FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 19. januar 1999 *

Indhold

I — Indledning ..... I - 2867

II — Retsgrundlaget ..... I - 2868

A — Fællesskabsrettens bestemmelser ..... I - 2868

B — Nationale bestemmelser ..... I - 2869

III — De faktiske omstændigheder ..... I - 2871

IV — De præjudicielle spørgsmål ..... I - 2873

V — Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål ..... I - 2875

A — Indledende bemærkninger ..... I - 2875

B — Det første spørgsmål ..... I - 2877

C — Det sjette spørgsmål ..... I - 2887

D — Det andet spørgsmål ..... I - 2892

E — Det tredje, fjerde og femte spørgsmål ..... I - 2896

F — Det syvende spørgsmål ..... I - 2903

VI — Forslag til afgørelse ..... I - 2906

I — Indledning

1. Med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, indgivet i medfør af EF-traktatens artikel 177, har Oberlandesgericht Wien forelagt Domstolen syv præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EF-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 [1]. Domstolen anmodes især om at tage stilling til spørgsmålet om fortolkningen af begreberne »samme arbejde« og »samme slags arbejde«,

* Originalsprog: græsk.

1 — EFT L 45, s. 19.

samt spørgsmålet om sammenlignelige grupper med henblik på at kunne fastslå, om der foreligger en indirekte forskelsbehandling af mænd og kvinder med hensyn til løn.

II — Retsgrundlaget

A — *Fællesskabsrettens bestemmelser*

2. 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.«

3. Traktatens artikel 119, stk. 3, bestemmer:

»Lige løn uden forskelsbehandling på grundlag af køn indebærer:

a) at den løn, der ydes for samme arbejde, der aflønnes i akkord, fastsættes på samme beregningsgrundlag

b) at den løn, der ydes for arbejde, betalt efter tid, er den samme for samme slags arbejde.«

4. Direktiv 75/117 bestemmer i artikel 1:

»Det i artikel 119 i traktaten omhandlede princip om lige løn til mænd og kvinder, i det følgende benævnt 'ligelønsprincippet', indebærer, at for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes enhver forskelsbehandling på grundlag af køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår.

Især når et fagligt klassifikationssystem anvendes for lønfastsættelsen, må dette system bygge på samme kriterier for mandlige og kvindelige arbejdstagere og indrettes således, at det udelukker forskelsbehandling på grundlag af køn.«

Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger. Afvigelser fra disse ordninger kræver i henhold til § 460 i ASVG skriftlig godkendelse fra dette hovedforbund.

5. I direktivets artikel 4 hedder det:

Lønningsregulativ A (Dienstordnung A, herefter »DO. A«) gælder for funktionærer, der er beskæftiget i socialsikringsinstitutionerne med administrative opgaver, med sygepleje (plejepersonale) eller som tandteknisk personale.

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

Under de forskellige lønningskategorier for det administrative personale, som fastlagt i § 37 i DO. A, er »psykologer, som har ret til selvstændigt virke som psykologer (sundhedspsykologer og kliniske psykologer)« indplaceret i lønramme F, løntrin I, der vedrører »lederstillinger« (höherer Dienst). De øvrige psykologer er indplaceret i lønramme E, løntrin III, »overordnede« (gehobener Dienst). § 38 i DO. A, som omhandler plejepersonalet, nævner under lønramme C, løntrin II, også psykoterapeuter.

B — *Nationale bestemmelser*

6. Det fremgår af forelæggelseskendelsen og af de til Domstolen indgivne indlæg, at i Østrig reguleres ansættelses- og pensionsforholdene for personalet ved socialsikringsinstitutionerne på grundlag af Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (herefter »ASVG«) gennem lønningsregulativer (Dienstordnungen) for ansættelsesforholdet, som er indgået i form af kollektive overenskomster med

Lønningsregulativ B (Dienstordnung B, herefter »DO. B«) gælder alle læger og tandlæger, som er beskæftiget ved socialsikringsinstitutionerne (§ 1, stk. 1). Læger, som er ansat ved sygehuse, og som har ret til selvstændigt virke som specialister, er indplaceret i lønramme B III.

Til sammenligning kan det anføres, at læger i lønramme B III i 1995 havde krav på en grundløn, der afhængig af anciennitet varierede mellem 42 197 ATS og 73 457 ATS, mens kontorpersonale i lønramme F, løntrin I, i samme periode havde krav på en grundløn, der ligeledes afhængig af anciennitet varierede mellem 24 796 ATS og 51 996 ATS.

Den ugentlige arbejdstid omfatter for læger, som er ansat ved sygeforsikringen, 36 timer, mens den for de øvrige ansattes vedkommende er på 40 timer.

De førnævnte kollektive overenskomster indeholder omfattende reguleringer med hensyn til de nærmere arbejdsbetingelser og bestemmer desuden bl.a., at arbejdstageren under bestemte forudsætninger, især efter ti års tjeneste, kan opnå fastansættelse.

7. Den østrigske lov om psykoterapi [2] definerer indholdet af psykoterapi [3] og fastsætter betingelserne for at kunne udøve erhvervet som psykoterapeut [4].

I lægeloven (Ärztegesetz, herefter »ÄrzteG«) [5] er beskaffenheden af de aktiviteter, som lægegerningen [6] omfatter, og betingelserne for at udøve den [7] fastsat.

Endelig bestemmer psykologloven [8] ind-

2 — Bundesgesetz über die Ausübung der Psychotherapie, BGBl nr. 361/1990.

3 — Loven definerer psykoterapi som en omfattende, tilstræbt og på forhånd fastlagt terapiform, der bygger på kundskaber erhvervet gennem en almen og speciel faglig uddannelse, til behandling af psykosocialt og psykosomatisk betingede adfærdsforstyrrelser og sygelige tilstande gennem brug af videnskabeligt-psykoterapeutiske metoder i en interaktion mellem en eller flere patienter og en eller flere psykoterapeuter, med det formål at mildne eller fjerne eksisterende symptomer, at ændre adfærds- og holdningsforstyrrelser og at fremme patientens modenhed, udvikling og sundhed (§ 1).

4 — Der er ikke noget krav om at have fuldført et studium for at kunne virke som psykoterapeut; derimod skal man have fulgt en teoretisk uddannelse på i alt mindst 756 timer og en praktisk uddannelse på i alt mindst 550 timer, der udgør den generelle del af uddannelsen (»psychotherapeutisches Propädeutikum«). De yderligere obligatoriske dele (»psychotherapeutisches Fachspezifikum«) omfatter en teoretisk del på mindst 300 timer og en praktisk del på i alt mindst 1600 timer. For at opnå autorisation som psykoterapeut kræves det desuden, ud over bestemte kvalifikationer (se § 10, stk. 2, punkt 5-9), at man optages på en liste, nemlig listen over psykoterapeuter (§ 17). Autorisationer, der gives efter psykologloven, begrænses ikke af disse bestemmelser (§ 24, stk. 3).

5 — Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte, BGBl nr. 373/1984.

6 — Nærmere bestemt dækker den enhver beskæftigelse, som bygger på medicinsk-videnskabelig erkendelse, og som udføres direkte eller indirekte til gavn for mennesket, særligt også undersøgelsen af psykiske lidelser og sindslidelser (Geistes- und Gemütskrankheiten) og behandlingen heraf (§ 1, stk. 2, punkt 1, i forening med punkt 3 i ÄrzteG), og omfatter altså også udøvelsen af psykoterapi.

7 — Retten til at virke som speciallæge forudsætter som minimum en i detaljer gennemreguleret seksårig praktisk uddannelse efter afslutningen af medicinstudiet, samt nu også, at man består en eksamen som speciallæge (§ 5 i ÄrzteG).

8 — Bundesgesetz über die Führung der Berufsbezeichnung »Psychologe« oder »Psychologin« und über die Ausübung des psychologischen Berufes im Bereich des Gesundheitswesens, BGBl nr. 360/1990.

holdet af gerningen som psykolog [9] og betingelserne for at udøve denne [10].

af disse tilbyder de forsikrede psykoterapeutisk behandling, som ydes direkte af ansatte ved sygeforsikringen. Sådanne ambulatorier benyttes også af andre socialsikringsinstitutioner.

III — De faktiske omstændigheder

8. Parterne i hovedsagen, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (samarbejdsudvalget ved den regionale sygeforsikring i Wien, herefter »samarbejdsudvalget«) og Wiener Gebietskrankenkasse (den regionale sygeforsikring i Wien, herefter »sygeforsikringen«) strides om aflønningen af psykologer, som er indehavere af en doktortitel, og som arbejder i sygeforsikringen som psykoterapeuter.

9. Som det fremgår af sygeforsikringens bemærkninger, uden at det er blevet bestridt, er Wiener Gebietskrankenkasse en af 28 socialsikringsinstitutioner i Østrig. For at kunne leve op til sine forpligtelser, som består i en lovpligtig sygeforsikring for arbejdstagere i privatretlige ansættelsesforhold i delstaten Wien, benytter sygeforsikringen bl.a. også mange ambulatorier. Mange

10. Sygeforsikringen beskæftiger tre kategorier af psykoterapeuter: a) læger, som har afsluttet deres uddannelse som alment praktiserende læger eller speciallæger, en uddannelse, som er en klart videre uddannelse end uddannelsen i psykoterapi, b) psykologer, som har ret til selvstændigt at virke som psykologer (sundhedspsykologer og kliniske psykologer), og som klart også opfylder betingelserne for at virke som psykoterapeuter i henhold til loven om psykoterapi, og c) psykoterapeuter, der hverken er læger eller psykologer, men har gennemført en uddannelse i overensstemmelse med loven om psykoterapi. I praksis indgår sygeforsikringen tydeligvis forskellige ansættelseskontrakter med medlemmerne af de ovennævnte grupper arbejdstagere, afhængigt af deres »yderligere uddannelse«, selv om de alle, som det fremgår af forelæggelseskendelsen, udøver samme psykoterapeutiske aktivitet.

11. Samarbejdsudvalget, som er appellant i hovedsagen, havde over for Arbeits- und Sozialgericht Wien nedlagt påstand om at få anerkendt, at tjenesteforholdet mellem sygeforsikringen og de psykoterapeuter, der har været ansat hos denne siden den 1. december 1994, skal følge DO. B, og at de pågældende psykoterapeuter skal indplaceres i stillingskategori B III i dette lønningsregulativ

9 — *Udøvelsen af gerningen som psykolog inden for sundhedsvæsenet* omfatter undersøgelse, fortolkning, ændring og forudsigelse af menneskers forestillinger og adfærd under anvendelse af videnskabeligt-psykologiske kundskaber og metoder, idet udøveren har tilegnet sig dette gennem erhvervelse af faglig kompetence i nærværende forbundslovs forstand (§ 3).

10 — Uddannede psykologer skal efter afslutningen af studierne følge et teoretisk kursus i specialfaglig uddannelse på i alt 160 timer, et praktisk kursus i specialfaglig uddannelse på 1 480 timer og endvidere et praktikkursus på 120 timer.

og oppebære den hertil svarende løn, dels fordi de pågældende psykoterapeuter i det væsentlige udfører samme beskæftigelse som de læger, der er psykoterapeuter, og som den sagsøgte sygeforsikring tager samme betaling for, og dels fordi den objektivt set uberettigede lavere aflønning af psykoterapeuter, som har gennemført et psykologistudium, især berører kvinder.

12. Sygeforsikringen nedlagde påstand om frifindelse, idet den navnlig gjorde gældende, at den forskellige indplacering af de to grupper skyldes disses forskellige uddannelse og specialisering, at psykologer med en doktorgrad, og som er beskæftiget med psykoterapi uden at være læger, under alle omstændigheder aflønnes bedre end andre akademikere, der ikke har ledelsesopgaver, samt at den af sagsøgerne krævede indplacering i sidste ende ville betyde, at de blev sidestillet med speciallæger. Den gjorde også gældende, at de pågældende psykologer ikke udgør nogen minoritet i forhold til de læger, der beskæftiger sig med psykoterapi, ej heller udøver de et typisk kvindeligt erhverv. Når der hos sygeforsikringen er flere kvinder end mænd ansat som psykologer, der arbejder med psykoterapi, er dette et rent tilfælde; i samme sygeforsikrings ambulatorier er der i almindelighed også ansat flere kvindelige end mandlige læger.

13. Retten i første instans afviste sagsøgerens påstand med den begrundelse, at den østrigske lov af 1979 om ligebehandling (»Gleichbehandlungsgesetz 1979«) ikke omhandler eventuelle former for differentiering inden for forskellige faglige grupper, men kun ligebehandling af de to køn i erhvervslivet. Retten fastslog blandt andet, at sygeforsikringen ved ansættelsen af læger og psykologer ikke forskelsbehandler på grundlag af køn, at det skæve forhold mellem antallet af mandlige og kvindelige psykologer er helt tilfældigt, og at der følgelig ikke er tale om en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling, og heller ikke af traktatens artikel 119 og de fællesskabsdirektiver, der bygger herpå. Endelig godtog retten, at den forskellige behandling, som lægerne får i forhold til de psykologer, der er indehavere af en doktortitel, under alle omstændigheder svarer til de førstnævntes opgaver, når det betænkes, at de læger, der er blevet ansat som speciallæger, er forpligtet til i presserende tilfælde også at påtage sig andre lægelige opgaver, hvorimod psykologerne hverken er i stand til eller berettiget til at gøre noget tilsvarende.

14. Samarbejdsudvalget ankede byrettens afgørelse til Oberlandesgericht Wien, som fastslog, at parterne var enige om følgende:

— at sygeforsikringen beskæftiger i alt 248 læger, heraf 135 kvinder

— at sygeforsikringen i »Ambulatorium Mariahilf« beskæftiger 6 psykologer som psykoterapeuter, hvoraf 5 er kvinder, og 6 læger, heraf 1 kvinde

— at det samlede antal arbejdstagere, der er beskæftigede med psykoterapi inden for socialsikringsinstitutionerne, er 34, hvoraf de 10 er læger, og de øvrige 24 er uddannede psykologer, der arbejder som psykoterapeuter. Af disse 24 psykoterapeuter er 18 kvinder, mens kun 2 af de 10 læger, der arbejder som psykoterapeuter, er kvinder

— at der i hele Østrig den 9. april 1996 var opført 1 425 mænd og 2 338 kvinder på listen over psykoterapeuter med psykologuddannelse [11].

11 — Efter de oplysninger, som sygeforsikringen påberåber sig i sine skriftlige bemærkninger, er der i de 28 østrigske socialsikringsinstitutioner og i disses hovedforbund i alt beskæftiget 29 633 arbejdstagere, heraf 18 634 (62,88%) kvinder. De østrigske socialsikringsinstitutioner beskæftiger i alt 1 932 læger. 536 læger arbejder i ambulatorier, heraf 260 (48,51%) kvinder. De østrigske socialsikringsinstitutioner beskæftiger i alt 50 psykologer. 14 psykologer arbejder i ambulatorier, heraf 13 (92,86%) kvinder. Endelig forklarede sygeforsikringen ved den mundtlige forhandling, uden at dette blev bestridt af de øvrige parter, at 50% eller 51% af de læger, som arbejder for socialsikringsinstitutionerne, er kvinder.

IV — De præjudicielle spørgsmål

15. Oberlandesgericht Wien skønnede, at afgørelsen i den verserende sag forudsatte en fortolkning af visse bestemmelser i fællesskabsretten, hvorfor den ved kendelse af 5. maj 1997 besluttede at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er der tale om 'samme arbejde' eller 'samme slags arbejde', som omhandlet i EF-traktatens artikel 119 og i direktiv 75/117/EØF, når samme beskæftigelse udøves over et længere tidsrum (flere lønudbetalingsperioder) af arbejdstagere med forskellige faglige kvalifikationer?

2) Er det ved afgørelsen af, om der er tale om forskelsbehandling, som omhandlet i EF-traktatens artikel 119 eller direktiv 75/117/EØF, også relevant, om

a) lønfastsættelsen alene sker mellem parterne i ansættelseskontrakten, og at de frit kan afgøre, om de vil medtage kollektive overenskomstvilkår i kontrakten

b) der ved generelle ordninger (kollektive overenskomster) er fastsat mindstelønninger for samtlige arbejdstagere inden for et bestemt område, eller

c) lønningerne bindende og endeligt er reguleret ved kollektive overenskomster?

3) Skal opstillingen af sammenlignelige grupper med henblik på afgørelsen af, om en bestemmelse eventuelt har diskriminerende virkning — såfremt en kollektiv overenskomst indeholder en bindende ordning vedrørende lønnen for samme arbejde eller arbejde af samme værdi og lønnen heri er fastsat forskelligt, nemlig på grundlag af faglige kvalifikationer — ske på grundlag af

a) de i arbejdsgiverens virksomhed konkret beskæftigede arbejdstagere

b) de arbejdstagere, der er omfattet af anvendelsesområdet for den kollektive overenskomst eller

c) alle, der må udføre det pågældende arbejde?

