ANGESTELLTENBETRIEBSRAT DER WIENER GEBIETSKRANKENKASSE

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

föredraget den 19 januari 1999 *

Innehåll

I — Inledning ..... I - 2867

II — Tillämpliga bestämmelser ..... I - 2868

A — Gemenskapsrättsliga bestämmelser ..... I - 2868

B — Nationella bestämmelser ..... I - 2869

III — Bakgrund ..... I - 2871

IV — Tolkningsfrågorna ..... I - 2873

V — Svar på tolkningsfrågorna ..... I - 2875

A — Inledande anmärkningar ..... I - 2875

B — Den första frågan ..... I - 2877

C — Den sjätte frågan ..... I - 2887

D — Den andra frågan ..... I - 2892

E — Den tredje, fjärde och femte frågan ..... I - 2896

F — Den sjunde frågan ..... I - 2903

VI — Förslag till avgörande ..... I - 2906

I — Inledning

1. Oberlandesgericht Wien (Österrike) har genom ifrågavarande begäran om förhandsavgörande enligt artikel 177 i EG-fördraget ställt sju frågor avseende tolkningen av artikel 119 i EG-fördraget och av rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män. [1] De frågor som ställts till domstolen avser väsentligen tolkningen av begreppet "lika arbete", samt avgränsningen av grupper som skall jämföras, vid kontroll

* Originalspråk: grekiska.

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

av om det föreligger en indirekt diskriminering mellan manliga och kvinnliga arbetstagare i lönehänseende.

II — **Tillämpliga bestämmelser**

A — *Gemenskapsrättsliga bestämmelser*

2. Artikel 119 första stycket i fördraget har följande lydelse:

"Varje medlemsstat skall under den första etappen säkerställa och i fortsättningen upprätthålla principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete."

3. I artikel 119 tredje stycket i fördraget föreskrivs:

"Lika lön utan könsdiskriminering innebär att

a) ackordslön för lika arbete skall fastställas enligt samma beräkningsgrunder,

b) tidlön skall vara lika för lika arbete."

4. Artikel 1 i direktiv 75/117 stadgar följande:

"Principen om lika lön för kvinnor och män som skisserats i artikel 119 i fördraget, härefter kallad 'likalönsprincipen', innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde all diskriminering på grund av kön skall avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen.

I synnerhet när ett arbetsvärderingssystem används för att bestämma lön, måste detta vara baserat på samma kriterier för både kvinnor och män och vara utformat så, att det utesluter all diskriminering på grund av kön."

Enligt 460 § ASVG erfordras skriftligt medgivande från denna huvudorganisation för att frångå dessa bestämmelser.

5. Artikel 4 i direktivet stadgar följande:

Dienstordnung A (tjänsteföreskrift A, nedan kallad DO. A) är tillämplig på anställda vid socialförsäkringsorgan som är verksamma som administrativ personal, vårdpersonal och tandtekniker.

"Medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som behövs för att säkerställa att bestämmelser i kollektivavtal, löneskalor, löneavtal eller individuella anställningsavtal som strider mot likalönsprincipen skall eller får förklaras ogiltiga eller får ändras."

Schemat som klassificerar administrativ personal i den lönekategori som den tillhör, vilket stadgas i 37 § DO. A, klassificerar i "högre tjänstekategori", kategori F, löneklass I, "psykologer med rätt att självständigt bedriva yrkesverksamhet (Gesundheitspsychologen und klinische Psychologen)". Övriga psykologer klassificeras i "tjänstekategori på mellannivå", kategori E, löneklass III. I 38 § DO. A, som är tillämplig på vårdpersonal, klassificeras psykoterapeuter i kategori C, löneklass II.

B — *Nationella bestämmelser*

6. Det framgår av beslutet om hänskjutande och av yttranden som avgivits till domstolen att, i Österrike, i enlighet med Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (allmän socialförsäkringslag, nedan kallad ASVG), omfattas bestämmelser avseende arbetsvillkor och pensionssystem för personalen vid socialförsäkringsorgan av flera tjänsteföreskrifter som ingåtts i form av kollektivavtal av de österrikiska socialförsäkringsorganens huvudorganisation.

Dienstordnung B (tjänsteföreskrift B, nedan kallad DO. B) är tillämplig på alla läkare och tandläkare som arbetar i socialförsäkringsorgan (1 § första stycket). Läkare som arbetar i sjukvårdsinrättningar och har rätt att bedriva specialistverksamhet som oberoende yrkesutövare klassificeras i kategori B, löneklass III.

Som en jämförelse kan nämnas att år 1995 låg nettogrundlönen för en läkare i kategori B, löneklass III, i DO. B på mellan 42 194 ÖS och 73 457 ÖS beroende på anställningsår, medan lönen under samma period för en administrativt anställd i kategori F, löneklass I i DO. A, låg på mellan 24 796 ÖS och 51 996 ÖS.

Dessutom uppgår, enligt socialförsäkringsorganet, arbetstiden per vecka för en läkare till 36 timmar medan arbetstiden för övriga anställda är 40 timmar.

Ovan nämnda kollektivavtal innehåller även detaljerade bestämmelser avseende arbetsfördelningen och behandlar bland annat även arbetstagarnas legitimationer, vilka underkastas vissa villkor, särskilt tio anställningsår.

7. Psychotherapiegesetz (lag om psykoterapi) [2] definierar innehållet i psykoterapi [3] och förutsättningarna för att utöva yrket som psykoterapeut. [4]

Ärztegesetz (lag om läkare, nedan kallad ÄrzteG) [5] definierar arten av den verksamhet som utgör läkaryrket [6] och förutsättningarna för att utöva detta yrke. [7]

Psychologengesetz (lag om psykologer) [8] definierar slutligen innehållet i psykolog-

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

3 — Den beskriver psykoterapi som behandling, grundad på kunskap som erhållits genom en allmän och specialiserad, komplett, metodisk och programmerad utbildning, av beteendestörningar och psykopatologiska tillstånd på grund av psykosociala eller psykosomatiska faktorer med hjälp av vetenskapliga psykoterapeutiska metoder inom ramen för ett utbyte mellan en eller flera patienter och en eller flera psykoterapeuter med syfte att minska eller eliminera befintliga symtom eller ändra patologiska beteenden och attityder och favorisera patienternas mognad, utveckling och hälsa (1 §).

