønsystem, men om personlige tillæg ud over en fastsat timeløn.

64. Jeg har netop påvist, i hvor høj grad de to lønsystemer er forskellige.

Såfremt det antoges, at der kunne foretages en sammenligning på grundlag af gennemsnitslønnen, ville det være ensbetydende med, at man ikke anerkender det særlige ved akkordløn. Man ville således ikke tage hensyn til individuelle forskelle i arbejdsydelse. Jeg vil gerne understrege det farlige i et sådant synspunkt, hvorved »akkordarbejde« ville blive sidestillet med »arbejde betalt efter tid«, og hvorved der kunne skabes en formodning for, at enhver form for akkordløn er i strid med ligelønsprincippet.

Formålet med at indføre et sådant lønsystem i en virksomhed er, at *hver enkelt* arbejdstager anspores, tilskyndes til at tjene mere, jo mere han fremstiller, hvilket er i såvel hans egen som i arbejdsgiverens interesse.

Med det samme udbetalte beløb pr. fremstillet emne kan det — *uden hensyntagen til den faste akkordandel* — ikke undgås, at der opstår individuelle forskelle. *De er endog en logisk følge af et akkordlønsystem, idet de afspejler forskelle med hensyn til produktiviteten.* Dette illustreres i øvrigt udmærket af, at der selv inden for både gruppe A og B er væsentlige individuelle forskelle [43]. Kun såfremt produktiviteten er den samme, får arbejdstagerne udbetalt samme løn.

Gennemsnitslønningerne afspejler således blot forskelle i arbejdsydelse, eftersom den

41 — Domskonklusionen, punkt 1.

42 — Præmis 10.

43 — I gruppe A tjente den højstlønnede i april 1990 i gennemsnit 118 kr. pr. time og den lavestlønnede 86 kr. pr. time. I gruppe B udgjorde gennemsnitslønnen henholdsvis 125 kr. og 72 kr.

faste akkordandel er den samme for arbejde af samme værdi. Det er herefter min opfattelse, at i et sådant system er de ikke et relevant sammenligningskriterium, på grundlag af hvilket der kan skabes formodning for, at der foreligger forskelsbehandling på grundlag af køn.

65. En sidste bemærkning, hvor jeg er enig med den tyske regering [44]. Bestemmelsen i traktatens artikel 119, stk. 3, litra a), underbygger mit synspunkt, idet der heri som det afgørende sammenligningsgrundlag kun nævnes »beregningsgrundlaget« for lønnen. Der vil således kunne foreligge forskelsbehandling, såfremt »beregningsgrundlaget« for den faste akkordandel og/eller »beregningsgrundlaget« for den variable akkordandel ikke er det samme for arbejde, der har eller anses for at have samme værdi. Der ville med andre ord kun kunne være tale om forskelsbehandling, såfremt der for så vidt angår aflønningen pr. *tidsenhed* eller aflønningen pr. *emne* sondredes mellem mænd og kvinder.

67. Ved vurderingen af en sådan situation skal der tages konkrete faktiske omstændigheder i betragtning, som ikke er oplyst. I øvrigt er den forelæggende retsinstans enekompetent med hensyn til denne bedømmelse af faktum. Jeg skal blot nævne, at såfremt det antoges, at der kunne foretages en sådan sammenligning, ville det indebære, at lønnen for en gruppe kvindelige ansatte (gruppe B) blev bragt på højde med lønnen for en anden gruppe kvindelige ansatte (gruppe C). De fællesskabsretlige bestemmelser om ligebehandling af de to køn er selvfølgelig kun udstedt med henblik på at ophæve enhver form for forskelsbehandling mellem *mænd* og kvinder.

En sådan mulighed falder derfor uden for anvendelsesområdet for direktivet og for artikel 119.

Anden del af det tredje spørgsmål

66. Med den anden del af det tredje spørgsmål ønsker voldgiftsretten oplyst, om gruppe A og B ved en mellemliggende sammenligning kan bringe deres løn på højde med den højest lønnede gruppe (gruppe C).

68. Men navnlig belyser spørgsmålet endnu en gang, hvor farligt det er ikke at tage hensyn til det særlige ved akkordløn. Hvis nemlig lønnen for de forskellige grupper, der nævnes i anden del af det tredje spørgsmål, blev forhøjet, ville det være ensbetydende med, at der blev fastsat *én og samme løn* for alle grupper af arbejdstagere, uden hensyntagen til den enkeltes arbejdsydelse; der ville således ikke længere være tale om *individuel* akkordløn.

44 — Punkt 5 i indlægget.

Det fjerde spørgsmål

69. Til det fjerde spørgsmål, hvorved den forelæggende retsinstans ønsker oplyst, hvilken betydning der skal tillægges en række faktiske omstændigheder, skal jeg kun knytte ganske korte bemærkninger.

70. Det tilkommer den nationale retsinstans at tage de faktiske omstændigheder, der foreligger for den, i betragtning ved afgørelsen af, om det arbejde, de sammenlignede grupper udfører, har samme værdi. Såfremt retsinstansen finder, at der på grundlag af andre væsentlige elementer end gennemsnitslønnen er formodning for forskelsbehandling, kan den også på det grundlag undersøge, om der foreligger objektive faktorer, der er forskelsbehandling på grundlag af køn uvedkommende. Jeg skal i den forbindelse henvise til mine tidligere bemærkninger i forbindelse med gennemgangen af Domstolens praksis [45].

71. Jeg skal herefter foreslå, at Domstolen besvarer de forelagte spørgsmål således:

»— EØF-traktatens artikel 119 og Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder finder anvendelse på lønsystemer, hvor indtjeningen helt eller i væsentlig grad beror på den enkelte arbejdstagers arbejdsresultat (akkordlønsystemer).

— Det påhviler den nationale retsinstans at påse, at grupperne er sammenlignelige, bl.a. med hensyn til antallet af arbejdstagere, der udgør hver enkelt gruppe, og gruppernes repræsentativitet i forhold til den kategori af arbejdstagere, de indgår i.

— For så vidt angår akkordløn er gennemsnitslønninger ikke et relevant sammenligningskriterium, på grundlag af hvilket der kan skabes formodning for, at der foreligger forskelsbehandling af mænd og kvinder.

45 — Punkt 50-56.

— Det tilkommer den nationale retsinstans at tage de faktiske omstændigheder, der foreligger for den, i betragtning og herefter afgøre, om de former for arbejde, der sammenlignes, har samme værdi. På grundlag af de nævnte omstændigheder skal retsinstansen i givet fald også kunne undersøge, om der foreligger objektive faktorer, der ud fra andre hensyn end gennemsnitslønnen kan begrunde en formodet forskelsbehandling.«