4) Skal der i bekræftende fald (spørgsmål 2 og 3) kun tages hensyn til forholdet mellem antallet af mænd og kvinder i den ringere stillede gruppe eller i begge grupper?

5) Skal der, såfremt den konkrete, identiske beskæftigelse for begge erhvervsgrupper kun er en bibeskæftigelse i forhold til det arbejde, de pågældende må udføre, tages hensyn til

a) samtlige ansatte på det relevante referencegrundlag, der har denne form for kvalifikationer (virksomhed, kollektiv overenskomst (jf. spørgsmål 3)) (alle speciallæger og alle psykologer)

b) alle dem, der konkret kan udføre dette arbejde (speciallæger i psykiatri ...), eller

c) kun dem, der udfører dette konkret identiske arbejde?

6) Såfremt arbejdstagere sættes til at udføre samme opgaver i virksomheden, må et forskelligt uddannelsesforløb da antages at være et kriterium, der kan begrunde en lavere aflønning? Må mere omfattende faglige kvalifikationer, uanset hvilke konkrete opgaver der udføres i virksomheden, antages at være et objektivt kriterium, der kan begrunde en forskellig aflønning?

Er det således relevant, om

a) den bedre lønnede gruppe af arbejdstagere i virksomheden også kan anmodes om at udføre andre arbejdsopgaver, eller

b) skal det konkret bevises, at der også er udført sådanne andre arbejdsopgaver?

Skal det i den forbindelse tages i betragtning, at de relevante kollektive overenskomster også indeholder bestemmelse om beskyttelse mod afskedigelse?

7) Følger det af EF-traktatens artikel 222 eller af en analog anvendelse af EF-traktatens artikel 174, at et krav på aflønning efter en anden kollektiv overenskomst (mellem de samme parter i den kollektive overenskomst), der måtte følge af EF-traktatens artikel 119 eller direktiv 75/117/EØF, i givet fald først består fra det tidspunkt, hvor Domstolen fastslår, at der består et sådant krav?«

V — Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål

A — *Indledende bemærkninger*

16. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen og parternes bemærkninger, er sygeforsikringen en offentligretlig institution. Den omstændighed, at det ikke præciseres, hvorvidt ansættelsesforholdet for de læger og psykologer, der er beskæftiget som psykoterapeuter ved sygeforsikringen, er af privatretlig eller offentligretlig karakter, er ikke til hinder for, at man kan anvende ligelønsprincippet mellem mænd og kvinder, som fastlagt i EF-trakktatens artikel 119 [12].

12 — Domstolen har i øvrigt anerkendt, at dette princip også finder anvendelse i den offentlige sektor. Se dom af 2.10.1997, sag C-1/95, Gerster, Sml. I, s. 5253, præmis 18 og 19.

17. Det er heller ikke blevet bestridt, at der reelt eksisterer en forskel i aflønningen af læger og psykologer, der er beskæftiget som psykoterapeuter ved sygeforsikringen, og at det ikke blot drejer sig om en tilsyneladende forskel. Hvis forskellen kun var tilsyneladende, ville undersøgelsen standse her, og hverken de statistiske angivelser vedrørende de pågældende to grupper eller spørgsmålet, om løndifferentieringen kan begrundes objektivt, skulle undersøges nærmere [13].

18. Endvidere er det klart, at hvis der i den foreliggende sag er tale om forskelsbehandling med hensyn til løn på grundlag af køn, kan denne differentiering kun være indirekte, for så vidt som de lønningsregulativer, der gælder for tjenesteforholdene for de to arbejdstagergrupper, nemlig de læger og psykologer, der arbejder med psykoterapi, er neutralt formulerede og ikke indeholder nogen kriterier for lønforskelle afhængigt af køn [14]. Hvis man derfor antager, at der foreligger et spørgsmål om anvendelse af lighedsprincippet, som fastlagt i traktatens artikel 119, skal den nationale retsinstans anvende principperne fra Domstolens retspraksis med hensyn til fastslåelse af indirekte forskelsbehandling med hensyn til løn på grundlag af køn [15].

19. Endelig synes visse af de faktiske spørgsmål i sagen at kræve en nøjere udredning. For at kunne klarlægge de to arbejdstagergruppers tjenestevilkår er det således nødvendigt at undersøge, hvad der er det præcise indhold i hver gruppes ansættelsesforhold, efter hvilke kriterier de læger, der arbejder som psykoterapeuter, udvælges, hvilken sammenhæng der er mellem udvælgelsen og deres eventuelle specialområde, samt om de efter ansættelsen kun er beskæftiget som psykoterapeuter eller også sideløbende varetager andre funktioner. Endvidere kan man, som også retten i hovedsagens første instans har bemærket, undre sig over og ønske en nærmere redegørelse for årsagen til, at et organ, som repræsenterer alle arbejdstagernes interesser (nemlig samarbejdsudvalget), angriber en aftale, som er afsluttet af andre organer, der repræsenterer interesserne hos sagens parter.

Det skal dog her påpeges, at de nødvendige udredninger især påhviler den nationale ret, som har bedre kendskab til situationen i den pågældende medlemsstat. Men de spørgsmål, som Domstolen har fået forelagt, er af almen art og kan således besvares, uden at de ovennævnte faktiske spørgsmål, som hører ind under den nationale rets kompetence, først er blevet afklaret [16].

13 — Se dom af 15.12.1994, forenede sager C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 og C-78/93, Helmig m.fl., Sml. I, s. 5727, præmis 23, 30 og 32.

14 — Se med hensyn til begrebet indirekte forskelsbehandling den i fodnote 12 nævnte dom i Gerster-sagen, præmis 30, og den definition, der nu gives i artikel 2, stk. 2, i Rådets direktiv 97/80/EF af 15.12.1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn (EFT L 14 af 20.1.1998, s. 6).

15 — Angående disse principper se mit forslag til afgørelse af 14.7.1998 i sag C-167/97, Seymour-Smith og Perez, punkt 117 ff.

16 — Se dom af 27.10.1993, sag C-127/92, Enderby, Sml. I, s. 5535, præmis 10.

B — *Det første spørgsmål*

20. I det første spørgsmål spørger Oberlandesgericht Wien, om udøvelsen af samme beskæftigelse i sig selv udgør »samme arbejde«, jf. traktatens artikel 119, stk. 1, eller »samme slags arbejde«, jf. traktatens artikel 119, stk. 3, litra b), selv i de tilfælde, hvor arbejdet udøves på grundlag af forskellige formelle faglige kvalifikationer, der igen skyldes forskellig faglig uddannelse, og hvor den ene gruppe arbejdstagere i kraft af de krævede faglige kvalifikationer er berettiget til også at udføre anden beskæftigelse inden for et bredere område.

21. Det skal her påpeges, at selv om man oprindeligt undervurderede betydningen af betegnelsen »samme arbejde« [17], har selve eksistensen af betegnelsen i den forstand, der forudsættes i traktatens artikel 119, stk. 1, haft grundlæggende betydning for anvendelsen af princippet om lige løn til mænd og kvinder [18]. Ifølge princippet om relativ lighed, finder der forskelsbehandling sted, som strider mod lighedsprincippet, når der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller når samme bestemmelser anvendes på forskellige situationer [19]. Ligelønsprincippet, som udgør en særlig anvendelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling, forudsætter følgelig, at mandlige og kvindelige arbejdstagere, som princippet gælder for, befinder sig i samme [20] eller i hvert fald lignende [21] situationer. Det turde være indlysende, at udøvelsen af »samme arbejde« er en afgørende betingelse både for, at to repræsentative grupper af arbejdstagere kan karakteriseres som sammenlignelige, og ligheden i deres situation [22] kan fastslås, og for at der kan foregå en kønsdiskriminerende behandling af disse grupper [23]. Det er da også derfor, ud fra princippet »actori incumbit probatio«, at beviset for, at der udføres »samme arbejde«, udgør en væsentlig del af den bevisbyrde, som påhviler den, der påberåber sig en sådan forskelsbehandling [24].

22. Det semantiske indhold i betegnelsen »samme arbejde«, der ligger i traktatens artikel 119, stk. 1, skal suppleres med »arbejde, som tillægges samme værdi«, jf.

17 — Som generaladvokat Trabucchi anfører (i sit forslag til afgørelse i sag 43/75, Defrenne, i hvilken der blev afsagt dom den 8.8.1976, Sml. s. 455, se især s. 485): »Hvad angår definitionen af begrebet 'samme arbejde', som i øvrigt allerede delvist præciseres i artikel 119, stk. 3 ... skal man ikke overdrive betydningen heraf for artiklens anvendelse. Det er med rette blevet sagt, at artikel 119 'ikke har til formål at fastslå, hvornår mænd og kvinder udfører samme arbejde, men blot at forhindre, at der ved fastsættelsen af lønnen tages hensyn til arbejdstagerens køn. Om arbejdet er det samme eller et andet, er et faktisk spørgsmål, som må løses i det konkrete tilfælde under hensyn til de opgaver, som er tillagt den ene eller den anden, og kan ikke bestemmes a priori, ligesom man ikke a priori kan bestemme, om to mænd, som får samme løn, udfører samme arbejde' (Levi Sandri i *Commentario* CEE, bd. II, s. 956)«.

18 — Se generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i den i fodnote 16 nævnte dom i Enderby-sagen, punkt 5.

19 — Se dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225, præmis 30, af 13.2.1996, sag C-342/93, Gillespie, Sml. I, s. 475, præmis 16, og af 2.10.1997, sag C-100/95, Kording, Sml. I, s. 5289, præmis 14.

20 — Se dom af 9.11.1993, sag C-132/92, Roberts, Sml. I, s. 5579, præmis 17. Den sproglige formulering i denne dom lader antyde, at der findes et strengt krav om, at arbejdet er identisk. Denne formulering passer ikke til ånden i Domstolens øvrige praksis. Se herom nedenfor punkt 22 og 23.

21 — Se dom af 31.5.1995, sag C-400/93, Royal Copenhagen, Sml. I, s. 1275, præmis 33.

22 — Se forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Lenz i sag 109/88, Danfoss, Sml. 1989, s. 3199, punkt 40, og den førnævnte Royal Copenhagen-dom, præmis 32 og 33.

23 — Se den i fodnote 21 nævnte Royal Copenhagen-dom, præmis 40.

24 — Se den i fodnote 16 nævnte Enderby-dom, præmis 13-19, og generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i samme sag, punkt 15-39, samt hans forslag til afgørelse i den i fodnote 20 nævnte Roberts-sag, punkt 12 ff.

artikel 1 i Rådets direktiv 75/117/EØF [25]. Betegnelsen »arbejde af samme værdi« er bredere end betegnelserne »samme slags arbejde« eller »samme arbejde«, således at det ikke kræves, at arbejdet er af identisk art, heller ikke engang, at det er af lignende art. Også forskelligartet arbejde kan sammenlignes, for så vidt det fastslås, at det er af samme værdi, som for eksempel arbejde, der ikke er »blandet«, dvs. som ikke udføres af begge køn.

23. Det er dog værd at bemærke, at Domstolen fastslog, at »artikel 1 i Rådets direktiv, hvis væsentligste formål er at lette den praktiske gennemførelse af ligelønsprincippet i traktatens artikel 119, ikke på nogen måde ændrer ved dette princips indhold eller rækkevidde, som fastlagt i traktaten« [26]. Domstolen fastslog med andre ord, at betydningen af udtrykket »arbejde af samme værdi« i den ovennævnte forstand var og er indeholdt i betegnelsen »samme arbejde« i traktatens artikel 119. Den fortolkning, der kommer til udtryk i direktiv 75/117/EØF, har blot bekræftet nødvendigheden af en bred udlægning af betegnelsen »samme arbejde« [27].

24. Selv om begrebet »arbejde af samme værdi« i princippet er bredere end begrebet »samme arbejde«, og den grundlæggende betydningsforskel viser sig, når to aktiviteter efter deres genstand er forskellige, men har samme værdi, må det anerkendes, at også det modsatte kan være tilfældet: det er logisk set muligt, at det samme arbejde kan have forskellig værdi. Dette kan indtræde, hvis vi opfatter begrebet »samme arbejde« som udførelsen af »samme beskæftigelse«. Det er altså muligt, at to arbejdstagere udfører samme beskæftigelse, men at det arbejde, der ydes, har forskellig værdi, enten fordi det udføres under forskellige betingelser eller vilkår, eller fordi arbejdstagerne har forskellig faglig baggrund eller kvalifikationer [28]. Det skal her betones, at begrebet »arbejdets værdi« ikke kun bør referere til den økonomiske værdi af det ydede arbejde, men også til dets kvalitative værdi. Og selv om økonomisk værdi og kvalitativ værdi i de fleste tilfælde svarer til hinanden, kan det i visse tilfælde forekomme, at prisen på to aktiviteter med et forskelligt kvalitetsniveau af særlige grunde beregnes på samme måde, f.eks. af socialpolitiske grunde.

25. Men hvornår foreligger der »samme arbejde« eller »arbejde af samme værdi« i den forstand, der forudsættes i traktatens artikel 119, stk. 1?

25 — Rådets direktiv 75/117/EØF havde til formål at udfylde det hul i artikel 119, der bestod i relation til artikel 2, stk. 1, i Den Internationale Arbejdsorganisations traktat nr. 100 (1951) og artikel 4, punkt 3, i det europæiske sociale charter (Torino, 18.10.1961), som fastlagde princippet om ligebehandling for arbejde af samme værdi.

26 — Se dom af 31.3.1981, sag 96/80, Jenkins, Sml. s. 911, præmis 22, og af 3.2.1987, sag 192/85, Newstead, Sml. s. 4753, præmis 20.

27 — Se generaladvokat Capotorti's forslag til afgørelse i sag 129/79, Macarthys, Sml. 1980, s. 1275, ifølge hvilket udtrykket »samme arbejde«, som er anvendt i artikel 119, også skal omfatte tilfælde, hvor to aktiviteter udviser en høj grad af lighed uden at være fuldstændig identiske (punkt 4, især s. 1296). Efter Amsterdam-traktaten (artikel 1, punkt 22) er nu begge begreberne udtrykkeligt anført i EF-traktatens artikel 119: »Hver medlemsstat gennemfører princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.«

28 — Forskellen i deres kunnen kan være så vigtig, at den fører til helt forskellige job eller helt forskelligt arbejde. Se nedenfor, punkt 33.

26. I artikel 119, stk. 3, søges indholdet i den i stk. 1 anvendte betegnelse »samme arbejde« nærmere bestemt ved en sondring mellem akkordarbejde [litra a)] og tidlønnet arbejde [litra b)] [29]. I det første tilfælde anvender traktaten igen betegnelsen »samme arbejde«, ligesom i artikel 119, stk. 1. Men i dette tilfælde er anvendelsen af denne betegnelse påvirket af akkordarbejdets beskaffenhed, idet arbejdstageren helt eller delvist aflønnes i forhold til sin produktivitet [30]. I litra b) i artikel 119, stk. 1, er kriteriet for at sammenligne det udførte arbejde, når det drejer sig om tidlønnet arbejde, derimod jobbets art og ikke den individuelle arbejdseffektivitet.

Begrebet »samme slags arbejde« udgør altså en i forbindelse med tidlønnet arbejde specialiseret udgave af begrebet »samme arbejde« fra artikel 119, stk. 1, og kan formentlig præciseres i hvert enkelt konkret tilfælde på grundlag af en objektiv, formel klassificering af arbejdsopgaverne enten inden for en bestemt tjeneste eller virksomhed eller en gruppe af tjenester eller virksomheder. I så fald skal begrebet »samme arbejde« indholdsbestemmes ud fra objektive kriterier, der bygger på en vurdering af jobstrukturen, og kan ikke baseres på en økonomisk sammenligning af det individuelle resultat af de pågældende aktiviteter. De fleste af disse kriterier er velkendte fra stillingsbeskrivelserne i den offentlige forvaltning og vedrører navnlig betingelser og vilkår for udførelsen af sammenlignelige arbejdsopgaver inden for den faggruppe, arbejdstagerne tilhører [31], de herfor gældende regelsæt [32], deres plads i hierarkiet, stillingens varighed, de krævede kvalifikationer og kundskaber, den generelle faglige uddannelse, ancienniteten mv. [33].