4 — För att utöva yrket som psykoterapeut är det inte nödvändigt att ha fullbordat studier men man måste ha genomgått en allmän utbildning (förberedande psykoterapi), bestående av en teoretisk del om minst 765 timmar sammanlagt och en praktisk del om minst 550 timmar. Vidare måste man ha genomgått en utbildning (specialisering i psykoterapi), bestående av en teoretisk del om minst 300 timmar och en praktisk del om minst 1 600 timmar. Utövandet av yrket kräver förutom vissa kvalifikationer (se 10 § andra stycket, punkterna 5— 9), att man är registrerad som psykoterapeut (17 §). Tillstånd att utöva yrket enligt Psychologengesetz (lag om psykologer) gäller inte enbart personer som uppfyller dessa bestämmelser (24 § tredje stycket).

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

6 — Det rör sig mer exakt om alla verksamheter som grundas på medicinsk vetenskaplig kunskap som, direkt eller indirekt, används på människor eller som utförs för deras välbefinnande och särskilt de som syftar till diagnostisering och behandling av mentala besvär och depressioner (1 § andra stycket, punkt 1 jämförd med punkt 3 ÄrzteG). Dessa verksamheter inkluderar även utövandet av psykoterapi.

7 — Utövandet av yrket som specialistläkare kräver, efter läkarstudier, en praktisk utbildning om minst sex år som är mycket reglerad, samt härefter godkänd specialiseringsexamen (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.

yrket [9] och förutsättningarna för att utöva detta. [10]

III — Bakgrund

8. Tvisten mellan parterna vid den nationella domstolen, det vill säga Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (personalkommittén vid Wiens regionala sjukkassa, nedan kallad personalkommittén) och Wiener Gebietskrankenkasse (Wiens regionala sjukkassa, nedan kallad sjukkassan) avser ersättningen till legitimerade psykologer som tjänstgör som psykoterapeuter.

9. Det framgår av sjukkassans, vadesvarande vid den nationella domstolen, yttrande att Wiener Gebietskrankenkasse är en av 28 österrikiska socialförsäkringsorgan, vilket inte är tvistigt. För att fullgöra sitt uppdrag, som består i att genomföra sjukförsäkringen enligt lag för anställda enligt privata anställningsavtal i delstaten, använder sig sjukkassan bland annat av flera vårdcentraler. Många av dessa erbjuder sina medlemmar psykoterapi som utförs av anställda vid sjukkassan. Dessa vårdcentraler används även av andra socialförsäkringsorgan.

10. Sjukkassan har tre olika kategorier av psykoterapeuter anställda: a) läkare som avslutat sin allmänläkar- eller specialistutbildning, vilken uppenbarligen har en vidare inriktning än psykoterapiutbildningen, b) legitimerade psykologer med rätt att självständigt bedriva verksamhet i vårdsektorn (Gesundheitspsychologen und klinische Psychologen) som uppenbarligen också uppfyller villkoren för att utöva psykoterapeutyrket som definierats i lagen om psykoterapi, och c) psykoterapeuter som utan att ha läkar- eller psykologexamen har genomgått utbildning som avses i lagen om psykoterapi. I praktiken ingår sjukkassan olika kollektivavtal med medlemmarna i var och en av de ovan nämnda grupperna utifrån deras "fördjupade utbildning", medan ifrågavarande anställda, som framgår av beslutet om hänskjutande, utövar samma psykoterapeutiska verksamhet.

11. Personalkommittén begärde att Arbeits- und Sozialgericht Wien skulle fastställa att DO. B skulle tillämpas på anställningsförhållanden som ingåtts mellan sjukkassan och de psykoterapeuter som den 1 december 1994 doktorerat i psykologi och att dessa psykoterapeuter skulle klassificeras i yrkeskategori B, löneklass III enligt tjänsteföreskrifterna

9 — Utövandet av psykologyrket inom vårdsektorn innebär analys, tolkning, ändring och förutsägelse — grundad på kunskaper som erhållits vid specialisering enligt den aktuella förbundslagen — av människans levnad och beteende tack vare tillämpning av psykologisk vetenskaplig kunskap och metod.

10 — Diplomerade psykologer måste efter sina studier genomgå en teoretisk specialutbildning om 160 timmar och en praktisk specialutbildning om 1 480 timmar samt en praktik om 120 timmar.

och skulle erhålla motsvarande ersättning, dels eftersom de berörda psykoterapeuterna väsentligen utövar samma verksamhet som läkare som tjänstgör som psykoterapeuter, och som sjukkassan fakturerar till samma pris, dels eftersom det främst är kvinnor som berörs av de sämre lönevillkoren för psykoterapeuter som genomfört psykologistudier, vilka inte är berättigade av något sakligt skäl.

12. Sjukkassan motsatte sig att begäran skulle bifallas och gjorde huvudsakligen gällande att olika klassificering av dessa två kategorier berodde på skillnader i utbildning och kvalifikationer, att psykologer med doktorsgrad som utförde psykoterapi — och som inte var läkare — i varje fall erhöll en högre ersättning än de med universitetsutbildning som inte utövar chefsuppgifter och att deras klassificering i den kategori som personalkommittén begär att de skall tillhöra skulle innebära att de likställdes med specialistläkare. Sjukkassan anförde vidare att de berörda psykologerna inte utgör en minoritet jämfört med läkare som utför psykoterapi och att de inte utövar ett typiskt kvinnligt yrke. Det förhållandet att kvinnorna är i majoritet bland de psykologer som är verksamma inom psykoterapin är enbart en slump, och det fanns fler kvinnor än män bland de anställda läkare som tjänstgjorde vid sjukkassans vårdcentraler.

13. Arbeits- und Sozialgericht avslog personalkommitténs begäran med motiveringen att Gleichbehandlungsgesetz 1979 (lag om likabehandling) inte reglerade de skillnader som kan uppstå inom yrkesgrupper, utan endast likabehandling mellan könen i yrkeslivet. Underrätten fann bland annat att sjukkassan inte gjorde åtskillnad grundad på kön vid anställning av läkare och psykologer, att den olika fördelningen mellan män och kvinnor bland psykologer enbart var en slump och att varken principen om likabehandling eller artikel 119 i fördraget och därpå baserade direktiv hade åsidosatts. Slutligen fann underrätten att särbehandlingen som läkarna åtnjöt i förhållande till legitimerade psykologer berodde på de förstas behörighet, med hänsyn till att läkare som anställts som specialistläkare i nödfall är skyldiga att bedriva annan medicinsk verksamhet, vilket psykologer varken har möjlighet eller skyldighet att göra.

14. Personalkommittén överklagade underrättens beslut till Oberlandesgericht Wien, som konstaterade att parterna var överens om följande sakomständigheter:

— Sjukkassan har totalt 248 läkare anställda, varav 135 kvinnor.

— Av de psykoterapeuter som är verksamma vid vårdcentralen Ambulatorium Mariahilf är sex psykologer, varav fem kvinnor, och sex läkare, varav en kvinna.

— Av totalt 34 psykoterapeuter i socialförsäkringsorganen är 24 legitimerade psykologer och 10 läkare. Av de 24 legitimerade psykologer som arbetar som psykoterapeuter är 18 kvinnor, medan det bland de läkare som arbetar som psykoterapeuter endast finns 2 kvinnor.

— I Österrike finns 1 425 män och 2 338 kvinnor som i yrkesförteckningen är registrerade som psykologer med psykoterapeututbildning. [11]

11 — Enligt de uppgifter som sjukkassan åberopar i sin skriftliga inlaga har de 28 socialförsäkringsorgan som finns i Österrike och socialförsäkringsorganens huvudorganisation 29 633 anställda, varav 18 634 (62,88 procent) kvinnor. Socialförsäkringsorganen har totalt 1 932 läkare. 536 läkare arbetar på vårdcentraler; 260 av dem (48,51 procent) är kvinnor. Totalt har socialförsäkringsorganen 50 psykologer. 14 psykologer arbetar på vårdcentraler, och 13 av dem (92,86 procent) är kvinnor. Slutligen anförde sjukkassan vid den muntliga förhandlingen — och dess uppgifter har inte bestridits av de andra parterna — att 50 eller 51 procent av läkarna som arbetar för socialförsäkringsorganen är kvinnor.

IV — Tolkningsfrågorna

15. Oberlandesgericht anser mot bakgrund av dessa omständigheter att det är nödvändigt att tolka vissa gemenskapsbestämmelser och har därför förklarat målet vilande för att ställa följande frågor till domstolen:

"1) Är det fråga om 'lika arbete' i den mening som avses i artikel 119 i EG-fördraget eller i direktiv 75/117/EEG även då lika verksamhet bedrivs under en avsevärd tid (flera avlöningsperioder) av arbetstagare med olika yrkeskompetens?

2) Är det för bedömningen av om det föreligger en diskriminering i den mening som avses i artikel 119 i EG-fördraget respektive i direktiv 75/117/EEG även avgörande om

a) lönen bestäms enbart av parterna i anställningsavtalet, och dessa får välja att i avtalet införa bestämmelser som följer av kollektivavtal,

b) det i allmänna bestämmelser (kollektivavtal) har uppställts tvingande minimilöner för samtliga arbetstagare inom en sektor, eller

c) löner uteslutande skall bestämmas genom tvingande och slutgiltiga bestämmelser i kollektivavtal?

3) Skall underlaget vid bestämmandet av referensgrupper i syfte att fastställa om en åtgärd eventuellt har diskriminerande verkan, då det i ett kollektivavtal som innehåller en slutgiltig lönereglering görs skillnad i lönehänseende mellan lika eller likvärdigt arbete beroende på yrkeskompetens, vara

a) de arbetstagare som rent konkret är verksamma i arbetsgivarens företag,

b) de arbetstagare som är verksamma inom tillämpningsområdet för kollektivavtalet, eller

c) samtliga arbetstagare som är behöriga att utöva yrket?

4) Skall i ett sådant fall (som i fråga 2 och 3) underlaget vara andelen kvinnor och män enbart i den förfördelade gruppen eller antalet i båda grupperna?

5) Skall underlaget då den verksamhet som konkret beaktas, och som är densamma för båda yrkeskategorierna, endast utgör en del av den verksamhet som yrkeskategorin utövar, vara

a) alla de som är verksamma inom de relevanta referensramarna (företag, kollektivavtal — se fråga 3) och som har denna yrkeskompetens (alla specialistläkare och alla psykologer),

b) alla som rent konkret kan utöva denna typ av verksamhet (specialistläkare inom psykiatrin ...), eller

c) enbart de som utövar verksamhet som konkret överensstämmer med denna?

6) Är en skillnad i utbildning ett kriterium som berättigar till att förfördela någon i lönehänseende, då arbetstagarna används för samma arbete? Kan den omständigheten att en yrkeskompetens är mer omfattande, utan avseende på den konkreta tillämpningen i företaget, användas som ett sakligt kriterium för en skillnad i lönehänseende?

Är det således avgörande om

a) den bättre avlönade kategorin av arbetstagare även kan användas för att utföra andra arbetsuppgifter i företaget, eller

b) fordras i så fall ett konkret bevis på att så har skett?

Skall det därvid beaktas att det i tillämpliga bestämmelser och kollektivavtal också föreskrivits ett skydd mot uppsägning?

7) Följer det av artikel 222 i EG-fördraget eller av en analog tillämpning av artikel 174 i EG-fördraget att en rätt till lön enligt ett annat kollektivavtal (mellan samma kollektivavtalsparter), som skulle kunna grundas på artikel 119 i EG-fördraget eller direktiv 75/117/EEG, först uppkommer efter det att EG-domstolen har konstaterat att en sådan rätt föreligger?"

V — Svar på tolkningsfrågorna

A — *Inledande anmärkningar*

16. Det framgår av beslutet om hänskjutande och av parternas yttranden att sjukkassan är en statlig juridisk person. Det förhållandet att det inte framgår om anställningsförhållandet för läkare och psykologer som tjänstgör som psykoterapeuter är reglerat av civilrätt eller offentlig rätt hindrar inte tillämpningen av principen om lika lön mellan manliga och kvinnliga arbetstagare som stadgas i artikel 119 i fördraget. [12]

12 — Domstolen har fastslagit att denna princip är tillämplig även på myndigheter. Se dom av den 2 oktober 1997 i mål C-1/95, Gerster (REG 1997, s. I-5253), punkterna 18 och 19.