En systematisk fortolkning af traktatens artikel 119 må derfor nødvendigvis føre til følgende konklusion: Betegnelsen »samme arbejde«, som anvendt i artikel 119, stk. 1, refererer til enhver form for arbejde og dækker de sammenlignede aktiviteters eller opgavers beskaffenhed og genstand. Den samme betegnelse, sådan som den anvendes i stk. 3, litra a), i samme artikel, vedrører udførelsen af et arbejde, der aflønnes ved akkord, og er især knyttet til sammenligningen af det individuelle arbejdsresultat. Derimod refererer betegnelsen »samme slags arbejde« i stk. 3, litra b), til tidlønnet arbejde og vedrører de formelle elementer af arbejdet, dvs. betingelser og vilkår for udførelsen af det pågældende arbejde. Af de ovennævnte betragtninger kan det udledes, at »samme arbejde« i betydningen »samme beskæftigelse« kan foreligge, uden at der er tale om »samme slags arbejde«, for så vidt som denne samme beskæftigelse ikke udføres under de samme betingelser og vilkår eller

29 — De konklusioner, der udledes af denne sondring, som Domstolen endnu ikke har underkastet en gennemgribende analyse, skal ses i lyset af den kendsgerning, at der også findes blandede systemer. Se også den i fodnote 21 nævnte Royal Copenhagen-dom, som beskæftiger sig med denne sondring.

30 — Lønnen kan omfatte et fast grundbeløb, men hoveddelen varierer i størrelse og betales pr. produceret enhed. Arbejdstagerens løn afhænger i hvert fald delvist af resultatet af hans arbejde, som beregnes på helt individuelt grundlag (se generaladvokat Léger's forslag til afgørelse i den i fodnote 21 nævnte Royal Copenhagen-dom, punkt 60). Ved akkordarbejde består sammenligningen af de udførte aktiviteter altså i at sammenligne de enkelte arbejdstageres individuelle produktivitet.

31 — Se nedenfor i punkt 55 vedrørende faggruppetilhørsforholdets betydning med henblik på at få fastslået, om der er tale om samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

32 — Se nedenfor, punkt 54 ff., vedrørende det andet præjudicielle spørgsmål, hvor der spørges om betydningen af bestemmelserne i de kollektive overenskomster ved bedømmelsen af, om der foreligger samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

33 — Angående sammenligningen mellem ledende stillinger, se generaladvokat Lenz' forslag i den i fodnote 16 nævnte Enderby-sag, punkt 10.

udføres af arbejdstagere med forskellig kunnen.

27. En fortolkning af traktatens artikel 119 i sammenhæng med direktiv 75/117/EØF fører således til følgende konklusion: I analogi med begrebsparret »samme arbejde«/»samme slags arbejde« må det antages, at der ved siden af betegnelsen »arbejde af samme værdi« også findes begrebet »jobfunktion af samme værdi«. Der kan altså eksistere to forskellige slags arbejde, som imidlertid har samme værdi. Og i analogi med mine ovenstående betragtninger [34] må det antages, at der kan findes to ens arbejdsopgaver, i den forstand, at den beskæftigelse, der udøves, er den samme, men at den udføres af arbejdstagere, der bestrider funktioner af forskellig værdi [35].

28. Hvad angår kriterierne for, om der foreligger »samme arbejde« eller »arbejde af samme — eller a fortiori — af højere [36] værdi«, er det ret begrænset, hvad der kan hentes ud af retspraksis. Dette skyldes især, at Domstolen de fleste gange, hvor den er blevet anmodet om at udtale sig med hensyn til fortolkningen af traktatens artikel 119, som udgangspunkt har accepteret den nationale retsinstans' arbejdshypotese, gående ud på, at arbejdstagerne udførte samme arbejde eller arbejde af samme værdi. Dommen i Enderby-sagen [37] er et typisk eksempel herpå; i modsætning til, hvad samarbejdsudvalget hævder, tog Domstolen ikke stilling til spørgsmålet om, hvorvidt de opgaver, der udførtes af talepædagoger og farmaceuter, var af samme værdi [38].

29. Det fremgår af dommen i sagen Macarthys [39], som er en af de få sager, hvor Domstolen har taget direkte stilling til kriterierne for, om der foreligger »samme arbejde« eller »arbejde af samme værdi«, at »samme arbejde« er et rent kvalitativt begreb, hvis indhold udelukkende er knyttet til naturen af det leverede arbejde [40]. Kriteriet for, om der

34 — Se ovenfor, punkt 24.

35 — Sammenlign ovenfor i punkt 24.

36 — Se dom af 4.2.1988, sag 157/88, Murphy m.fl., Sml. s. 673. Domstolen fastslog, at artikel 119 skal fortolkes således, at den også dækker et tilfælde, hvor arbejdstageren, der påberåber sig artiklen for at opnå samme løn i denne artikels forstand, udfører et arbejde af højere værdi end værdien af det arbejde, der udføres af den, som den pågældende sammenlignes med (præmis 12). Den modsatte fortolkning ville føre til, at ligelønsprincippet ville blive berøvet sin tilsigtede virkning og indhold (præmis 10).

37 — Fodnote 16.

38 — Se den i fodnote 16 nævnte Enderby-dom. Eftersom den nationale ret rejste en række spørgsmål om fortolkning af fællesskabsretten, der tydeligvis ikke var uden forbindelse med realiteten i og genstanden for hovedsagen, byggede Domstolen på den nationale rets antagelse om, at der forelå arbejde af samme værdi. Domstolen fastslog endda, at det hører ind under den nationale rets kompetence at efterprøve denne forudsætnings gyldighed (præmis 10, 11 og 12). Se også den i fodnote 22 nævnte Danfoss-dom. Følgelig bygger Domstolen i den i fodnote 21 nævnte Royal Copenhagen-dom på den nationale rets antagelse af, at der forelå arbejde af samme værdi, selv om der kan rejses tvivl om rigtigheden af denne antagelse, som anført af generaladvokat Léger i hans forslag til afgørelse (punkt 14-17).

39 — Fodnote 27.

40 — Se den i fodnote 27 nævnte Macarthys-dom, præmis 11. I sin undersøgelse af spørgsmålet om tidsdimensionen i arbejdet fastslog Domstolen, at det med hensyn til den forskelsbehandling, der er knyttet til den direkte anvendelse af traktatens artikel 119, principielt er uden betydning, at de sammenlignede arbejdsopgaver udføres på forskellige tidspunkter (præmis 12). Vi vil dog ikke kunne udelukke, at en forskel i løn til to arbejdstagere, som beklæder samme stilling, men på forskellige tidspunkter, kan forklares ved faktorer, som ikke har nogen forbindelse med forskelsbehandling på grund af køn, som for eksempel, at der i tidsintervallet, der adskiller de to arbejdsperioder, er sket en ændring af de økonomiske forhold eller er indført en strammere indkomstpolitik. Det drejer sig her om et rent faktisk spørgsmål, som det tilkommer den nationale ret at afgøre. Hvad angår spørgsmålet om fysisk afstand mellem de sammenlignede arbejdsopgaver, antog Domstolen i den samme

foreligger »samme arbejde« eller »arbejde af samme værdi«, er altså udelukkende den af arbejdstagerne udførte aktivitet. Som den tyske regering bemærker i nærværende sag, foreligger der »samme arbejde«, når identiske eller indbyrdes lignende arbejdsopgaver udføres på to forskellige arbejdspladser.

30. Det standpunkt, som Domstolen indtog med Macarthys-dommen, ser ikke ud til have undergået væsentlige ændringer i den efterfølgende praksis. Det grundlæggende kriterium, der drejer sig om genstanden for og beskaffenheden af den udøvede aktivitet, synes at være tilstrækkeligt til at afgøre, om to arbejdstagergruppers arbejde er det samme eller har samme værdi [41]. Derudover er de begrebsmæssige distinktioner, som traktatens artikel 119 har indført, indtil nu ikke blevet nærmere præciseret gennem Domstolens praksis, som i det væsentlige har begrænset sig til en analyse af udtrykket »samme arbejde«, sådan som det er anvendt i artikel 119 [42], og synes ikke at ville gå ind på en nærmere analyse af den semantiske forskel mellem »samme arbejde« og »samme slags arbejde« [43]. Mere nøjagtigt er det ude-

dom, at sammenligningen mellem en mandlig og en kvindelig arbejdstagers arbejde ikke foretages helt generelt ved at betragte hele branchens aktiviteter, men skal ske inden for den samme virksomheds begrænsede område, som hører til den arbejdsgivers ansvarsområde, over for hvem kravet er rejst. Ligeledes skal sammenligningen ske på grundlag af de særlige træk ved dette eller hint arbejde, som har relation til det faktisk leverede arbejde (se den i fodnote 27 nævnte Macarthys-dom, præmis 10, 14, 15 og 16).
Med hensyn til spørgsmålet om fysisk afstand mellem de sammenlignede arbejdsopgaver, har Macarthys-dommen (ligesom dom af 11.3.1981, sag 69/80, Worringham og Humphreys, Sml. s. 767) sammen med generaladvokat Warner's forslag til afgørelse, der nåede til det modsatte resultat, ikke længere nogen større betydning, idet den er påvirket af den retspraksis, der dannedes ved Defrenne-dommen med hensyn til artikel 119's direkte virkning. Ifølge denne praksis har artikel 119 kun direkte virkning i tilfælde af »en rent faktisk forskelsbehandling«, som kun kan fastslås ved hjælp af kriterierne »samme løn« og »samme arbejde«, sådan som artikel 119 angiver, uden at der for anvendelsen af disse kriterier kræves nogen fællesskabs- eller nationale bestemmelser, der nærmere præciserer kriterierne. Idet Domstolen fulgte denne praksis med hensyn til begrænsningen af den direkte anvendelse af artikel 119 til kun at gælde direkte forskelsbehandling, afviste den gennem en sammenligning af aktiviteter, som vedrørte hele industrigrene, at undersøge, om der fandt en eventuel forskelsbehandling sted, idet den skønnede at det drejede sig om indirekte forskelsbehandling. Ud fra samme præmisser fastslog den endvidere, at en sammenligning med udgangspunkt i en »tænkt mandlig arbejdstager« ikke er mulig (Macarthys-dommen, præmis 14 og 15). Men Domstolens betænkelighed ved at udvide artikel 119's direkte virkning til også at gælde indirekte former for forskelsbehandling er ikke længere aktuel. I dag accepterer Domstolen at lade den nationale ret fastslå eksistensen af indirekte forskelsbehandling. Og med artikel 1, stk. 2, i direktiv 75/117/EØF som grundlag er det heller ikke udelukket at udvide de fysiske grænser for sammenligningen af arbejdsydelser, såfremt det konstateres, at der inden for en branche finder forskelsbehandling sted på grundlag af en kollektiv overenskomst eller en lov. Se f.eks. generaladvokat Verloren Van Themaat's forslag til afgørelse i sag 143/83, i hvilken der blev afsagt dom den 30.1.1985, Kommissionen mod Danmark, Sml. s. 427, den i fodnote 26 nævnte Jenkins-dom, dom af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, samt også dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, og af 27.7.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591.

41 — Se dom af 1.7.1986, sag 237/85, Rummler, Sml. s. 2101. Denne dom drejer sig især om objektive kriterier for lønforskelle. Ligelønsprincippet kræver, som anført i den pågældende dom, at beskaffenheden af det arbejde, der skal udføres, bedømmes objektivt. Det faktisk udførte arbejde skal aflønnes ifølge sin beskaffenhed (præmis 23). I den tidligere nævnte dom i sagen Murphy m.fl. baseres den højeste værdi af det arbejde, der udførtes af en af arbejdstagergrupperne, ligeledes på arbejdets genstand og beskaffenhed.

42 — Se den i fodnote 27 nævnte Macarthys-dom, præmis 9.

43 — I den i fodnote 26 nævnte Jenkins-dom hævdede generaladvokat Warner, at udtrykket »samme arbejde« og »samme slags arbejde« ikke er ensbetydende, og fastslog således, at fuldtidsbeskæftigede og deltidsbeskæftigede ikke har »samme slags arbejde«, selv om de udfører det »samme arbejde«. Denne bemærkning står i forbindelse med det oprindelige spørgsmål, om betingelsen for udøvelsen af »samme arbejde« er opfyldt, et spørgsmål, som går logisk forud for alle andre; for hvis det arbejde, som de to arbejdstagergrupper udfører, ikke kunne anses for at være det samme eller af samme værdi, ville artikel 119 ikke kunne anvendes. Domstolen antog stiltiende, at denne betingelse ikke bortfalder som følge af, at den ene gruppe lønmodtagere arbejder på fuld tid og den anden på deltid. Den nøjedes med at konstatere, at der forelå »samme arbejde« og beskæftigede sig ikke med, om der eksisterede »samme slags arbejde« (præmis 10-15).
I den eneste sag, hvori der klart blev sondret mellem akkordarbejde og tidlønnet arbejde, foretog Domstolen ikke, skønt den havde lejlighed hertil, en detaljeret og systematisk fortolkning af begreberne i traktatens artikel 119, selv om denne sondring blev anset for afgørende for bedømmelsen af de konklusioner, der byggede på sammenligningen af gennemsnitslønningerne for de to arbejdstagergrupper (se den i fodnote 21 nævnte Royal Copenhagen-dom, præmis 25). Da Domstolen skulle fastlægge kriterierne for en sammenligning mellem de arbejdsopgaver, der udføres af de to grupper, byggede den ikke på den begrebsmæssige sondring mellem »samme arbejde« og »samme slags arbejde«. Den påberåbte sig i stedet kumulativt det grundlæggende kriterium »arbejdets art« og det formelle kriterium »arbejdsforholdene«, og desuden kriteriet »arbejdstagernes uddannelse«, der af Domstolen blev anset for et særskilt kriterium i forhold til de to andre, som det fremgår af dommens ordlyd (præmis 32, 33 og 42).

lukkende arbejdets organiske og formelle aspekter med hensyn til arbejdstagerens fysiske og intellektuelle færdigheder, men også til arbejdsbetingelserne og -forholdene, der skal undersøges som objektive kriterier, der kan retfærdiggøre en eventuel løndifferentiering for udførelsen af det samme arbejde [44].

31. Efter min opfattelse kan denne retspraksis ikke kun forklares ud fra den omstændighed, at Domstolen, når det drejer sig om anmodninger om præjudicielle afgørelser, ofte er bundet af den nationale rets antagelse af, at der foreligger samme arbejde eller arbejde af samme værdi. Den vigtigste grund til denne praksis er, at Domstolen med henblik på at afgrænse indholdet af og kriterierne for en fastlæggelse af begrebet »samme arbejde« bygger en stor del af sin retspraksis angående bevisbyrdens fordeling på princippet om lige løn til mænd og kvinder.

Domstolen har fastslået, at bevisbyrden for løndiskriminering på grundlag af køn principielt påhviler den, der påberåber sig den, nemlig den arbejdstager, der mener at have været offer for en sådan forskelsbehandling. Som det fremgår af Domstolens praksis [45], kan bevisbyrden overgå til arbejdsgiveren, når dette er nødvendigt, for at den arbejdstager, der er offer for en åbenlys forskelsbehandling på grundlag af køn, ikke skal blive berøvet muligheden for, at princippet om lige løn kan finde anvendelse [46]. I tilfælde af åbenlys forskelsbehandling, nemlig når en foranstaltning i praksis virker diskriminerende på mange personer af det ene køn, er det arbejdsgiveren (eller medlemsstaten eller mere generelt den, der har foretaget foranstaltningen), som det påhviler at bevise, at der foreligger objektive grunde, der retfærdiggør den konstaterede lønforskel [47].

Eftersom de objektive faktorer, som arbejdsgiveren (eller den, det påhviler at give en objektiv begrundelse for forskelsbehandlingen) skal påberåbe sig, altså ikke må angå kønnet, skal de, som det fremgår af retspraksis, enten angå tjenesten eller virksomhe-

44 — Vedrørende arbejdstidskriteriet (deltid eller fuldtid) se f.eks. den i fodnote 26 nævnte Jenkins-dom. Angående kriteriet, der vedrører faglig uddannelse, og som beskæftiger os i nærværende sag, se den i fodnote 22 nævnte Danfoss-dom (præmis 23).

45 — Se den i fodnote 16 nævnte Enderby-dom, præmis 13-19.

46 — Se også artikel 4, stk. 1, i Rådets direktiv 97/80, som er nævnt i fodnote 14.