17. Det är inte heller tvistigt att det verkligen förekommer en löneskillnad mellan läkare och psykologer som är anställda som psykoterapeuter av sjukkassan och att denna skillnad inte endast är skenbar. Om den iakttagna skillnaden endast hade varit skenbar skulle bedömningen av det aktuella målet ha avslutats här, och man skulle varken ha undersökt de statistiska uppgifterna om de berörda kategorierna eller frågan huruvida denna löneskillnad är sakligt berättigad. [13]

18. Dessutom är det i det aktuella fallet uppenbart att om det är fråga om ett fall av diskriminering på grund av kön i lönehänseende kan denna diskriminering bara vara indirekt i den mån som författningarna som reglerar de två kategorierna anställdas ställning, det vill säga läkare och psykologer, inte hänvisar till kön som ett kriterium för skillnad i lönehänseende. [14] Härav följer att om man presumerar att det föreligger ett problem som har samband med tillämpningen av likhetsprincipen som stadgas i artikel 119 i fördraget skall den nationella domstolen tillämpa de principer som utvecklats i domstolens rättspraxis när det gäller att konstatera förekomsten av en indirekt diskriminering på grund av kön i lönehänseende. [15]

19. Slutligen verkar några faktiska omständigheter i det aktuella målet kräva ytterligare klargöranden. För att bedöma de två aktuella kategorierna av anställdas ställning är det nödvändigt att undersöka det exakta innehållet i anställningsförhållandet för vardera kategorin, enligt vilka kriterier valet av läkare som tjänstgör som psykoterapeuter görs, om detta val har samband med deras eventuella specialisering och om de när de valts ut endast arbetar som psykoterapeuter eller om de även utför andra uppgifter. Det är även på sin plats att fråga sig och precisera, vilket även den nationella domstolen i första instans har anmärkt, av vilket skäl ett organ som representerar alla anställdas intressen (personalkommittén) ifrågasätter ett avtal som ingåtts av andra organ som representerar parternas i tvisten intressen.

Det är emellertid lämpligt att framhålla att det framför allt ankommer på den nationella domstolen att företa nödvändig utredning, eftersom den har bättre kännedom om den berörda medlemsstatens egna interna situation. Dessutom har tolkningsfrågorna som underställts domstolen allmän karaktär, och det är möjligt att besvara dem utan att besvara de frågor angående omständigheterna som redovisats ovan, som ankommer på den nationella domstolen. [16]

13 — Se dom av den 15 december 1994 i de förenade målen C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 och C-78/93, Helmig m. fl. (REG 1994, s. I-5727), punkterna 23, 30 och 32.

14 — Vad gäller begreppet indirekt diskriminering, se domen i målet Gerster (ovan fotnot 12), punkt 30, samt definitionen i artikel 2.2 i rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering (EGT L 14, 1998, s. 6).

15 — Om dessa principer, se förslag till avgörande som jag förelade den 14 juli 1997 i mål C-167/97, Seymour-Smith och Perez, punkt 117 och följande punkter.

16 — Se dom av den 27 oktober 1993 i mål C-127/92, Enderby (REG 1993, s. I-5535; svensk specialutgåva, volym 14), punkt 10.

B — *Den första frågan*

20. Genom den första frågan önskar Oberlandesgericht Wien få klarhet i om det faktum att det rör sig om samma verksamhet ensamt är tillräckligt för att det skall anses vara "lika arbete" enligt artikel 119 första stycket i fördraget eller enligt artikel 119 tredje stycket b i fördraget, även i fall där denna verksamhet utövas på grundval av olika yrkeskompetens beroende på olika yrkesutbildning och när en av de berörda kategorierna av anställda på grund av sin yrkeskompetens är behörig att bedriva andra verksamheter inom ett vidare område.

21. Det är på sin plats att påpeka att, fastän man inledningsvis underskattat betydelsen av begreppet, [17] förekomsten av "lika arbete" enligt artikel 119 första stycket i fördraget är av grundläggande betydelse för tillämpningen av principen om lika lön för manliga och kvinnliga arbetstagare. [18] Det förekommer en diskriminering, i strid med likhetsprincipen, på grundval av principen om proportionell likhet, när olika bestämmelser tillämpas på jämförbara situationer eller när samma regel tillämpas på olika situationer. [19] Principen om lika lön är ett särskilt uttryck för principen om icke-diskriminering och förutsätter att manliga och kvinnliga arbetstagare som omfattas av denna princip befinner sig i en identisk [20] eller åtminstone likartad [21] situation. Utövandet av "lika arbete" är ett grundläggande villkor inte bara för att kunna anse två representativa kategorier av arbetstagare som jämförbara och deras respektive situation som likartad, [22] utan även för att det skall kunna föreligga en diskriminering baserad på kön mellan dessa kategorier. [23] Det är av detta skäl som varje person som åberopar en sådan diskriminering, i enlighet med principen att det är käranden som har bevisbördan (*actori incumbit probatio*), skall visa att "lika arbete" utförs, vilket utgör ett väsentligt bevisfaktum. [24]

22. Till det semantiska innehållet i begreppet "lika arbete" enligt artikel 119 första stycket i fördraget är det lämpligt att tillägga idén om "arbete som tillerkänns lika värde" enligt

17 — Enligt generaladvokat Trabucchi (se hans förslag till avgörande inför dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne, REG 1976, s. 455, särskilt s. 487; svensk specialutgåva, volym 3): "Vad gäller definitionen av begreppet 'lika arbete', vilket delvis redan nämnts i tredje stycket i artikel 119 (som med uttrycket 'lika arbete' avser både ackordsarbete och tidsavlönat arbete), skall man inte överdriva betydelsen av detta begrepp vid tillämpningen av ifrågavarande artikel. Det har med rätta påpekats att artikel 119 inte avsåg att definiera när män och kvinnor utför lika arbete utan endast att undvika att man tar hänsyn till arbetstagarens kön när det gäller löncsättning. Om det är lika arbete eller inte är en fråga om faktiska omständigheter som måste konstateras i varje konkret fall vad gäller de uppgifter som tilldelats den ena och den andra personen och kan inte vara föremål för ett fastställande *a priori*, på samma sätt som man inte *a priori* fastställer att arbete som utförs av två personer som erhåller samma lön är identiskt" (Levi Sandri, i *Commentario CEE*, volym II, s. 956).

18 — Se förslag till avgörande av generaladvokat Lenz inför domen i målet Enderby (ovan fotnot 16), punkt 5.

19 — Se dom av den 14 februari 1995 i mål C-279/93, Schumacker (REG 1995, s. I-225), punkt 30, av den 13 februari 1996 i mål C-342/93, Gillespie m. fl. (REG 1996, s. I-475), punkt 16 och av den 2 oktober 1997 i mål C-100/95, Kording (REG 1997, s. I-5289), punkt 14.

20 — Se dom av den 9 november 1993 i mål C-132/92, Roberts (REG 1993, s. I-5579), punkt 17. Den skriftliga formuleringen av denna dom för tankarna till att det måste röra sig om ett strikt identiskt arbete. Denna formulering är emellertid inte förenlig med det allmänna syftet bakom domstolens rättspraxis. Se härom punkterna 22 och 23 i detta förslag till avgörande.