47 — Domstolen har således anerkendt, at en foranstaltning, som skelner mellem arbejdstagerne afhængigt af deres arbejdstid og derved stiller et større antal personer, der tilhører det ene eller det andet køn, ringere end det andet, må betragtes som værende i strid med traktatens artikel 119, medmindre arbejdsgiveren kan godtgøre, at den er begrundet af objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling med hensyn til køn (se dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, præmis 31, den i fodnote 40 nævnte Kowalska-dom, præmis 16, og den i fodnote 40 nævnte Nimz-dom, præmis 15). Det blev desuden anerkendt, at når en virksomhed anvender et helt uigennemskueligt lønsystem, påhviler det arbejdsgiveren at godtgøre, at den praktiserede aflønningsmåde ikke medfører forskelsbehandling, hvis en kvindelig arbejdstager påviser, at gennemsnitslønnen for de kvindelige arbejdstagere er lavere end for de mandlige, og at det drejer sig om et større antal lønmodtagere (se den i fodnote 22 nævnte Danfoss-dom, præmis 16). Domstolen anerkendte endvidere, at når omfattende statistikker udviser en mærkbar forskel i aflønningen af to arbejder af samme værdi, hvoraf det ene næsten udelukkende udføres af kvinder og det andet næsten udelukkende af mænd, pålægger traktatens artikel 119 arbejdsgiveren (eller den, som det påhviler at retfærdiggøre forskelsbehandlingen) at retfærdiggøre denne forskel ud fra objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling med hensyn til køn (se den i fodnote 16 nævnte Enderby-dom, præmis 19).

den [48], eller arbejdsforholdene [49], eller uafviselige målsætninger i medlemsstatens socialpolitik, som lønforskellen er både et velegnet og nødvendigt [50] middel til at opfylde. Hvis man imidlertid accepterer, at arbejdsbetingelserne, som rimeligt er, skal undersøges inden for rammerne af det oprindelige spørgsmål om, hvorvidt der ved de sammenlignede arbejdsopgaver er tale om samme arbejde eller arbejde af samme værdi, bliver de eneste objektive kriterier — der kan retfærdiggøre en løndifferentiering i den påfølgende fase, uden at man på ny skal henvise til omstændigheder, som allerede er blevet undersøgt i forbindelse med konstateringen af, om der foreligger samme arbejde eller arbejde af samme værdi — de kriterier, som enten omhandler behovene eller de særlige forhold i den tjeneste eller virksomhed, hvor arbejdet udføres [51], eller uafviselige målsætninger i medlemsstatens socialpolitik. Med andre ord, en stor del af de omstændigheder, der retfærdiggør lønforskellen mellem mænd og kvinder, og som arbejdsgiveren (eller medlemsstaten eller den, det påhviler) har bevisbyrden for, og som indtil nu har været betragtet som objektive kriterier, skal nu undersøges inden for rammerne af undersøgelsen vedrørende det oprindelige spørgsmål om eksistensen af samme arbejde eller arbejde af samme værdi, hvor bevisbyrden ligger hos den arbejdstager (sædvanligvis kvinden), der påberåber sig forskelsbehandlingen. Arbejdsgiveren behøver så blot at bestride, at det drejer sig om samme arbejde eller arbejde af samme værdi, for med god grund at kunne benægte, at der finder forskelsbehandling sted, idet han påberåber sig en af disse omstændigheder uden længere at behøve at påvise, at denne omstændighed har en objektiv karakter, som er uden forbindelse med enhver form for forskelsbehandling på grundlag af køn. Omstændighedens blotte eksistens fører til en differentiering i arbejdet art, og følgelig til bortfald af forskelsbehandling på grundlag af lighedsprincippet i traktatens artikel 119 [52]. Det er indlysende, at det i så fald kan blive umuligt at kontrollere et stort antal »indirekte eller skjulte former for diskriminering«, som bygger på neutrale kriterier vedrørende arbejdsforholdene eller arbejdstagernes kvalifikationer, men i praksis kun rammer personer af det ene køn — og at retspraksis med hensyn til bevisbyrden og objektiv begrundelse herved kuldkastes.

32. På grundlag af ovenstående bemærkninger og de faktiske omstændigheder, som forelæggelseskendelsen fra Oberlandesgericht Wien har oplyst om, synes der at åbne sig tre forskellige fortolkningsveje for Domstolen med hensyn til det første præjudicielle spørgsmål.

48 — Se den i fodnote 47 nævnte Bilka-dom, præmis 37.

49 — Se den i fodnote 22 nævnte Danfoss-dom, der vedrører anciennitet, faglig uddannelse og fleksibilitet, både generelt og specielt, ved skiftende arbejdstider og -steder.

50 — Se f.eks. den i fodnote 40 nævnte Rinner-Kühn-dom, præmis 14, den i fodnote 12 nævnte Gerster-dom, præmis 40, og dom af 6.2.1996, sag C-457/93, Lewark, Sml. I, s. 243, præmis 36. Som objektivt kriterium er også økonomisk udviklings- og jobskabelsespolitik blevet accepteret (dom af 30.11.1993, sag C-189/91, Kirsammer-Hack, Sml. I, s. 6185, præmis 33). Derimod er budgetbetragtninger ikke blevet anerkendt som objektive kriterier (dom af 24.2.1994, sag C-343/92, Roks m.fl., Sml. I, s. 571, præmis 35 og 36).

51 — Også disse kriterier er imidlertid, for så vidt som de ikke udelukkende er af økonomisk karakter, og for så vidt som de kan vedrøre udførelsen af arbejdet, funktionelle kriterier til bedømmelse af arbejdet og bør vurderes inden for rammerne af det oprindelige spørgsmål om eksistensen af samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

52 — Se ovenfor i punkt 21.

a) Ifølge den første fortolkningsmodel kan Domstolen holde fast ved Macarthys-dommen [53] og antage, at udøvelsen af den samme beskæftigelse er tilstrækkelig til, at der foreligger »samme arbejde eller arbejde af samme værdi« eller »samme slags arbejde« (samme funktion), selv om det drejer sig om forskellige faglige kvalifikationer, der skyldes forskellig faglig uddannelse, og hvor den ene gruppe arbejdstagere ifølge de krævede faglige kvalifikationer er berettiget til at også at udføre andre aktiviteter inden for et bredere område. Denne løsning har den ulempe, at den indsnævrer begrebet samme arbejde til begrebet udøvelse af samme aktivitet og ser bort fra betydningssondringerne mellem betegnelserne i artikel 119. Den har dog den fordel, at den ikke rejser tvivl om retspraksis vedrørende fordelingen af bevisbyrden. Hvis man anvender denne løsningsmodel på de faktiske omstændigheder i nærværende sag, anerkendes det, at læger og psykologer udfører samme arbejde og bestrider samme funktion, når de udfører samme beskæftigelse, nemlig psykoterapi på grundlag af den uddannelse, som psykoterapiloven kræver, idet man også tager hensyn til uddannelsens længde, som foreskrevet i samme lov. I så tilfælde, som understreget både af den tyske regering og af Kommissionen, drejer sagen sig i det væsentlige ikke længere om det første spørgsmål, men derimod om det sjette.

b) Ifølge den anden model skal det anerkendes, at i de tilfælde, hvor to grupper af arbejdstagere udøver samme beskæftigelse, men har forskellig faglig uddannelse, udøver to grupper arbejdstagere ikke »samme arbejde«, selv om de udfører »samme slags arbejde«. Samtidig medfører forskellen i den faglige uddannelse en differentiering i arbejdsbetingelserne, således at det arbejde, der udføres af hver af persongrupperne, ikke har samme værdi, hverken ud fra et økonomisk eller et kvalitativt synspunkt.

Denne fortolkningsmodel er fra en begrebsmæssig synsvinkel mere konsekvent end den foregående. Den har dog to fundamentale ulemper. For det første anser den det for udelukket, at »samme jobfunktion« kan udøves af personer med forskellig faglig uddannelse, og for det andet rejser den, som jeg har gennemgået ovenfor, tvivl om, hvordan retspraksis vedrørende fordelingen af bevisbyrden skal anvendes. Hvis man anvender denne løsningsmodel på de faktiske omstændigheder i nærværende sag, må man anerkende, at eftersom læger, der arbejder som psykoterapeuter, og psykologer, der arbejder som psykoterapeuter, ikke har samme uddannelse, er der ikke tale om nogen forskelsbehandling, da de to grupper ikke befinder sig i samme situation i den betydning, som Domstolens praksis forudsætter, og de ikke udfører arbejde af samme værdi. Hvis Domstolen følger denne fortolkningsmodel, kan den undlade at besvare de efterfølgende præjudicielle spørgsmål, eftersom anvendelsen af princippet om lige løn til mænd og kvinder i henhold til traktatens artikel 119 i så tilfælde er udelukket.

53 — Fodnote 27.

c) Ifølge den tredje fortolkningsmodel, som er den, jeg vil foreslå, må man antage, at kriteriet, der bygger på den faglige uddannelse, kan anvendes på to måder. Det kan nemlig både bruges som objektivt kriterium for at retfærdiggøre løndifferentiering for samme arbejde eller arbejde af samme værdi, og som kriterium for at sammenligne arbejdsopgaver. Det sidstnævnte er i overensstemmelse med Royal Copenhagen-dommen [54], hvori Domstolen under sin søgen efter kriterier til at sammenligne situationen for to grupper arbejdstagere fastslog, at arbejdstagernes uddannelse udgør en faktor, der muliggør, at det kan fastslås, om de befinder sig i sammenlignelige situationer [55]. Med denne udtalelse anerkendte Domstolen reelt, at det kriterium, der bygger på faglig uddannelse, kan anvendes som kriterium ikke blot for en objektiv begrundelse for en differentiering af lønnen for samme arbejde eller arbejde af samme værdi, sådan som det var blevet anerkendt gennem Danfoss-dommen [56], men også som kriterium for en sammenligning af to arbejdstagergruppers arbejdsopgaver. Muligheden for denne dobbelte anvendelse blev endda udtrykkeligt bekræftet i den samme dom med hensyn til alle de kriterier for objektiv begrundelse for en løndifferentiering, som er baseret på arbejdets beskaffenhed og arbejdsforholdene. Helt konkret blev det anerkendt, at den nationale retsinstans kan støtte sig på de selv samme faktiske omstændigheder, som ligger til grund for disse kriterier, for at afgøre, om de sammenlignede arbejdsopgaver har samme værdi, eller om der eventuelt foreligger objektive forskelle med hensyn til løn, der naturligvis ingen forbindelsehar med nogen form for forskelsbehandling på grundlag af køn [57].

33. Men denne mulighed for dobbelt anvendelse af det kriterium, der bygger på faglig uddannelse, giver kun mening, hvis det antages, at kriteriets indhold ikke er helt det samme ved de to anvendelser. En forskel i faglig uddannelse som objektivt kriterium for en løndifferentiering i forbindelse med udøvelsen af samme arbejde eller arbejde af samme værdi, kan ikke sidestilles med en forskel i faglig uddannelse, når konstateringen heraf fører til den konklusion, at to arbejdstagergrupper ikke udfører samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

I første tilfælde går forskellen i faglig uddannelse sædvanligvis ud på, at eksamensbeviserne eller mere generelt den faglige uddannelse har et forskelligt niveau. I dette tilfælde fører forskellen i eksamensbeviser ikke til en så kraftig differentiering, at der er tale om et forskelligt erhverv eller en forskellig jobfunktion, men kan bevirke, at der sker en differentiering i lønnen for det samme arbejde. Situationen svarer til de tilfælde, hvor to arbejdstagere udfører samme arbejde, men hvor den ene på grundlag af sin højere anciennitet antages at besidde større erfaring og færdighed i at leve op til de krav, som

54 — Fodnote 21.

55 — Se den i fodnote 21 nævnte Royal Copenhagen-dom, præmis 32 og 33.

56 — Fodnote 22.

57 — Se den i fodnote 21 nævnte Royal Copenhagen-dom, præmis 42.

arbejdet stiller. Denne kendsgerning berettiger til en tilsvarende højere løn, uden at dette betyder, at den pågældende udfører et andet arbejde, »da højere anciennitet er ensbetydende med større erfaring, og denne normalt sætter lønmodtageren i stand til at udføre sine arbejdsopgaver bedre« [58].

Det kan dog forekomme, at forskellen i eksamensbevisernes niveau er så stor, eller at forskellen i uddannelse ikke blot er af kvantitativ, men også af kvalitativ art, at det medfører en forskel i de formelle faglige kvalifikationer og dermed fører til et arbejde, som ikke er det samme eller ikke har samme værdi som arbejde, der udføres af den anden gruppe arbejdstagere med en anden faglig uddannelse. I så tilfælde kan denne *grundlæggende* forskellige faglige uddannelse, som Kommissionen har udtrykt det, føre til, at der udføres et arbejde af forskellig beskaffenhed eller med en forskellig genstand. Endvidere kan de forskellige arbejdstagergrupper udføre en aktivitet af samme beskaffenhed og med samme genstand inden for rammerne af den samme tjeneste eller virksomhed, uden at de af den grund udfører samme arbejde eller arbejde af samme værdi, eller uden at deres funktion er den samme eller har samme værdi, idet den grundlæggende forskellige faglige uddannelse fundamentalt kan ændre værdien af og vilkårene for udførelsen af dette arbejde.

34. Spørgsmålet om forskellens grundlæggende karakter såvel som alle de faktorer, der tjener til sammenligning af de udførte arbejdsopgaver, udgør under alle omstændigheder et faktisk spørgsmål, som det tilkommer den nationale ret at afklare. Den nationale ret skal imidlertid bygge sin vurdering heraf på den objektive karakter af den grundlæggende forskellige faglige uddannelse [59]. Med henblik på en konstatering af den grundlæggende karakter af forskellen i den faglige uddannelse, som fører til, at der udføres et fuldstændig forskelligt arbejde eller bestrides en fuldstændig forskellig funktion, udgør forskellige formelle faglige kvalifikationer for hver enkelt gruppe arbejdstagere efter min opfattelse et acceptabelt objektivt kriterium. Retten til erhvervsudøvelse, som fastlægger omfanget af de opgaver, der kan pålægges arbejdstageren, og som bevilges efter kriterier, der har relation til arbejdstagerens uddannelse og færdigheder, udgør et væsentligt element i arbejdet, sådan som også sygeforsikringen har fremført. Når derfor to arbejdstagere har forskellige faglige kvalifikationer, fører dette til en differentiering af det udførte arbejde eller den funktion, de bestrider, selv om disse arbejdstagere tilsyneladende udøver den samme beskæftigelse. Men for at den ovennævnte differentiering på grundlag af en forskel i de faglige kvalifikationer kan indtræde, kræves det, at arbejdstagerne er blevet ansat og udøver den pågældende samme beskæftigelse på grundlag af deres faglige kvalifika-

58 — Se den i fodnote 22 nævnte Danfoss-dom. Som Domstolen imidlertid betonede i denne dom, stilles der ikke de samme betingelser til anciennitetskriteriet som til det kriterium, der bygger på faglig uddannelse eller på tilpasningsevnen til varierende arbejdstider eller -steder, »da højere anciennitet er ensbetydende med større erfaring, og denne normalt sætter lønmodtageren i stand til at udføre sine arbejdsopgaver bedre« (præmis 24).

59 — Domstolen anså deltagelsen i en offentlig udvælgelsesprocedure eller i en bedømmelse foretaget af et nationalt udvalg for et vigtigt kriterium til vurdering af de videnskabelige og pædagogiske kvalifikationer hos en særlig kategori universitetslærere og forskere. Se dom af 20.11.1997, sag C-90/96, Petrie m.fl., Sml. I, s. 6527, præmis 47 ff.

tioner, som hænger sammen med denne beskæftigelse.

35. I nærværende sag fremgår det af forelæggelseskendelsen, at de læger, der er beskæftiget som psykoterapeuter, vedbliver med at udøve lægegerning og efter behov udføre de opgaver, som har forbindelse hermed, i modsætning til de uddannede psykologer, der udelukkende arbejder som psykoterapeuter. Som Kommissionen og sygeforsikringen i øvrigt anfører i deres bemærkninger, kan lægerne anvende alle deres kundskaber for at behandle patienterne og derfor indgår sygeforsikringen kontrakter med dem på grundlag af DO. B uafhængigt af de konkrete opgaver, de varetager. På grundlag af ovenstående faktiske omstændigheder, som det i den sidste ende tilkommer den nationale ret at foretage den nødvendige nærmere afklaring af, udfører de to arbejdstagergrupper hverken samme arbejde eller bestrider samme funktioner, eftersom den faglige uddannelse er grundlæggende forskellig for de to arbejdstagergrupper, hvilket underbygges af, at de har forskellige formelle faglige kvalifikationer. Og selv om de med hensyn til arbejdets genstand tilsyneladende udøver samme beskæftigelse, nemlig psykoterapi, er deres kundskaber og erfaring grundlæggende forskellige, og følgelig også deres behandlingsmuligheder, hvad der i væsentlig grad indvirker på det udførte arbejde. Den omstændighed, at sygeforsikringens takster for det arbejde, de udfører, er de samme, ændrer ikke nødvendigvis noget ved ovenstående kendsgerning, idet det ikke fremgår, at disse takster beregnes på grundlag af kvaliteten af den behandling, som hver af psykoterapeutgrupperne giver, og af dens faktiske værdi på arbejdsmarkedet, men kan skyldes socialpolitiske hensyn.

36. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål med, at traktatens artikel 119 [60] skal fortolkes således, at der ikke er tale om »samme arbejde« eller »samme slags arbejde«, når lønmodtagere, som har forskellige formelle faglige kvalifikationer, eftersom de har en grundlæggende forskellig faglig uddannelse, udøver samme beskæftigelse over et længere tidsrum (i mere end én aflønningsperiode), eftersom de pågældende er blevet ansat med henblik på netop deres faglige kvalifikationer, og disse kvalifikationer står i forbindelse med den beskæftigelse, de udøver.

37. Hvis ovenstående forslag tages til følge, er der i betragtning af de i forelæggelseskendelsen anførte faktiske omstændigheder ingen grund til at besvare de øvrige spørgsmål, undtagen for fuldstændighedens skyld, idet der ikke længere er tale om anvendelse af princippet om lige løn, som fastlagt i traktatens artikel 119.

C — *Det sjette spørgsmål*

38. Jeg vil nu undersøge det sjette spørgsmål, da det hænger sammen med det første. Oberlandesgericht Wien spørger her,

60 — Traktatens artikel 119 udgør et tilstrækkeligt grundlag for besvarelsen, og man behøver ikke inddrage direktiv 75/117/EØF. Se den i fodnote 36 nævnte dom i sagen Murphy m.fl., præmis 13, samt punkt 23 ovenfor i mit forslag.

om et forskelligt uddannelsesforløb må antages at være et kriterium, der kan begrunde en forskellig aflønning for udførelsen af de samme opgaver i virksomheden. Desuden spørger retten, om mere omfattende faglige kvalifikationer, uanset hvilke konkrete opgaver der udføres i virksomheden, må antages at være et objektivt kriterium, der kan begrunde en forskellig aflønning. og i forbindelse hermed stilles spørgsmålet, om det således er relevant, om a) den bedre lønnede gruppe af arbejdstagere i virksomheden også kan anmodes om at udføre andre arbejdsopgaver, eller b) om det konkret skal bevises, at der også er udført sådanne andre arbejdsopgaver. Endelig spørger den forelæggende ret, om det i den forbindelse skal tages i betragtning, at de relevante kollektive overenskomster også indeholder bestemmelse om beskyttelse mod afskedigelse.

39. Det skal her straks betones, at de problemer, der rejses gennem det sjette spørgsmål, kun kan rejses, hvis det er blevet fastslået, at de to arbejdstagergrupper, i dette tilfælde læger, der arbejder som psykoterapeuter, og psykologer, der arbejder som psykoterapeuter, udfører samme arbejde eller arbejde af samme værdi eller bestrider samme funktioner. Men ud fra overvejelserne i forbindelse med det foregående spørgsmål, er det sjette præjudicielle spørgsmål kun berettiget i to tilfælde: a) hvis Domstolen anvender den første fortolkningsmodel, ifølge hvilken udøvelsen af den samme beskæftigelse er tilstrækkelig til, at der foreligger »samme arbejde eller arbejde af samme værdi« eller »samme slags arbejde«, eller b) hvis det under anvendelse af tredje fortolkningsmodel antages, at selv om de forskellige arbejdstagergrupper, der er sat til at udføre samme beskæftigelse i samme virksomhed, har forskellige faglige kvalifikationer, har de ikke tilstrækkeligt forskellig faglig uddannelse til, at de kan antages at udføre forskelligt arbejde eller bestride forskellige funktioner. Domstolens retspraksis [61] går i disse tilfælde ud på, at den nationale ret, om nødvendigt efter en analogi, er den eneste, der er kompetent til at afgøre, om de grunde, som arbejdsgiveren (eller enhver anden, som bærer denne bevisbyrde) påberåber sig for at begrunde en åbenlys lønforskel mellem to grupper mandlige og kvindelige arbejdstagere, eller en aflønningsmetode, som anvendes uafhængigt af arbejdstagerens køn, men i praksis rammer kvinder hårdere end mænd, bygger på objektive kriterier, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

40. Domstolen har antaget, at disse kriterier indbefatter både det kriterium, der drejer sig om den faglige uddannelse, i den forstand, at den uddannelse, der giver højere løn, har betydning for udførelsen af de særlige opgaver, der er pålagt arbejdstageren, og det kriterium, der drejer sig om fleksibilitet, i den forstand, at en lønforhøjelse retfærdiggøres af arbejdstagerens tilpasningsevne til skiftende arbejdstider og -steder, når arbejdsgiveren kan godtgøre, at denne tilpasningsevne har betydning for udførelsen af de særlige opgaver, der er pålagt arbejdstageren, men ikke, når kriteriet vedrører kvaliteten af

61 — Se den i fodnote 16 nævnte Enderby-dom, præmis 18, 19 og 25, og den i fodnote 47 nævnte Bilka-dom, præmis 35 og 36.

det arbejde, der ydes af arbejdstageren [62]. Dette var Domstolens afgørelse, skønt den for det første antog, at det ikke kan udelukkes, at kriteriet, den faglige uddannelse, kan være til ugunst for de kvindelige arbejdstagere, i det omfang disse har haft færre muligheder for at erhverve samme faglige uddannelsesniveau som mænd eller har udnyttet sådanne muligheder i mindre grad, og for det andet, at det kriterium, der drejer sig om fleksibilitet, i betydningen evne til at tilpasse sig skiftende arbejdstider og -steder, kan være til ugunst for kvinder, som på grund af familiemæssige forpligtelser ikke så let som mændene kan tilrettelægge deres arbejdstid på en fleksibel måde [63].

41. Efter min opfattelse må fleksibilitetskriteriet, der blev anerkendt i Danfoss-dommen [64], også omfatte begrebet evne til inden for virksomheden at tilpasse sig forskellige aktiviteter, som hører ind under den pågældendes faglige kvalifikationer. Denne tilpasningsevne er af sin natur helt neutral med hensyn til køn, eller udviser i det mindste ikke nogen forskel fra fleksibilitetskriteriet i den betydning, der allerede er anerkendt af Domstolen. I forhold til præmisserne i Danfoss-dommen er det ikke mere ugunstigt for kvinder at udføre andre beslægtede aktiviteter end at tilpasse sig forskellige arbejdstider, da udøvelsen af forskellige beslægtede aktiviteter jo ikke nødvendigvis medfører ændringer i deres arbejdstid.

42. Det skal her bemærkes, at de forskellige aktiviteter, der falder ind under de faglige kvalifikationer, naturligvis også skal være dækket af ansættelsesforholdet. Med andre ord skal arbejdstageren være ansat med henblik på sine faglige kvalifikationer, altså med henblik på muligheden for at udføre flere aktiviteter inden for virksomheden. I den foreliggende sag skal den nationale ret altså nøje kunne fastslå, at lægerne, sådan som sygeforsikringen forklarede under den mundtlige forhandling, er ansat som læger — og ikke kun aflønnes som læger — at de udfører psykoterapi, idet de udsendes til specialsygehuse, og at de ikke udelukkende er blevet ansat som læger med henblik på at virke som psykoterapeuter [65].

43. Endelig er det værd at betone, at det kriterium, der drejer sig om tilpasningsevnen til i forhold til forskellige aktiviteter inden for samme virksomhed, dvs. et kriterium, der støtter sig på de bestemmelser, der beskytter arbejdstagere mod afskedigelse, ikke er i strid med kravet om, at det objektive sondringskriterium er i overensstemmelse med virksomhedens virkelige behov [66]. Ved faktisk

62 — Se den i fodnote 22 nævnte Danfoss-dom, præmis 17-25. De betingelser, som Danfoss-dommen opstiller for anvendelse af den ovennævnte kriterier, rummer bl.a. kravet om, at kriterierne ikke må bygge på almenheder angående bestemte grupper af arbejdstagere, men skal være objektive, således at de afhænger af de i hvert enkelt tilfælde foreliggende omstændigheder, og navnlig af deres relation til beskaffenheden af de udførte opgaver. Se vedrørende dette krav den i fodnote 40 nævnte Rinner-Kühn-dom, præmis 14, og den i fodnote 40 nævnte Nimz-dom, præmis 13, 14 og 15, som i modsætning til, hvad samarbejdsudvalget hævder, ikke ophæver den lovlige og objektive karakter ved det kriterium, der drejer sig om den faglige uddannelse.

63 — Se den i fodnote 22 nævnte Danfoss-dom, præmis 21 og 23.

64 — Fodnote 22.

65 — Det kan her være nyttigt også at få belyst andre spørgsmål, som sandsynligvis har forbindelse med muligheden for at udføre flere beslægtede aktiviteter. F.eks. kan det være nyttigt, at den nationale ret undersøger, om lægeetiske regler tillader læger med et bestemt speciale (f.eks. psykiatere, der i det foreliggende tilfælde kan være beskæftiget som psykoterapeuter) at arbejde med et andet medicinsk speciale.

66 — Den i fodnote 47 nævnte Bilka-dom, præmis 36.

behov forstås ikke kun et nuværende, men også et sådant fremtidigt behov, som med sikkerhed vil indfinde sig. I den foreliggende sag gør medarbejdernes fastansættelse efter ti år det sikkert, at der vil indtræde et fremtidigt behov for arbejdstagernes tilpasningsevne og fleksibilitet i virksomheden.

44. Men er det afgørende, om arbejdstageren hele tiden faktisk udfolder alle de muligheder, som hans faglige kvalifikationer giver ham ret til?

Efter Domstolens hidtidige praksis synes et bekræftende svar på ovenstående spørgsmål ikke at være påkrævet. Ifølge Danfoss-dommen [67] skal både det kriterium, der drejer sig om den faglige uddannelse, og det kriterium, der drejer sig om tilpasningsevne til skiftende arbejdstider og -steder, være af betydning for udførelsen af de særlige opgaver, som arbejdstageren får pålagt [68]. Denne forudsætning medfører ikke nødvendigvis et krav om, at samtlige de aktiviteter, som den faglige uddannelse eller tilpasningsevnen giver mulighed for, i hvert enkelt tilfælde også udøves i praksis. Meningen med den forudsætning, som Danfoss-dommen etablerer, er ganske enkelt, som det også fremgår af generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse, at den faglige uddannelse og tilpasningsevnen skal hænge objektivt sammen med den tilsvarende beskæftigelse, altså være relateret til det udførte arbejde [69].

I Macarthys-dommen [70] anføres det, at »der i tilfælde hvor der foreligger en rent faktisk forskelsbehandling inden for det område, hvor artikel 119 er umiddelbart anvendelig, kun kan foretages sammenligninger i form af de paralleller, der kan drages ud fra en konkret vurdering af det arbejde, der faktisk udføres af arbejdstagere af forskelligt køn i samme virksomhed eller tjeneste« [71]. Men i denne dom vedrørte kravet om forekomst af faktisk arbejde ikke problemet i den hovedsag, som beskæftiger os her, men hang sammen med Domstolens afvisning af at godtage en sammenligning mellem en kvindelig arbejdstager og »en hypotetisk mandlig arbejdstager«, forstået således, at en kvindelig arbejdstager ikke ville kunne kræve den løn, som hun ville kunne kræve, hvis hun var en mand, selv om ingen mand udførte eller tidligere havde udført et tilsvarende arbejde. I den foreliggende sag skal der ikke tages stilling til problemet »en hypotetisk mandlig arbejdstager«, som hang sammen med de særlige træk ved Macarthys-dommen [72], men derimod til problemet med en mandlig arbejdstager, som i kraft af sin faglige uddannelse og navnlig af sine formelle faglige kvalifikationer inden for samme virksomhed kan udføre flere aktiviteter, som er beslægtede med den beskæftigelse, som han udfører på et givet tidspunkt.

Efter min opfattelse udgør ikke blot en yderligere faglig uddannelse, men også forskelle i de formelle faglige kvalifikationer, som rummer mulighed for inden for samme virksomhed at beskæftige sig med flere aktiviteter, et objektivt kriterium for løndifferen-

67 — Fodnote 22.

68 — Se ovenfor, punkt 40.

69 — Se det i fodnote 22 nævnte forslag til afgørelse fra generaladvokat Lenz, punkt 43.

70 — Fodnote 27.

71 — Præmis 15.

72 — Se ovenfor, punkt 40.

tiering på Danfoss-dommens vilkår [73], uanset om arbejdstageren hele tiden i praksis udfører alle de aktiviteter, som de pågældende faglige kvalifikationer giver mulighed for.

45. Det ovenstående standpunkt harmonerer godt med en anvendelse af lighedsprincippet. Når to grupper af arbejdstagere, som udøver samme beskæftigelse, objektivt set ikke befinder sig i en sammenlignelig arbejdsmæssig situation i forhold til virksomhedens økonomiske behov og de arbejdsopgaver, de har fået overdraget, er det lovligt at aflønne dem forskelligt ud fra princippet om proportional lighed. Såfremt det derfor i den foreliggende sag godtgøres, at lægerne i henhold til lægelovens § 21 er forpligtede til at yde førstehjælp og må udstede recepter og i nødstilfælde også kan anvendes inden for andre behandlingsområder afhængigt af deres speciale, er det rimeligt nok, at lægerne aflønnes anderledes end psykologerne, som kun kan påtage sig opgaver af mere begrænset omfang end lægerne inden for rammerne af de behandlingsformer, som kan tilbydes af en sygeforsikring som den i hovedsagen indstævnte.

46. Dette standpunkt er også berettiget af hensyn til forholdene på arbejdsmarkedet. Hvis arbejdstagere, der ikke besidder den nødvendige uddannelse eller de relevante faglige kvalifikationer til at kunne udføre forskellige former for beskæftigelse, når virksomheden har brug for det, fik samme løn som de arbejdstagere, der har disse kvalifikationer, ville det i den sidste ende føre til, at virksomheden kun ville ansætte arbejdstagere af den sidstnævnte gruppe. I den foreliggende sag kunne man således spørge, med hvilken begrundelse sygeforsikringen fremover skulle ansætte psykologer som psykoterapeuter, hvis disse skulle aflønnes som læger uden at byde på de muligheder, som en læge med ret til at udøve lægegerning kan tilbyde? En udligning af lønningerne ville i det konkrete tilfælde føre til dårligere resultater for den arbejdstagergruppe, som i første omgang ville opleve en lønstigning [74].

47. For så vidt som det skønnes formålstjenligt at besvare det sjette spørgsmål, foreslår jeg derfor Domstolen at svare følgende: Når der foreligger en åbenlys lønforskel mellem to grupper mandlige og kvindelige arbejdstagere, eller en aflønningsmetode, som ganske

73 — Fodnote 22.

74 — Ovenstående betragtninger må ikke føre til den konklusion, at lægers arbejde — eller deres uddannelse — nødvendigvis ligger kvalitativt over psykologers. Forskellen indebærer ikke uundgåeligt også et kvalitativt højere niveau. Det er jo i øvrigt velkendt, at når det drejer sig om psykoterapi, anvender psykologerne diagnose- og behandlingsmetoder (f.eks. tests), som psykiaterne — og i endnu højere grad læger uden psykiatrisk speciale — ikke kender til. Desuden er det sandsynligt, at psykologerne generelt kan udføre andet arbejde end psykoterapi. Alligevel er det her af betydning, når man ser på de behandlingsformer, som en sygeforsikring som den i hovedsagen indstævnte kan tilbyde, at lægerne på grund af deres faglige uddannelse synes at have beskæftigelsesmuligheder inden for flere af sygeforsikringens arbejdsområder, hvad der klart gør dem mere konkurrencedygtige på markedet end psykologerne, således som sygeforsikringen også har fremført. Men under alle omstændigheder tilkommer det den nationale ret, som bedre kender det nationale lovgrundlag og de faktiske omstændigheder i hovedsagen, at tage stilling til, i hvilket omfang læger både har muligheder for beskæftigelse inden for flere arbejdsområder og en konkurrencefordel på arbejdsmarkedet.

vist anvendes uafhængigt af arbejdstagerens køn, men i praksis rammer kvinder hårdere end mænd:

— kan arbejdsgiveren retfærdiggøre lønforskellen ved anvendelse af kriteriet »faglig uddannelse«, hvis han kan godtgøre, at den faglige uddannelse har betydning for udførelsen af særlige opgaver, som er pålagt arbejdstageren

— kan arbejdsgiveren retfærdiggøre lønforskellen ved anvendelse af kriteriet »faglige kvalifikationer«, som giver mulighed for udøvelse af flere forskellige former for beskæftigelse inden for virksomheden, hvis han kan godtgøre, at dette kriterium har betydning for udførelsen af særlige opgaver, som er pålagt arbejdstageren, eller at han derigennem kan få dækket virksomhedens behov for arbejdstagere til at udføre aktiviteter, som er forskellige fra det arbejde, der allerede udføres, og som er dækket af arbejdstagerens faglige kvalifikationer og ansættelsesforholdet under hensyntagen til bestemmelserne i de kollektive overenskomster, der beskytter arbejdstagerne mod afskedigelse.

D — *Det andet spørgsmål*

48. I det andet præjudicielle spørgsmål spørger Oberlandesgericht Wien, om også kollektive overenskomster, der regulerer lønfastsættelse (bindende, ikke bindende eller bindende gennem fastsættelse af mindstelønninger) er relevante ved afgørelsen af, om der er tale om forskelsbehandling, som omhandlet i EF-traktatens artikel 119 eller direktiv 75/117/EØF.

49. Ved første blik kan muligheden for et valg, som også Kommissionen betoner i sine bemærkninger, mellem de tre former for kollektive overenskomster synes at være uden relevans for de faktiske omstændigheder i sagen, idet lønningsregulativerne (Dienstordnungen) er udformet som kollektive overenskomster, der opstiller et endeligt fastlagt lønsystem, som er bindende for de enkelte socialsikringsinstitutioner, i den forstand, at de ikke selv må foretage ændringer uden skriftlig godkendelse fra Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (§ 460 i ASVG) [75].

Men selv om det antages, at et valg mellem de tre former for kollektive overenskomster har hypotetisk karakter, anmodes Domstolen alligevel om at besvare spørgsmålet om,

75 — Vedrørende Domstolens afvisning af at besvare hypotetiske spørgsmål, se dom af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, præmis 25.

hvilken betydning et bindende kollektivt overenskomstsystem, nemlig det system, som hovedsagen drejer sig om, har for konstateringen af, om der er tale om forskelsbehandling. Den anmodes endda om også at undersøge de øvrige overenskomstformer (den ikke-bindende og den, der er bindende gennem fastsættelse af mindstelønninger), i den udstrækning granskningen af dem bidrager til at præcisere de særlige træk ved det bindende system. Følgelig ville det ikke have nogen væsentlig betydning for besvarelsen af det andet præjudicielle spørgsmål, at valgmuligheden blev karakteriseret som hypotetisk.

50. Det skal desuden påpeges, at den forelæggende rets formulering af det andet præjudicielle spørgsmål skaber visse problemer. Det er ikke ganske klart, om retten spørger, om muligheden for, at der foreligger forskelsbehandling med hensyn til løn efter EF-traktatens artikel 119, er afhængig af arten af det kollektive overenskomstsystem, der regulerer lønningerne for to forskellige arbejdstagergrupper, eller om den spørger, om dette system skal tages med i betragtning ved vurderingen af de parametre, som anlægges ved konstateringen af en forskelsbehandling i strid med artikel 119.

51. På spørgsmålet om, hvorvidt muligheden for, at der foreligger forskelsbehandling ifølge artikel 119, er afhængig af arten af det kollektive overenskomstsystem, giver Domstolens praksis, som forelæggelseskendelsen i øvrigt også henviser til, et benægtende svar. Forbuddet mod forskelsbehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere gælder ikke kun i forhold til statsmagten, men udstrækker sig til også at gælde alle kollektive overenskomster, der regulerer lønarbejde, og tillige også private overenskomster [76]. Princippet om parternes frie vilje ved indgåelsen af en kollektiv overenskomst kan altså ikke forhindre anvendelsen af lighedsprincippet i artikel 119, uanset arten af det kollektive overenskomstsystem (bindende, ikke-bindende eller bindende gennem fastsættelse af mindstelønninger).

52. Hvis derfor Domstolen anerkender, at spørgsmålet har ovennævnte betydning, foreslår jeg, at der svares, at det med henblik på en konstatering af, om der foreligger forskelsbehandling i den forstand, som forudsættes i traktatens artikel 119 eller direktiv 75/117/EØF, er uden betydning, a) om lønnen udelukkende fastsættes af de parter, der indgår ansættelseskontrakten, sådan at forstå, at det er op til parterne selv at afgøre, om de vil medtage bestemmelser fra kollektive overenskomster, eller b) om der ved anvendelse af almengyldige reguleringer (kollektive overenskomster) fastsættes obligatoriske mindstelønninger for samtlige arbejdstagere inden for et område, eller c) om lønningerne obligatorisk og fuldstændigt fastsættes ud fra kollektive overenskomster.

53. Hvis Domstolen derimod når til den opfattelse, som også mit forslag bygger på, at spørgsmålet drejer sig om den betydning, som arten af det kollektive overenskomstsy-

76 — Se artikel 4 i Rådets direktiv 75/117/EØF, nævnt i punkt 4. Se endvidere den i fodnote 21 nævnte Royal Copenhagen-dom, præmis 45, den i fodnote 17 nævnte Defrenne-dom, præmis 39, den i fodnote 40 nævnte Kowalska-dom, præmis 12, den i fodnote 40 nævnte Nimz-dom, præmis 11, og den i fodnote 16 nævnte Enderby-dom, præmis 22 f. Ifølge dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 32, forbyder traktatens artikel 119 enhver forskelsbehandling mellem mænd og kvinder med hensyn til løn, uanset hvad der fremkalder denne ulighed.

stem har for udformningen af den ramme, inden for hvilken vilkårene for forskelsbehandlingen nærmere bestemmes, så vil Domstolen, også i betragtning af de faktiske omstændigheder i hovedsagen, få lejlighed til at præcisere visse punkter vedrørende den nationale retsinstans' anvendelse af traktatens artikel 119 på kollektive overenskomster; det er præciseringer, der har betydning for hovedsagen, og som desuden har sammenhæng med svarene på de øvrige præjudicielle spørgsmål.

54. Den omstændighed, at aflønningen af to grupper arbejdstagere fastsættes ud fra kollektive overenskomster, har betydning for den ramme, inden for hvilken ligelønsprincippet, som fastlagt i traktatens artikel 119, skal anvendes. I et sådant tilfælde er den nationale ret forpligtet til at sætte sig ud over forholdene i den enkelte virksomhed og foretage en vurdering af de arbejdsmarkedsforhold, der hører ind under de kollektive overenskomster. Ved brancheopdelte kollektive overenskomster er det sædvanligt, at parterne med henblik på at fastsætte lønnen ikke kun tager hensyn til det konkrete arbejde, men også til andre forhold, såsom kriterier, der vedrører arbejdsmarkedet generelt eller på lokalt plan, de økonomiske behov hos virksomhederne i den enkelte branche og de forskellige fagforeningers betydning og rolle i den pågældende branche. De enkelte arbejdstagergruppers løn skal altså ikke bedømmes på det konkrete arbejde, der udføres i virksomheden, men, som også den tyske regering bemærker, på de karakteristiske træk ved arbejdet, som kan være fastlagt gennem fagopdelingen inden for rammerne af den gældende lønpolitik [77]. Denne overgang fra den konkrete virksomhed til et lønsystem, der er fastlagt ved kollektiv overenskomst, bliver endnu mere mærkbar, når den kollektive overenskomst, som i den foreliggende sag, fastlægger et bindende og endeligt lønsystem, der ikke overlader den enkelte arbejdsgiver nogen frihed til at differentiere gennem en individuel ansættelseskontrakt [78]. I dette tilfælde udgør den kollektive overenskomst den kilde, fra hvilken de objektive kriterier til begrundelse af lønforskelle skal hentes. Domstolen har endda allerede anerkendt, at »det forhold, at lønelementerne er fastsat ved kollektive forhandlinger eller ved forhandling på lokalt plan, kan tages i betragtning af den nationale retsinstans som et forhold, der gør det muligt for den at vurdere, om forskelle i gennemsnitslønnen for to grupper arbejdstagere skyldes objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn« [79].

55. Her kunne man så hævde, at når to arbejdstagergruppers lønninger reguleres gennem to forskellige overenskomster, er det sandsynligt, at de to grupper ikke befinder sig i nogenlunde ens, sammenlignelige situationer. Generaladvokat Lenz har i øvrigt

77 — I den i fodnote 41 nævnte Rummler-doms præmis 15 hedder det, at »selv om også et bestemt kriterium ... rent faktisk kan begunstige mandlige arbejdstagere, ... skal man ved afgørelsen af, om der foreligger forskelsbehandling, anskue det fastsatte kriterium som en del af den helhed, som det faglige klassifikationssystem udgør, og herunder tage hensyn til de andre kriterier, der spiller en rolle ved fastsættelsen af lønnens størrelse. Et system er ikke nødvendigvis forskelsbehandlende, alene fordi et af dets kriterier hviler på egenskaber, som mænd nærmest besidder«.

78 — Se imidlertid også dom af 8.11.1983, sag 165/82, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. s. 3431. Domstolen fastslog, at selv ikke-bindende kollektive overenskomster i praksis medfører betydelige konsekvenser for arbejdsmarkedsforholdene, fordi de fastlægger arbejdstagernes rettigheder og grænserne for de krav, virksomhederne kan stille til sikring af den sociale ro.

79 — Se den i fodnote 21 nævnte Royal Copenhagen-dom, præmis 46.

påpeget, at når lønninger fastsættes gennem brancheoverenskomster, kan den omstændighed, at arbejdstagerne har forskelligt branchetilhørsforhold, føre til den konklusion, at forudsætningen for, at der er tale om det samme arbejde eller arbejde af samme værdi, ikke er til stede [80]. Men retspraksis har fastlagt visse kriterier vedrørende den måde, hvorpå den nationale retsinstans skal vurdere den omstændighed, at lønelementerne for de to lønmodtagergrupper er fastsat ved kollektive overenskomster. Således præciserede Domstolen i Enderby-dommen [81], at »den omstændighed, at lønfastsættelsen 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, ikke er til hinder for, at det fastslås, at der tilsyneladende foreligger forskelsbehandling, når forhandlingerne har ført til resultater, der viser, at to grupper, der henhører under den samme arbejdsgiver og det samme fagforbund, behandles forskelligt. 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, som fremhævet af den tyske regering, let omgå ligelønsprincippet ved at føre særskilte forhandlinger« [82].

56. Som den tyske regering bemærker, er det vigtigt for den nationale retsinstans at undersøge, om de kollektive overenskomster, som regulerer lønklassifikationssystemet i visse erhverv, er udarbejdet af parterne selv. De kontraherende parters identitet og det erhvervsområdes identitet, som de kollektive overenskomster angår, udgør en forudsætning for, det kan fastslås, at lønaftalerne i de forskellige overenskomster er sammenlignelige i medfør af traktatens artikel 119. I den foreliggende sag fremgår det af forelæggelseskendelsen, at samtlige lønningsregulativer er blevet aftalt af Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger og gælder for samme erhvervsområde, nemlig socialsikringsinstitutionerne, mens parterne under den mundtlige forhandling i hovedsagen var enige om, at de pågældende overenskomster var udarbejdet af de samme parter. Men kompetencen til at undersøge de ovennævnte forudsætninger ligger under alle omstændigheder hos den nationale retsinstans, som bedre kender det nationale lovgrundlag og de faktiske omstændigheder i hver enkelt sag.

57. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det andet præjudicielle spørgsmål således: Forbuddet mod forskelsbehandling af mænd og kvinder gælder ikke kun over for statsmagten, men udstrækker sig til også at gælde alle kollektive overenskomster, der regulerer lønarbejde, og tillige også individuelle overenskomster. Det forhold, at lønelementerne for de to lønmodtagergrupper er fastsat gennem kollektive forhandlinger, kan imidlertid inddrages af den nationale retsinstans som et led i vurderingen af, i hvor høj grad lønforskellen for de to grupper skyldes objektive faktorer, som er uden forbindelse med enhver form for kønsdiskriminering. Ligeledes kan det forhold, at de forskellige

80 — Se hans forslag til afgørelse i den i fodnote 16 nævnte Enderby-dom, punkt 44, 45 og 46, og hans forslag til afgørelse i den i fodnote 22 nævnte Danfoss-dom, punkt 46.

81 — Nævnt i fodnote 16.

82 — Præmis 22.

grupper lønmodtagere har hver sin kollektive overenskomst, inddrages af den nationale retsinstans som et led i vurderingen af, i hvor høj grad de to grupper kan anses for at befinde sig i nogenlunde samme situation. Endelig skal den nationale retsinstans tage særligt hensyn til, om de kollektive overenskomster vedrører det samme erhvervsområde, om de er indgået mellem de samme parter, og om de fastlægger et bindende og endeligt lønsystem.

E — *Det tredje, fjerde og femte spørgsmål*

58. Med det tredje præjudicielle spørgsmål anmodes der om en afklaring af, på hvilket niveau (virksomhedsniveau, overenskomstniveau eller niveauet svarende til alle med samme faglige kvalifikationer) sammenligningsgrupperne skal placeres, for at det kan fastslås, om der finder forskelsbehandling sted i de tilfælde, hvor en kollektiv overenskomst, der regulerer lønningerne endeligt, fastsætter forskellige lønninger for udførelsen af samme arbejde eller arbejde af samme værdi, afhængigt af arbejdstagernes faglige kvalifikationer. Med det fjerde præjudicielle spørgsmål spørger den forelæggende ret, om man kun skal undersøge det talmæssige forhold mellem mænd og kvinder i den gruppe, der er udsat for diskriminering, eller i begge grupper. Endelig ønsker den forelæggende ret i det femte præjudicielle spørgsmål, i fortsættelse af problematikken i det tredje spørgsmål, at få afklaret, hvorledes de to sammenligningsgrupper helt nøjagtigt skal sammensættes på hvert enkelt niveau, når det arbejde, der er det samme for de to grupper, kun udgør en del af de aktiviteter, som deres faglige kvalifikationer omfatter. Jeg anser det for hensigtsmæssigt at behandle de ovennævnte spørgsmål under ét, idet de er beslægtede, da de alle drejer sig om den måde, hvorpå sammenligningsgrupperne skal etableres og sammensættes, for at det kan fastslås, om der kan påvises indirekte forskelsbehandling.

59. Jeg begynder med visse almene bemærkninger. Som det fremgår af Domstolens praksis, er det i tilfælde af indirekte forskelsbehandling sådan, at der ikke blot kan, men også skal knyttes bestemte betingelser til etableringen og sammensætningen af de grupper, der sammenlignes med henblik på at fastslå, om der kan påvises forskelsbehandling [83]. Dette er rimeligt, idet sammenligningen for at være brugbar skal vedrøre repræsentative grupper af arbejdstagere, eftersom et udvalg, der er foretaget i en bestemt hensigt, nemlig for at underbygge den ene eller den anden parts argumentation, ikke kan accepteres. Naturligvis angår vurderingen af sammenligningens brugbarhed under alle omstændigheder et faktuelt problem og falder ind under de nationale retters kompetence [84], hvad der naturligvis ikke forhindrer Domstolen i at formulere visse kriterier, som de nationale retter under deres vurdering kan orientere sig efter.

60. Det første kriterium for sammensætningen af sammenligningsgrupperne må nød-

83 — Se den i fodnote 16 nævnte Enderby-dom, præmis 17, og den i fodnote 22 nævnte Danfoss-dom, præmis 16.

84 — Se generaladvokat Léger's forslag til afgørelse i den i fodnote 21 nævnte Royal Copenhagen-sag, punkt 28, 29 og 30.

vendigvis være niveauet for denne sammensætning. Domstolens hidtidige praksis viser, at der ikke findes nogen generel regel, men at niveauet fastsættes ud fra de konkrete omstændigheder i hver enkelt sag. Som den tyske regering anfører i sine bemærkninger, er det afgørende punkt for niveaufastsættelsen, hvad anvendelsesområdet er for de omtvistede bestemmelser, som fremkalder spørgsmålet om forskelsbehandling efter traktatens artikel 119. Det er i øvrigt klart, at princippet om lige løn, som er fastlagt i ovennævnte artikel, retter sig mod ophavsmanden til de omtvistede bestemmelser. Hvis derfor bestemmelserne ligger på lovniveau, skal sammenligningsgrupperne sammensættes blandt alle de arbejdstagere, hvis løn reguleres ved denne lov. Og tilsvarende, hvis bestemmelserne stammer fra en bestemt arbejdsgivers beslutning eller praksis, skal sammenligningsgrupperne tages fra de arbejdstagere, der arbejder under den pågældende arbejdsgiver.