21 — Se dom av den 31 maj 1995 i mål C-400/93, Royal Copenhagen (REG 1995, s. I-1275), punkt 33.

22 — Se förslag till avgörande av generaladvokat Lenz inför dom av den 17 oktober 1989 i mål 109/88, Danfoss (REG 1989, s. 3199; svensk specialutgåva, volym 10), punkt 40 och domen i målet Royal Copenhagen (ovan fotnot 21), punkterna 32 och 33.

23 — Se domen i målet Royal Copenhagen (ovan fotnot 21), punkt 40.

24 — Se domen i målet Enderby (ovan fotnot 16), punkterna 13— 19 och förslag till avgörande av generaladvokaten Lenz inför den domen, punkterna 15— 39 samt den sistnämndes förslag till avgörande inför domen i målet Roberts (ovan fotnot 20), punkt 12 och följande punkter.

artikel 1 i direktiv 75/117. [25] Uttrycket "arbete som tillerkänns lika värde" är vidare än "likartat arbete" eller "lika arbete" så till vida att det inte krävs att det rör sig om ett identiskt eller likartat arbete. Man kan anse ett annat arbete som jämförbart om man konstaterar att det har samma värde, som till exempel ett arbete som inte är blandat, det vill säga inte kan utföras av båda könen.

23. Det är emellertid på sin plats att påpeka att domstolen fann att "artikel 1 i rådets direktiv 75/117/EEG, som i huvudsak syftar till att underlätta den praktiska tillämpningen av principen om lika lön som anges i artikel 119 i fördraget, inte på något sätt ändrar denna princips innehåll eller räckvidd såsom den fastställts i fördraget". [26] Med andra ord bedömde domstolen att idén om "likvärdigt arbete" i den mening som jag redogjort för ovan, var och är del av termen "lika arbete" i artikel 119 i fördraget. Den inriktning som antagits av direktiv 75/117 vad gäller tolkningen av denna artikel i fördraget har endast bekräftat nödvändigheten av att göra en vid tolkning av begreppet "lika arbete". [27]

24. Även om begreppet "likvärdigt arbete" i princip är vidare än begreppet "lika arbete" och även om den grundläggande semantiska skillnaden som de innehåller uppmärksammas i fall av arbete med olika mål men med lika värde, är det emellertid på sin plats att erkänna att även den motsatta situationen kan inträffa. Det är logiskt möjligt att det finns likartat arbete med olika värde. Detta skulle kunna vara fallet om man anser att begreppet "lika arbete" innefattar utövandet av "samma verksamhet". Det är möjligt att två arbetstagare utövar samma verksamhet men att det utförda arbetet har olika värde, antingen eftersom det utförs under olika villkor eller för att de berörda arbetstagarna har olika erfarenhet eller förutsättningar. [28] Jag skulle härvid vilja understryka att begreppet ett arbetes värde inte endast kan innefatta arbetets finansiella värde utan även dess kvalitativa värde. Även om det finansiella och kvalitativa värdet oftast sammanfaller, är det i vissa fall möjligt att det fastställda priset för arbete med olika kvalitativa nivåer är identiskt på grund av lämplighetsskäl, till exempel socialpolitiska hänsyn.

25. När föreligger "lika arbete" eller "likvärdigt arbete" i enlighet med artikel 119 första stycket i fördraget?

25 — Direktiv 75/117 har fyllt en lucka som fanns i artikel 119 jämförd med artikel 2.1 i Internationella arbetsorganisationens konvention nr 100 (1951) och artikel 4 punkt 3 i Europeiska sociala stadgan (Turin den 18 oktober 1961) som uttryckte principen om likabehandling av likvärdigt arbete.

26 — Se dom av den 31 mars 1981 i mål 96/80, Jenkins mot Kingsgate (REG 1981, s. 911; svensk specialutgåva, volym 6, s. 53), punkt 22 och dom av den 3 december 1987 i mål 192/85, Newstead (REG 1987, s. 4753), punkt 20.

27 — Se förslag till avgörande av generaladvokat Capotorti inför dom av den 27 mars 1980 i mål 129/79, Macarthys mot Smith (REG 1980, s. 1275; svensk specialutgåva, volym 5, s. 173), enligt vilket uttrycket "lika arbete" som används i artikel 119 skall omfatta det fall då ett arbete är i hög grad likartat, även om det inte är identiskt (punkt 4, särskilt s. 1296). I varje fall hänvisar artikel 119 i fördraget sedan Amsterdamfördraget (artikel 1.22) uttryckligen till de två begreppen: "1. Varje medlemsstat skall säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas."

28 — Skillnaden i förutsättningar skulle kunna vara så viktig att den leder till slutsatsen att det rör sig om en helt skild befattning eller ett helt annat arbete. Se nedan punkt 33 i detta förslag till avgörande.

26. Tredje stycket i samma artikel 119 försöker definiera begreppet "lika arbete" som används i första stycket genom att skilja mellan arbete med ackordslön (under a) och arbete med tidlön (under b). [29] I första fallet återger fördraget termen "lika arbete" såsom den förekommer i artikel 119 första stycket. I det fallet är emellertid bruket av termen påverkad av ackordsarbetets art, där arbetstagaren helt eller delvis är avlönad efter sin produktivitet. [30] Som framgår av artikel 119 första stycket b är kriteriet som används för att jämföra tidsavlönat arbete tvärtom befattningen* och inte den individuella arbetsprestationen [*I den svenska versionen av artikel 119 används termen "lika arbete" i båda fallen. Övers. anm.].

Begreppet "samma befattning" är en specifikation av begreppet "lika arbete" som används i artikel 119 första stycket i fördraget inom ramen för tidsavlönat arbete och skulle kunna definieras i varje konkret fall på grundval av en saklig och exakt klassificering av anställningarna antingen i en avdelning eller ett företag eller i en verksamhetsbransch. I detta fall inspireras begreppet "lika arbete" av sakliga kriterier som möjliggör en strukturell värdering av befattningarna och kan inte grundas på motsvarande finansiella värde av individuella resultat av berörda arbeten. Merparten av dessa kriterier framgår av klassificeringen av befattningarna i stadsförvaltningen och avser särskilt förutsättningarna för utövandet av de berörda befattningarna, verksamhetssektorn de tillhör, [31] tillämpliga bestämmelser, [32] den hierarkiska nivå de tillhör, deras varaktighet, förutsättningar och inhämtad kunskap, arbetstagarnas kompetens generellt sett, deras anställningsår etcetera. [33]