61. Hvad angår niveauet for sammensætningen af de sammenligningsgrupper, der skal indgå i påvisningen af en eventuel forskelsbehandling i den foreliggende sag, fremgår det af ovenstående, at de forhold, der blev konstateret i forbindelse med det andet præjudicielle spørgsmål med hensyn til de faktiske omstændigheder, som fremgår af forelæggelseskendelsen, er af afgørende betydning. Det forhold, at lønindplaceringen af de to arbejdstagergrupper, nemlig lægerne og psykologerne, for det første foregår på overenskomstniveau, og for det andet, at disse kollektive overenskomster, som indgås af Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, er bindende for alle de enkelte institutioner i henhold til § 460 i ASVG og anvendes dér som interne tjeneste-regulativer, fører frem til den konklusion, at niveauet for sammensætningen af sammenligningsgrupperne ikke er den enkelte institution, men derimod de omtvistede kollektive overenskomster [85]. Hvis man henviste til alle de arbejdstagere, som har de relevante faglige kvalifikationer, ville sammenligningsgrupperne, som også Kommissionen betoner, være så uensartede, at sammenligningen ikke ville give nogen mening. I øvrigt er der aldrig blevet rejst noget spørgsmål om diskriminering på dette niveau.

62. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det tredje spørgsmål således: Hvis en kollektiv overenskomst, der regulerer lønningerne endeligt, fastsætter forskellige lønninger for samme arbejde eller for arbejde af samme værdi afhængigt af arbejdstagernes faglige kvalifikationer, skal de arbejdstagere, der falder ind under overenskomstens anvendelsesområde, tages i betragtning ved etableringen af sammenligningsgrupperne med henblik på påvisning af en eventuelt forekommende forskelsbehandling.

63. Med hensyn til det fjerde spørgsmål synes Domstolens praksis ved første øjekast at have valgt forskellige løsninger i de forskellige tilfælde, som den nationale ret da

85 — Det er i hvert fald vigtigt, at den nationale retsinstans undersøger, om den pågældende sygekasse eller virksomhed med henblik på at afgøre, hvilke specialister blandt lægerne eller hvilke psykologer (mænd eller kvinder) der skal ansættes og udføre psykoterapi, griber ind på en særlig måde (gennem praktikophold, udlån af medarbejdere osv.), således at den endelige lønforskel mellem mænd og kvinder i det væsentlige skyldes denne indgriben.

også fastslår i sin forelæggelseskendelse. Således nøjedes Domstolen i Jenkins-sagen [86] f.eks. med at undersøge den gruppe af arbejdstagere, som var udsat for forskelsbehandling, nemlig de deltidsansatte [87], mens den i Enderby-sagen [88] støttede sig på en sammenligning mellem to grupper af arbejdstagere, talepædagoger og farmaceuter, af hvilke den ene næsten udelukkende bestod af kvinder og den anden næsten udelukkende af mænd [89].

Efter min opfattelse skyldes de ovennævnte forskelle i retspraksis det forhold, at Domstolen for med sikkerhed at kunne fastslå, om der foreligger indirekte forskelsbehandling, alt efter omstændighederne i hver enkelt sag ikke nøjes med statistiske oplysninger vedrørende sammenligningsgrupperne, oplysninger, som efter deres natur kan være svingende og generelt behæftet med usikkerhed, men kræver et så objektivt grundlag som muligt for at foretage sin bedømmelse [90]. Således konkluderede Domstolen i Jenkins-sagen, at der var påvist diskriminering af kvinder, idet den anlagde den betragtning, at det tilsyneladende objektive kriterium for løndifferentieringen, der var baseret på arbejdstiden, kunne gå ud over kvinder, eftersom disse som følge af deres sociale forpligtelser kun vanskeligt kunne leve op til kravene ved fuldtidsbeskæftigelse [91]. Denne konstatering, som hviler på almen erfaring, er det objektive grundlag for bedømmelsen af indirekte forskelsbehandling. Ifølge domsbegrundelsen kan man, når der foreligger et sådant objektivt kriterium, undlade at undersøge det talmæssige forhold mellem mænd og kvinder i de to arbejdstagergrupper. I et sådant tilfælde kan forskelsbehandlingen, selv om den udviser de typiske træk ved en indirekte diskriminering, i realiteten være meget tæt på at kunne karakteriseres som direkte på grund af den pågældende erhvervsgruppes kønsbestemte, på forhånd fastlagte sociale funktion. Det er med andre ord tilstrækkeligt, at den nationale retsinstans fastslår, at der finder forskelsbehandling sted i forbindelse med et erhverv, der efter sin natur er et »kvindeerhverv«, for at en sammenlignende analyse af grupperne bliver overflødig [92]. Når derimod påvisningen af den indirekte forskelsbehandling ikke kan baseres på typen af erhvervsgruppe, som det sker i Enderby-sagen, skal erhvervets karakter af »kvindeerhverv« eller »mandeerhverv« fremgå af en statistisk analyse af den ene gruppe, og altid set i forhold til analysen af den anden gruppe arbejdstagere [93].

86 — Fodnote 26.

87 — Præmis 9 ff., især præmis 15. Se endvidere den i fodnote 40 nævnte Kowalska-dom, præmis 16, og den i fodnote 40 nævnte Nimz-dom, præmis 15. Den i fodnote 47 nævnte Bilka-dom undersøger kun den begunstigede gruppe arbejdstagere, nemlig de fuldtidsansatte (præmis 29).

88 — Fodnote 16.

89 — Præmis 15-19. Se også den i fodnote 21 nævnte Royal Copenhagen-dom, præmis 28.

90 — Se også mit forslag til afgørelse i den i fodnote 15 nævnte Seymour-Smith og Perez-dom, punkt 113, 114 og 119. Vedrørende den samtidige analyse af de statistiske oplysninger og af et grundlag for forskelsbehandlingen, der er så objektivt som muligt, se den i fodnote 13 nævnte dom i sagen Helmig m.fl., præmis 23, 24 og 25, hvor der også er henvist til den i fodnote 47 nævnte Bilka-dom.

91 — Præmis 13. Sammenlign den i fodnote 22 nævnte Danfoss-dom, præmis 21.

92 — Ifølge dom af 8.11.1990 i sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941, præmis 12 og 17, er sammenligningen ikke nødvendig, når kriteriet særligt vedrører kønnet, når det f.eks. aldrig ville kunne vedrøre mænd (hvis f.eks. graviditet udgør et kriterium), mens den er nødvendig, når forskelsbehandlingen kun kan fastslås ved en sammenligning mellem den forskellige behandling, som mænd og kvinder udsættes for.

93 — Se generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i den i fodnote 16 nævnte Enderby-sag, punkt 30 og 31.

I modsætning til den forelæggende ret, som i sin kendelse fastslog, at hvis én gruppe arbejdstagere kan betragtes som typisk med hensyn til arbejdsbetingelser (som det f.eks. er tilfældet med fuldtidsansatte), er det i princippet tilstrækkeligt at undersøge forholdet mellem antallet af mænd og kvinder i den ringere stillede gruppe, mens det i alle andre tilfælde er påkrævet at sammenligne de to grupper, er det min opfattelse, at man efter den praksis, som Domstolen følger, i princippet kun kan nøjes med at undersøge forholdet mellem antallet af mænd og kvinder i den ringere stillede gruppe, hvis et også objektivt element, som regel den pågældende erhvervsgruppes kønsbestemte, på forhånd fastlagte sociale funktion, tillader at konkludere, at denne gruppe efter sin natur svarer til et rent kvinde- eller et rent mandeerhverv.

64. Men selv i de tilfælde, hvor Domstolen synes at nøjes med en undersøgelse af den ringere stillede gruppe, kan en analyse af forholdene i begge grupper ikke udelukkes.

65. En sammenlignende undersøgelse af antallet af mænd og kvinder i begge grupper er først og fremmest nødvendig, fordi Domstolen for at kunne fastslå, at en bestemmelse udgør en »principiel« tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, i sin praksis kræver, at der i den diskriminerede gruppe skal være en »betydeligt højere« procentdel af kvinder end af mænd, og/eller at der i den begunstigede gruppe skal være en »betydeligt mindre« procentdel af kvinder end af mænd [94]. Som jeg også har fremhævet i mit forslag til afgørelse i Seymour-sagen [95], skal man for at kunne konstatere, at der foreligger en »betydelig forskel« i kønsfordelingen i den ene gruppe, også tage sammensætningen af den anden gruppe med i betragtning. Den anden gruppe skal enten udvise en fordeling i den modsatte retning, eller samme fordeling, eller en fordeling i samme retning som den første, men i langt svagere grad. Hvis kønsfordelingen er den samme eller nogenlunde den samme i begge grupper, er der tale om ens behandling og ikke om forskelsbehandling af de to grupper [96].

66. For det andet, eftersom en påvisning af, at der foreligger indirekte diskriminering, kan anfægtes, udgør en højere procentdel kvinder, ikke blot i den ringere stillede gruppe, men også i den begunstigede gruppe arbejdstagere, rent logisk et væsentligt element i den objektive karakter af en forskelsbehandling, som intet har at gøre med kønsdiskriminering, og som arbejdsgiveren derfor kan påberåbe sig [97]. Man kan naturligvis heroverfor hævde, at bevisbyrden vedrørende

94 — Se den i fodnote 47 nævnte Bilka-dom, præmis 29, vedrørende en gruppe fuldtidsansatte lønmodtagere.

95 — Fodnote 15.

96 — Se mit forslag til afgørelse i den i fodnote 15 nævnte Seymour-sag, fodnote 50.

97 — Se den i fodnote 40 nævnte Kowalska-dom, præmis 16, og Nimz-dom, præmis 15.

fordelingen af mænd og kvinder også i den anden gruppe i dette tilfælde påhviler arbejdsgiveren og ikke arbejdstageren. Følgelig kan antagelsen af, at fordelingen af mænd og kvinder i hvert enkelt tilfælde skal undersøges, også afhænge af bevisbyrden for forskelsbehandlingen. Men denne opfattelse synes dog ikke at kunne tilsidesætte det principielle krav om en sammenlignende analyse af kønsfordelingen i de to arbejdstagergrupper. Som jeg tidligere har anført, forelå der i de tilfælde, hvor Domstolen begrænsede sig til kun at undersøge forholdene for den ringere stillede gruppe, et objektivt grundlag for påvisningen af den indirekte forskelsbehandling, hvilende på almen erfaring, et grundlag, som i de fleste tilfælde i øvrigt blot bekræfter den i forvejen eksisterende vished med hensyn til resultaterne af den statistiske analyse af de to grupper. En sammenlignende analyse af kønsfordelingen inden for begge arbejdstagergrupper udgør reglen, som gælder i alle tvivlstilfælde, mens en undersøgelse af kun den ene gruppe udgør undtagelsen. I øvrigt er en sammenlignende analyse af kønsfordelingen inden for begge arbejdstagergrupper i overensstemmelse med det grundlæggende princip, der gælder for påvisningen af forskelsbehandling på grundlag af en sammenligning mellem repræsentative grupper af arbejdstagere, et princip, ifølge hvilket vi ikke kan godtage valget af en gruppe, hvis dette kan mistænkes for at være foretaget i en bestemt hensigt, nemlig for at underbygge den ene eller den anden parts argumenter.

67. Helt uafhængigt af objektive kriterier, som kan føre til den konklusion, at et erhverv eller et kriterium i sin natur har karakter af kvindeerhverv, er det således hensigtsmæssigt, at den nationale retsinstans foretager en sammenlignende analyse af kønsfordelingen i hver enkelt gruppe af arbejdstagere. I den foreliggende sag mener jeg ikke, at der på grundlag af ovenstående betragtninger overhovedet kan være tale om et valg. Psykologernes arbejde som psykoterapeuter kan ikke ud fra vilkårene for dets udøvelse karakteriseres som værende i sin natur et kvindeerhverv, og kriteriet, der drejer sig om de faglige kvalifikationer for en psykolog eller en læge, kan grundlæggende betragtes som objektivt set neutralt, hvad kønnet angår, for så vidt som begge erhvervsgrupper afspejler et højt uddannelsesniveau, således at forskellene mellem dem ikke kan forklares som resultatet af, at kvinder har færre muligheder for at erhverve samme faglige uddannelsesniveau som de mandlige arbejdstagere eller har udnyttet sådanne muligheder i mindre grad end mændene [98].

68. Domstolen skal efter min opfattelse besvare det fjerde spørgsmål således: Når det drejer sig om de forhold, der berøres i andet og tredje spørgsmål, er kønsfordelingen inden for begge grupper af arbejdstagere, både den ringere stillede og den begunstigede gruppe, af afgørende betydning for påvisningen af, at der foreligger indirekte forskelsbehandling.

69. Når den nationale retsinstans har fastlagt, på hvilket niveau sammenligningsgrup-

98 — Se den i fodnote 22 nævnte Danfoss-dom, præmis 23.

perne skal placeres, skal den derpå nøjagtigt afgrænse disse grupper, og det er dette problem, femte præjudicielle spørgsmål drejer sig om. Domstolens praksis har for en stor del fastlagt de kriterier, der udgør grundlaget for denne afgrænsning, således at valget og sammensætningen af grupperne ikke bliver tilfældige, og at grupperne bliver sammenlignelige. Ifølge Royal Copenhagen-dommen [99], som systematiserer Domstolens praksis indtil da, »(indebærer) undersøgelsen af, om ligelønsprincippet er overholdt, en sammenligning mellem de lønninger, der udbetales til arbejdstagere af forskelligt køn for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi. Når en sådan sammenligning angår gennemsnitslønnen for to grupper afakkordlønnede arbejdstagere, skal den for at være relevant angå grupper, der hver omfatter alle de arbejdstagere, som, henset til en helhed af omstændigheder, herunder arbejdets art, uddannelseskrav og arbejdsforhold, kan anses for at befinde sig i en sammenlignelig situation. Sammenligningen skal endvidere angå et forholdsvis omfattende antal arbejdstagere for at udelukke, at de konstaterede forskelle er udtryk for tilfældige eller kortvarige omstændigheder ... [100]. Det tilkommer den nationale retsinstans at foretage den fornødne vurdering af de faktiske omstændigheder i hovedsagen på grundlag af ovennævnte kriterier« [101]. Det ser endda ud til, at disse kriterier finder almen anvendelse. Uanset formuleringen i dommen ses der ikke nogen tvingende grund til, at de kun finder anvendelse på akkordlønnede arbejdstagere.

70. I den foreliggende sag skal sammenligningsgrupperne altså etableres ved anvendelse af de ovennævnte kriterier på et niveau svarende til anvendelsesområdet for de generelle kollektive overenskomster, sådan som jeg har angivet i besvarelsen af det tredje spørgsmål. På grundlag af løndifferentieringskriteriet, som de kollektive overenskomster har indført, dvs. kriteriet, der drejer sig om de formelle faglige kvalifikationer, må de to sammenligningsgrupper være henholdsvis de psykologer, som har ret til selvstændigt virke som psykologer og er beskæftiget i alle Østrigs socialsikringsinstitutioner, og de læger, som har ret til selvstændigt virke som speciallæger og er beskæftiget i alle Østrigs socialsikringsinstitutioner. Det er derfor på disse to gruppers niveau, på hvilket løndifferentieringen er fastlagt ifølge de kollektive overenskomster, at kønsfordelingen skal undersøges med henblik på at få konsta-

99 — Fodnote 21.

100 — Der er her ikke rejst spørgsmål om en fastsættelse af et minimumsantal. Se også generaladvokat Léger's forslag til afgørelse i samme sag (punkt 30).

101 — Præmis 32-35. Se også den i fodnote 16 nævnte Enderby-dom, præmis 17.

teret, om der foreligger en forskelsbehandling med hensyn til løn [102].

71. Men behandlingen af det problem, som det femte spørgsmål har rejst, er ikke så let, som det ser ud til ved første øjekast, idet man ikke må glemme, at det femte spørgsmål ikke kan stilles, før der er givet et bekræftende svar på det første spørgsmål.

Det grundlag, som valget og sammensætningen af sammenligningsgrupperne baseres på, er i reglen altid udførelsen af samme arbejde eller af arbejde af samme værdi [103]. For at den nationale retsinstans kan nå frem til at fastlægge sammenligningsgrupperne i nærmere detaljer, skal den derfor som udgangspunkt have godtaget, at arbejdstagerne i disse grupper udfører samme arbejde eller arbejde af samme værdi. Men som jeg anførte i forbindelse med besvarelsen af det første spørgsmål, er det i nærværende sag, hvor der foreligger forskellige faglige kvalifikationer, en forudsætning for at godtage eksistensen af samme arbejde eller arbejde af samme værdi, at udførelsen af psykoterapi betragtes som udøvelse af samme beskæftigelse. Selv om det ikke står i de kollektive overenskomster, skal kriteriet, der drejer sig om udøvelse af samme beskæftigelse, følgelig kombineres med kriteriet, der drejer sig om bestemte faglige kvalifikationer, således at sammenligningsgrupperne kan befinde sig i en sammenlignelig situation. På grundlag af ovenstående burde de to sammenligningsgrupper derfor være henholdsvis de psykologer, som har ret til selvstændigt virke som psykologer og er beskæftiget som psykoterapeuter i alle Østrigs socialsikringsinstitutioner, og de læger, som har ret til selvstændigt virke som speciallæger og er beskæftiget som psykoterapeuter i alle Østrigs socialsikringsinstitutioner.