Den systematiska tolkningen av artikel 119 i fördraget skulle således kräva att man godtar följande koncept. Termen "lika arbete" som används i artikel 119 första stycket hänvisar till varje typ av arbete och avser arten av och föremålet för de befattningar eller funktioner man jämför. Samma term, såsom den används i tredje stycket a i samma artikel, avser utförandet av ett ackordsarbete och har särskilt samband med jämförelse av det individuella resultatet av arbetet. Termen "samma befattning" som avses i tredje stycket b i samma artikel avser däremot tidsavlönat arbete och hänvisar till det utförda arbetets exakta beståndsdelar, det vill säga de villkor under vilka arbetet utförs. Av ovan nämnda överväganden framgår att det kan finnas "lika arbete" i den meningen att det är samma verksamhet utan att det rör sig om samma befattning, eftersom denna verksamhet inte utövas under

29 — Konsekvenserna av denna åtskillnad som domstolen ännu inte har analyserat djupare måste bedömas mot bakgrund av det faktum att det även finns blandade system. Se även domen i målet Royal Copenhagen (ovan fotnot 21), som behandlar denna åtskillnad.

30 — Lönen kan innehålla en fast ersättning men den väsentliga delen varierar i den mån arbetstagaren är avlönad i förhållande till antal producerade föremål. Arbetstagarens lön beror åtminstone delvis av resultatet av hans arbete, som mäts på ett helt individuellt sätt (se förslag till avgörande av generaladvokat Léger i det i fotnot 21 nämnda målet Royal Copenhagen, punkt 60). I fall av ackordsarbete måste jämförelsen av utförda arbeten bestå i att jämföra varje arbetstagares individuella produktivitet.

31 — Se nedan punkt 55 i detta förslag till avgörande avseende verksamhetsbranschens betydelse för att avgöra om det föreligger lika arbete eller likvärdigt arbete.

32 — Se nedan punkt 54 och följande punkter i detta förslag till avgörande avseende den andra tolkningsfrågan som rör problemet med betydelsen av kollektivavtalets bestämmelser vad gäller att bedöma om lika arbete eller likvärdigt arbete föreligger.

33 — Vad gäller jämförelsen av chefsposter, se förslag till avgörande av generaladvokat Lenz inför domen i målet Enderby (ovan fotnot 16), punkt 10.

samma villkor eller utförs av arbetstagare som har olika förutsättningar.

27. I detta avseende leder en samlad tolkning av artikel 119 i fördraget och direktiv 75/117 till följande ställningstagande: i överensstämmelse med uttrycken "lika arbete" och "samma befattning" måste antas att det förutom begreppet "likvärdigt arbete" även finns begreppet "likvärdig befattning". Detta innebär att det kan finnas två olika befattningar som emellertid har lika värde. I överensstämmelse med den anmärkning jag gjort ovan, [34] är det på sin plats att erkänna att det kan vara lika arbete i den meningen att samma verksamhet utövas av arbetstagare som innehar befattningar med olika värde. I det fallet har lika arbete, åtminstone om man gör en kvalitativ bedömning av arbetet, inte lika värde. [35]

28. Vad gäller kriterierna för att bedöma förekomsten av "lika arbete" eller "likvärdigt arbete — eller, *a fortiori*, med högre värde —", [36] är tillgänglig rättspraxis i allmänhet begränsad. Det beror huvudsakligen på att domstolen i de flesta fall där den haft att uttala sig om tolkningen av artikel 119 i fördraget har utgått från antagandet — vilket utgjorde en utgångspunkt även för den nationella domstolen — att de berörda arbetstagarna utförde lika arbete eller likvärdigt arbete. Man finner ett karakteristiskt exempel på detta fenomen i domen i målet Enderby, [37] där domstolen, i motsats till vad personalkommittén som överklagat vid den nationella domstolen anfört, inte tog ställning till frågan om det arbete som utfördes av logopeder och apotekare var likvärdigt. [38]

29. I målet Macarthys, [39] som är ett av de sällsynta mål där domstolen tagit direkt ställning till kriterierna för att bedöma förekomsten av "lika arbete" eller "likvärdigt arbete", framgår att begreppet "lika arbete" är ett begrepp av enbart kvalitativ karaktär vars innehåll uteslutande avser arten av det utförda arbetet. Detta innebär att kriteriet för att bedöma förekomsten av "lika arbete" eller "likvärdigt arbete" uteslutande är den verksamhet som utövas av arbetstagarna. Som den tyska regeringen erinrat om i förevarande mål förekommer "lika arbete" när ett identiskt

34 — Se ovan punkt 24 i detta förslag till avgörande.

35 — Se ovan punkt 24 i detta förslag till avgörande.

36 — Se dom av den 4 februari 1988 i mål 157/86, Murphy m. fl. (REG 1988, s. 673; svensk specialutgåva, volym 9). Domstolen fastslog att artikel 119 skall tolkas på så sätt att den även avser det fallet att arbetstagaren som åberopar denna bestämmelse för att erhålla lika lön i den mening som avses i bestämmelsen utför ett arbete med högre värde än det arbete som den person som används som jämförelse utför (punkt 12). Motsatt tolkning skulle innebära att principen om lika lön skulle fråntas sin ändamålsenliga verkan och bli innehållslös (punkt 10).

37 — Se ovan fotnot 16.

38 — Se domen i målet Enderby (ovan fotnot 16). Eftersom den nationella domstolen hade ställt tolkningsfrågor om EG-rätten som inte uppenbarligen saknade samband med verkligheten eller föremålet för tvisten vid den nationella domstolen, grundade sig domstolen på den hypotes som den nationella domstolen antagit, enligt vilken det rörde sig om likvärdigt arbete. Domstolen fann att det ankom på den nationella domstolen att undersöka giltigheten av detta antagande (punkterna 10— 12). Se även domen i målet Danfoss (ovan fotnot 22). I domen i målet Royal Copenhagen (ovan fotnot 21) grundade sig domstolen på denna punkt på antagandet som gjorts av den nationella domstolen enligt vilken det förelåg likvärdigt arbete även om det kunde finnas tvivel vad gällde giltigheten av detta antagande, vilket generaladvokat Léger påpekade i sitt förslag till avgörande (punkterna 14— 17).

39 — Ovan fotnot 27.

eller likvärdigt arbete utförs i olika befattningar. [40]

30. Domstolen verkar inte i sin senare rättspraxis påtagligt ha ändrat sitt ställningstagande från domen i målet Macarthys. Det materiella kriteriet avseende syftet med och arten av den utövade verksamheten verkar vara tillräckligt för att kunna bedöma om två kategorier av arbetstagare utför lika arbete eller likvärdigt arbete. [41] Dessutom har de särskiljande begrepp som infördes genom artikel 119 i fördraget hittills ännu inte klargjorts av domstolens rättspraxis, som väsentligen begränsats till att analysera termen "lika arbete", [42] i enlighet med första stycket i artikel 119 och inte verkar ha insisterat på den systematiska analysen av den semantiska skillnad som finns mellan uttrycken "lika arbete" och "samma befattning". [43] De organisato-

40 — Se domen i målet Macarthys (ovan fotnot 27), punkt 11. Domstolen fastslog vid bedömningen av frågan om tidsintervall mellan två arbetsprestationer, att det faktum att de jämförda arbetsprestationerna hade utförts vid olika tidpunkter i princip saknar betydelse inom ramen för diskriminering som avser den direkta tillämpningen av artikel 119 i fördraget (punkt 12). Jag kan emellertid inte utesluta att en löneskillnad mellan arbetstagare som innehar samma befattning men vid olika tidpunkter kan förklaras genom påverkan av faktorer som inte har något samband med könsdiskriminering, till exempel när de ekonomiska villkoren har ändrats eller en snävare lönepolitik har antagits under tiden. Det rör sig i detta fall om en fråga som det åligger den nationella domstolen att ta ställning till.
Vid bedömning av frågan om det geografiska avståndet mellan de jämförda arbetena fastslog domstolen i samma dom att man inte kan jämföra en manlig arbetstagares arbete med en kvinnlig arbetstagares arbete inom en mycket allmän ram genom att ta hänsyn till hela verksamhetsbranschen, utan denna jämförelse måste utföras inom den begränsade ramen av samma företag med den arbetsgivare som begäran avser. På samma sätt måste denna jämförelse utföras på grundval av de aktuella arbetenas specifika karaktär som följer av de arbetsprestationer som verkligen har utförts (se domen i det i fotnot 27 nämnda målet Macarthys, punkterna 10, 14, 15 och 16).
Vad gäller frågan om det geografiska avståndet mellan de jämförda arbetena har domen i målet Macarthys (liksom dom av den 11 mars 1981 i mål 69/80, Worringham och Humphreys, REG 1981, s. 767; svensk specialutgåva, volym 6, s. 41; se även förslag till avgörande av generaladvokat Warner, som intog motsatt ståndpunkt) inte längre särskild betydelse, eftersom den har inspirerats av den rättspraxis som domen i målet Defrenne (ovan fotnot 17) har inlett vad gäller direkt effekt av artikel 119. Enligt denna rättspraxis har artikel 119 endast direkt effekt i fall av "direkt och öppen diskriminering" som kan konstateras med hjälp av enbart kriterierna lika arbete och lika lön som framgår av denna artikel utan att det är nödvändigt att det finns gemenskapsrättsliga eller nationella bestämmelser som mer utförligt definierar dessa kriterier. Domstolen har i enlighet med denna rättspraxis, som begränsar den direkta effekten av artikel 119 till direkt diskriminering, inte undersökt förekomsten av en eventuell diskriminering på grundval av en jämförelse av arbetsprestationer utsträckt till hela branscher av industrin, eftersom domstolen bedömt att det rörde sig om indirekt diskriminering. Av detta skäl har domstolen också bedömt att det inte är möjligt att jämföra med en "hypotetisk manlig arbetstagare" (domen i det i fotnot 27 nämnda målet Macarthys, punkterna 14 och 15). Domstolens tveksamhet att utvidga den direkta effekten av artikel 119 till indirekt diskriminering tillhör emellertid en avslutad epok. Domstolen överlåter numera åt den nationella domstolen att konstatera om indirekt diskriminering föreligger. På grundval av artikel 1.2 i direktiv 75/117 är det inte heller uteslutet att man skulle utvidga gränserna inom vilka jämförelsen av arbetsprestationer skall utföras om man konstaterar att en ojämlik behandling tillämpas i en verksamhetsbransch enligt ett kollektivavtal eller en lag. Se upplysningsvis förslag till avgörande av generaladvokat VerLoren van Themaat inför dom av den 30 januari 1985 i mål 143/83, kommissionen mot Danmark (REG 1985, s. 427; svensk specialutgåva, volym 8, s. 31, domen i målet Jenkins (ovan fotnot 26), dom av den 7 februari 1991 i mål C-184/89, Nimz (REG 1991, s. I-297), samt dom av den 13 juli 1989 i mål C-171/88, Rinner-Kühn (REG 1989, s. 2743) och av den 27 juli 1990 i mål C-33/89, Kowalska (REG 1990, s. I-2591).

41 — Se dom av den 1 juli 1986 i mål 237/85, Rummler (REG 1986, s. 2101). Denna dom hänvisar främst till sakliga kriterier som gör det möjligt att bedöma förekomsten av en lönediskriminering. Principen om lika lön som domen behandlar kräver främst att man objektivt överväger arten av det arbete som skall utföras. Det arbete som verkligen utförts skall avlönas enligt sin beskaffenhet (punkt 23). I domen i målet Murphy m. fl. (ovan fotnot 36) grundas det högre värde som åsätts det arbete som utförs av en av de två jämförda kategorierna av arbetstagare också på detta arbetes art och föremål.

42 — Se domen i målet Macarthys (ovan fotnot 27), punkt 9.

43 — I sitt förslag till avgörande inför domen i målet Jenkins (ovan fotnot 26) underströk generaladvokaten Warner att uttrycken "lika arbete" och "samma befattning" inte var synonyma och bedömde följaktligen att heltidsarbetande och deltidsarbetande arbetstagare inte hade samma befattning även om de utförde lika arbete. Denna anmärkning hade samband med den inledande frågan huruvida villkoret att lika arbete utförs var uppfyllt, vilket är en fråga som logiskt föregår varje annan fråga, eftersom om arbete utfört av de två kategorierna av arbetstagare inte kan anses utgöra lika arbete eller likvärdigt arbete skulle det inte finnas anledning att tillämpa artikel 119. Domstolen ansåg underförstått att det faktum att en kategori av arbetstagare arbetar heltid och en annan deltid inte hindrade att detta villkor var uppfyllt. Det räckte att "samma verksamhet" förelåg, och domstolen bekymrade sig inte om att utröna om det rörde sig om "samma befattning" eller inte (punkterna 10—15).
I det enda mål där en klar åtskillnad mellan ackordsarbete och tidsavlönat arbete gjordes och där denna åtskillnad ansågs avgörande för att bedöma de konsekvenser som följer av en jämförelse av medellön för de två kategorierna av arbetstagare (se domen i det i fotnot 21 nämnda målet Royal Copenhagen, punkt 25), gjorde domstolen inte en systematisk och analytisk tolkning av de villkor som stadgas i artikel 119 i fördraget fastän den hade möjlighet att göra det. För att definiera kriterierna för att jämföra arbeten som utfördes av de två kategorierna av arbetstagare grundade sig domstolen inte på den skillnad i utformning som finns mellan uttrycken "lika arbete" och "samma befattning". Domstolen åberopade också samtidigt kriteriet i sak avseende arbetets natur och det formella kriteriet avseende förutsättningarna för att utöva detta samt kriteriet avseende den utbildning som arbetstagarna erhållit. Det framgår av domens utformning att domstolen anser det sistnämnda kriteriet vara skilt från de två andra (punkterna 32, 33 och 42).