102 — Det skal her påpeges, at de nødvendige statistiske oplysninger vedrørende de pågældende gruppers niveau ikke klart fremgår af sagens akter. Der er nemlig ikke fremlagt klare statistiske oplysninger vedrørende den procentvise fordeling af mænd og kvinder, hverken for samtlige universitetsuddannede psykologers eller for samtlige lægers vedkommende, som arbejder inden for alle Østrigs socialsikringsinstitutioner. Sygeforsikringen har både i sine skriftlige bemærkninger og under den mundtlige forhandling forelagt visse relevante statistikker (se ovenfor, fodnote 11). Under alle omstændigheder tilkommer det den nationale retsinstans at vurdere, om de statistiske oplysninger, som parterne påberåber sig for at bevise, at der foregår indirekte forskelsbehandling, kan tages i betragtning (se den i fodnote 16 nævnte Enderby-dom, præmis 17).
Hvad angår den forvirring, der hersker med hensyn til valget af egnede statistikker, er det her værd at bemærke, at selv om Kommissionen påpeger, at arbejdstagergrupperne skal sammenlignes på overenskomstniveau, sammenlignede den alligevel på den ene side under den mundtlige forhandling de psykologer, som udfører psykoterapi, med læger i almindelighed, og på den anden side i sine skriftlige bemærkninger nogle talstørrelser, som for lægernes vedkommende vedrører det samlede antal ansatte i sygeforsikringen og for de uddannede psykologers vedkommende det samlede antal arbejdstagere, der er beskæftiget med psykoterapi inden for socialsikringssektorens institutioner (se Kommissionens skriftlige bemærkninger, punkt 48). Den konklusion, som Kommissionen således når frem til, nemlig at der er et overtal af kvinder både blandt lægerne og blandt psykologerne, er derfor ikke overbevisende, da den ikke hviler på et egnet talmateriale. Samtidig bør det påpeges, at fastsættelsen af det ovennævnte niveau for sammenligningen af arbejdstagergrupperne gør sygeforsikringens påstand genstandsløs, den, som hævder, at det er et meget vigtigt moment i hovedsagen, at den kun drejer sig om et ambulatorium i en enkelt socialsikringsinstitution og seks psykologer, mens de regulativer, som fastlægger arbejdstagernes tjenesteforhold i socialsikringsinstitutionerne gælder for i alt 1 932 læger, 50 psykologer og 27 651 andre lønmodtagere, i betragtning af Domstolens praksis, der går ud på, at sammenligningen ved vurderingen af en eventuel tilsidesættelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder skal vedrøre et forholdsvist stort antal arbejdstagere, således at helt tilfældige forskelle kan udelukkes.

103 — Se generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i den i fodnote 22 nævnte Danfoss-sag, punkt 40. Se endvidere den i fodnote 21 nævnte Royal Copenhagen-dom, præmis 32 og 33.

Ikke desto mindre ville en sammenligning på de ovennævnte gruppers niveau ikke være formålstjenlig med henblik på at fastslå, om der er tale om løndiskriminering. Med hensyn til aflønningen af de to arbejdstagergrupper, nemlig lægerne, der virker som psykoterapeuter, og psykologerne, der virker som psykoterapeuter, er de grupper, der talmæssigt skal sammenlignes, som ovenfor anført, fastlagt på overenskomstniveau, nemlig på det niveau, hvor lønningerne er endeligt fastsat. Når man så alligevel går tilbage til det niveau, der svarer til undergrupperne bestående af de læger og psykologer, der virker som psykoterapeuter inden for samtlige socialsikringsinstitutioner i Østrig, sker dette udelukkende for at sikre, at der foreligger samme arbejde eller arbejde af samme værdi. Og hvis der på dette niveau forelå talangivelser, som kunne danne basis for at rejse spørgsmålet om diskriminering af kvinder, uden at der forelå talangivelser på overenskomstniveau [104], ville denne forskelsbehandling i virkeligheden ikke angå lønnen, men andre forhold i forbindelse med de pågældende gruppers beskæftigelse. Konkret udtrykt: der ville kunne foreligge kønsdiskriminering ved valget af de personer, der udøver psykoterapi blandt lægerne og/eller blandt psykologerne.

Men som det skal understreges her, viser netop dette særlige træk ved hovedsagen, nemlig at det niveau, på hvilket det kan afgøres, om der foreligger samme arbejde eller arbejde af samme værdi, er et andet end det niveau, på hvilket arbejdstagergrupperne sammenlignes med henblik på at fastslå, om der er tale om løndiskriminering, og herved bliver to ting tydelige. For det første bliver det klart, hvor vanskeligt det er at tage udgangspunkt i den antagelse, at to grupper af arbejdstagere udfører samme arbejde eller arbejde af samme værdi — eller har samme slags arbejde — blot fordi de tilfældigvis udøver samme beskæftigelse, uden at dette ændrer noget som helst ved forskellen i deres faglige grundlag. Og for det andet viser det, hvor indviklede konklusioner en sådan antagelse her ville tvinge os til at drage.

72. Med det forbehold, der ligger i den sidstnævnte betragtning, foreslår jeg Domstolen, såfremt den finder det hensigtsmæssigt, at besvare det femte spørgsmål således: Hvis den omtvistede samme beskæftigelse, som udøves af de to faggrupper, udgør en af de aktiviteter, som de faglige kvalifikationer omfatter, skal alle arbejdstagere, som besidder samme slags faglige kvalifikationer og falder ind under de kollektive overenskomsters anvendelsesområde, tages med i betragtning.

F — *Det syvende spørgsmål*

73. Med det syvende spørgsmål anmoder den forelæggende ret i det væsentlige om at

104 — Mens der ikke af akterne i den foreliggende sag, som nævnt ovenfor, fremgår talmæssige oplysninger på overenskomstniveau, anfører forelæggelseskendelsen, at der af i alt 34 arbejdstagere, der arbejder som psykoterapeuter inden for socialsikringssektoren, er 24 uddannede psykologer, hvoraf 18 er kvinder og 6 er mænd, og 10 læger, hvoraf 2 er kvinder og 8 er mænd. Altså udgør kvinderne en betydeligt større andel af de psykologer, der arbejder som psykoterapeuter, mens den er betydeligt mindre for den tilsvarende gruppe af læger.

få afklaret, om en kønsdiskriminering, som følger af anvendelsen af en bestemt overenskomst eller et bestemt tjenesteregulativ, og som strider mod fællesskabsretten, først skal ophøre fra det øjeblik, den er fastslået af Domstolen, eller det skal ske med tilbagevirkende kraft.

74. Det er fast retspraksis, at Domstolen, når den under anvendelse af den kompetence, som traktatens artikel 177 giver den, fortolker en bestemmelse i fællesskabsretten, belyser og afklarer meningen med og indholdet i den pågældende retsregel, sådan som denne skal forstås og anvendes eller burde have været forstået og anvendt fra sin ikrafttræden. Følgelig kan og skal den nationale ret anvende den retsregel inden for fællesskabsretten på den måde, som den er blevet fortolket på, selv når det drejer sig om retsforhold, der er stiftet, før Domstolen traf afgørelse vedrørende den pågældende fortolkningsanmodning, forudsat naturligvis, at de øvrige betingelser er opfyldt for at anlægge en sag for de dertil kompetente retter i en tvist, der falder ind under den retsregel, som Domstolen har fortolket [105].

75. Afvigelser fra denne regel kan kun helt undtagelsesvis accepteres, nemlig når Domstolen skønner, at en overholdelse af reglen ville stride mod retssikkerhedsprincippet, som er uløseligt forbundet med Fællesskabets retsorden. Når Domstolen undersøger, om dette sidstnævnte princip påbyder en tidsmæssig begrænsning af følgerne af en afgørelse truffet vedrørende en fortolkningsanmodning, undersøger den: a) om der er fare for alvorlige økonomiske konsekvenser, der navnlig skyldes det store antal retsforhold, som er indgået i god tro på grundlag af en ordning, som betragtedes som retsgyldig, og b) om enkeltpersoner og nationale myndigheder har forholdt sig på en måde, der ikke er i overensstemmelse med fællesskabsretten, på grund af en objektiv og betydelig usikkerhed med hensyn til den nøjagtige betydning af den af Domstolen fortolkede fællesskabsbestemmelse; denne afgørelse kan i særlig grad påvirkes, hvis det konstateres, at andre medlemsstaters eller Kommissionens optræden har bidraget til at skabe eller forstærke denne usikkerhed [106].

Efter Domstolens faste praksis kan en sådan begrænsning kun accepteres, hvis den er indeholdt i selve den afgørelse, som Domstolen har truffet vedrørende den fortolkning, den er blevet anmodet om [107]. Begrænsningen omfatter ikke dem, som allerede har anlagt en sådan sag eller indgivet en tilsvarende klage [108].

105 — Se dom af 13.2.1996, forenede sager C-197/94 og C-252/94, Bautiaa og Société française maritime, Sml. I, s. 505, præmis 47. Se endvidere domme af 27.3.1980, sag 61/79, Denkavit Italiana, Sml. s. 1205, præmis 16, og forenede sager 66/79, 127/79 og 128/79, Salumi m.fl., Sml. s. 1237, præmis 9, domme af 10.7.1980, sag 811/79, Ariete, Sml. s. 2545, præmis 6, og sag 826/79, Mireco, Sml. s. 2559, præmis 7, samt dom af 13.12.1983, sag 222/82, Lewis m.fl., Sml. s. 4083, præmis 38, af 2.2.1988, sag 309/85, Barra, Sml. s. 355, præmis 11, af 5.10.1988, sag 210/87, Padovani m.fl., Sml. s. 6177, præmis 12, af 14.12.1988, sag 269/87, Ventura, Sml. s. 6411, præmis 15, og af 6.7.1995, sag C-62/93, BP Supergaz, Sml. I, s. 1883, præmis 39.

106 — Se den i fodnote 105 nævnte Bautiaa og Société française maritime-dom, præmis 48. Se endvidere den i fodnote 17 nævnte Defrenne-dom, præmis 69 ff.; den i fodnote 40 nævnte dom i sagen Worringham og Humphreys, præmis 29 ff.; dom af 27.5.1981, forenede sager 142/80 og 143/80, Essevi og Salengo, Sml. s. 1413, præmis 30 ff., af 2.2.1988, sag 24/86, Blaizot, Sml. s. 379, præmis 28 ff., den i fodnote 76 nævnte Barber-dom, præmis 40 ff., dom af 31.3.1992, sag C-200/90, Dansk Denkavit og Poulsen Trading, Sml. I, s. 2217, præmis 20 ff., af 16.7.1992, sag C-163/90, Legros m.fl., Sml. I, s. 4625, præmis 28 ff., af 11.8.1995, forenede sager C-367/93 til C-377/93, Roders m.fl., Sml. I, s. 2229, præmis 41 ff., af 14.9.1995, forenede sager C-485/93 og C-486/93, Simitzi, Sml. I, s. 2655, præmis 29 ff., og af 19.10.1995, sag C-137/94, Richardson, Sml. I, s. 3407, præmis 32 ff.

107 — Se den i fodnote 106 nævnte Blaizot-dom, præmis 28.

108 — Se den i fodnote 106 nævnte Blaizot-dom, præmis 35.

Med henblik på at afgøre, om følgerne af en afgørelse skal begrænses tidsmæssigt, skal der ifølge Domstolens praksis tages hensyn til, at selv om de praktiske følger af enhver retslig afgørelse omhyggeligt må vurderes, kan man dog ikke gå så langt som til at gribe ind i rettens objektivitet og bringe dens fremtidige anvendelse i fare, blot fordi en retsafgørelse kan få virkninger for fortiden [109].

76. Når man tager udgangspunkt i forelæggelseskendelsen, rejses det syvende spørgsmål ikke, blot fordi Domstolen i forbindelse med det første spørgsmål skulle anerkende, at der er tale om »samme arbejde« eller »samme slags arbejde«, men kun såfremt det ved det sjette spørgsmål anerkendes, at forskelligt uddannelsesniveau og forskellige faglige kvalifikationer i forbindelse med udøvelsen af samme beskæftigelse ikke i sig selv udgør en forskel, der er stor nok til at retfærdiggøre en forskelsbehandling i den i traktatens artikel 119 omhandlede forstand. Følgelig skal forudsætningerne for, at ovennævnte retspraksis kan anvendes, kun undersøges i sidstnævnte tilfælde.

77. Helt tilbage til Defrenne-dommen [110] og Jenkins-dommen [111] har det været gældende ret inden for Fællesskabet, at artikel 119 er umiddelbar anvendelig. Efter den 1. juli 1995, datoen for Østrigs tiltræden af Den Europæiske Union, kan arbejdsmarkedets parter i Østrig derfor ikke under overenskomstforhandlinger ignorere de krav, der er indeholdt i denne artikel. Det skal i denne forbindelse understreges, at det i modsætning til, hvad den forelæggende ret anfører i sin kendelse og sygeforsikringen i sine bemærkninger, er uden betydning, at der i god tro er etableret retsforhold på basis af en ordning, som generelt blev anset for at være i overensstemmelse med den nationale lovgivning. For at spørgsmålet om hensynet til retssikkerheden i forbindelse med afgørelsens tidsmæssige virkning kunne være rejst, skulle retsforholdene have været etableret på basis af en ordning, som generelt ansås for at være i overensstemmelse med fællesskabslovgivningen.

Ud fra Domstolens hidtidige praksis, som den fremgår af Danfoss-dommen [112], kunne medlemsstaterne og arbejdsmarkedets parter med rette gå ud fra, at forskelligt uddannelsesniveau og forskellige faglige kvalifikationer, der hidrører fra forskellig faglig uddannelse, under de vilkår, som denne retspraksis har afstukket, udgør en forskel, som objektivt set er tilstrækkelig til at begrunde en forskelsbehandling i den i traktatens artikel 119 omhandlede forstand. Hvis Domstolen derfor afsagde en dom, som afveg kraftigt fra Danfoss-dommen, ville det skabe fare for alvorlige økonomiske følger, der især ville skyldes det store antal retsforhold, som er indgået i god tro på basis af en ordning, der betragtedes som retsgyldig på basis af fællesskabsretten, samt det forhold, at det var en objektiv og betydelig usikkerhed med hensyn til betydningen af den af Domstolen fortolkede fællesskabsbestemmelse, der var skyld i, at forhandlingsparterne ikke hand-

109 — Se den i fodnote 106 nævnte Blaizot-dom, præmis 30.
110 — Fodnote 17.
111 — Fodnote 26.
112 — Fodnote 22.

lede i overensstemmelse med fællesskabsretten. Det ville i så fald ikke være andre medlemsstaters eller Kommissionens optræden, der havde bidraget til at skabe eller forstærke denne usikkerhed, men derimod Domstolens egen praksis [113].

78. På grundlag af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen, at den tidsmæssige virkning af dens afgørelse begrænses til alene at gælde i fremtiden for alle, der indtil nu ikke har anlagt sådanne sager eller indgivet tilsvarende klager, men at dette dog kun gøres i tilfælde af, at Domstolen skulle ende med at afvige betydeligt fra Danfoss-dommen og anerkende, at forskelligt uddannelsesniveau og forskellige faglige kvalifikationer, der hidrører fra forskellig faglig uddannelse, ikke i sig selv udgør en forskel, som objektivt set er tilstrækkelig til at begrunde en forskelsbehandling i den i traktatens artikel 119 omhandlede forstand.

VI — Forslag til afgørelse

51. Jeg foreslår Domstolen at besvare de af Oberlandesgericht Wien stillede præjudicielle spørgsmål således:

»1) EF-traktatens artikel 119 skal fortolkes således, at der ikke er tale om 'samme arbejde' eller 'samme slags arbejde' i de tilfælde, hvor lønmodtagere med forskellige faglige kvalifikationer, der skyldes en grundlæggende forskellig faglig uddannelse, udøver samme beskæftigelse over et længere tidsrum (der strækker sig over mere end én aflønningsperiode), for så vidt som disse lønmodtagere er blevet ansat på grundlag af de pågældende faglige kvalifikationer, og disse faglige kvalifikationer står i forbindelse med den af lønmodtagerne udøvede beskæftigelse.

2) På grundlag af ovenstående svar på det første spørgsmål er det overflødigt at besvare de øvrige.«

113 — Vedrørende hensynet til retssikkerheden i forbindelse med Domstolens praksis, se dom af 30.4.1996, sag C-308/93, Cabanis-Issarte, Sml. I, s. 2097, præmis 47 og 48, og punkt 2 i domskonklusionen.