riska och formella delarna av arbetet som har samband med arbetstagarens fysiska och intellektuella förutsättningar och även anställningsvillkor undersöks närmare bestämt endast som sakliga kriterier som berättigar ett eventuellt utgivande av olika ersättningar för lika arbete. [44]

31. Enligt min mening förklaras denna rättspraxis inte endast av det faktum att domstolen inom ramen för förhandsavgöranden ofta är bunden av den nationella domstolens antagande avseende förekomsten av lika arbete eller likvärdigt arbete. Det grundläggande skälet som förklarar denna rättspraxis ligger i det faktum att det i stor utsträckning är på avgränsningen av innehållet i begreppet "lika arbete" och kriterierna för att bedöma om det föreligger "lika arbete" som domstolen grundar tillämpningen av rättspraxis avseende fördelningen av bevisbördan inom ramen för tillämpningen av principen om lika lön för manliga och kvinnliga arbetstagare.

Domstolen har funnit att det i princip är den som gör gällande förekomsten av en diskriminering på grund av kön i lönehänseende som har bevisbördan, det vill säga den arbetstagare som anser sig vara utsatt för en sådan diskriminering. Som framgår av domstolens rättspraxis, [45] kan emellertid bevisbördan övergå till arbetsgivaren när det framstår som nödvändigt för att arbetstagaren som är utsatt för en klar diskriminering på grund av kön inte skall fråntas möjligheten att tillämpa likalönsprincipen. [46] I fall av klar diskriminering, det vill säga i praktiken när en åtgärd drabbar många fler personer av ena könet, är det på arbetsgivaren (eller på medlemsstaten eller generellt på den som vidtagit åtgärden) som det ankommer att bevisa förekomsten av sakliga skäl som gör den konstaterade löneskillnaden befogad. [47]

När de sakliga faktorer som arbetsgivaren (eller generellt den som har att sakligt berättiga den gjorda skillnaden) skall åberopa inte kan bero på kön, som framgår av rättspraxis, är de antingen föranledda av avdelningen eller

44 — Vad gäller kriteriet avseende arbetstiden (heltid eller deltid), se upplysningsvis domen i målet Jenkins (ovan fotnot 26). Vad gäller kriteriet avseende yrkesutbildning som är av intresse i detta mål, se domen i målet Danfoss (ovan fotnot 22), punkt 23.

45 — Se domen i målet Enderby (ovan fotnot 16), punkterna 13—19.

46 — Se även artikel 4.1 i direktiv 97/80 (ovan fotnot 14).

47 — Domstolen har således fastställt att när det i en åtgärd görs skillnad mellan arbetstagare på grundval av arbetstid och detta drabbar ett betydande större antal personer som tillhör det ena eller andra könet skall denna åtgärd anses strida mot målen i artikel 119 i fördraget om inte arbetsgivaren visar att åtgärden förklaras av objektivt grundade faktorer som helt saknar samband med könsdiskriminering (se dom av den 13 maj 1986 i mål 170/84, Bilka, REG 1986, s. 1607, punkt 31, svensk specialutgåva, volym 8, s. 583, domarna i de i fotnot 40 nämnda målen Kowalska, punkt 16, och Nimz, punkt 15). Domstolen har bland annat bedömt att när ett företag tillämpar ett lönesystem som utmärks av en total avsaknad av öppenhet har arbetsgivaren bevisbördan för att visa att hans lönesättning inte är diskriminerande när en kvinnlig arbetstagare visat att kvinnliga arbetstagares medellön understiger manliga arbetstagares medellön hos ett relativt högt antal anställda (se domen i det i fotnot 22 nämnda målet Danfoss, punkt 16). Domstolen stadgade även att då signifikant statistik ger vid handen att det föreligger en påtaglig skillnad i lön mellan två likvärdiga befattningar, av vilka den ena nästan uteslutande innehas av kvinnor och den andra huvudsakligen av män, åligger det enligt artikel 119 i fördraget arbetsgivaren (eller mer generellt den som det åligger att förklara skillnaden) att bevisa att denna skillnad är berättigad av objektiva faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra (se domen i det i fotnot 16 nämnda målet Enderby, punkt 19).

företaget, [48] eller av arbetsvillkoren, [49] eller slutligen av tvingande hänsyn till en socialpolitik som drivs av den berörda medlemsstaten och vars förverkligande gör löneskillnader lämpliga och nödvändiga. [50] Om man emellertid medger att arbetsvillkor skall, vilket är logiskt, bedömas inom ramen för den inledande frågan avseende om det föreligger lika arbete eller likvärdigt arbete, är de enda sakliga kriterierna som i det senare skedet skulle kunna berättiga löneskillnad, utan att på nytt hänvisa till de faktorer som redan behandlats för att kontrollera att det rör sig om lika arbete eller likvärdigt arbete, endast de kriterier som har samband antingen med nödvändiga eller specifika betingelser vid avdelningen eller företaget där arbetet utförs, [51] eller med tvingande socialpolitiska hänsyn i den berörda medlemsstaten. Med andra ord kommer en stor del av de faktorer som hittills betraktats som sakliga, vilka berättigar en löneskillnad mellan manliga och kvinnliga arbetstagare och som åligger arbetsgivaren (eller medlemsstaten eller mer generellt den som har bevisbördan) att bevisa förekomsten av, hädanefter att analyseras inom ramen för undersökningen av den inledande frågan, om det föreligger lika arbete eller likvärdigt arbete.

Inom den ramen är det den arbetstagare (vanligen en kvinnlig arbetstagare) som gör gällande att hon utsatts för diskriminering som har bevisbördan. Arbetsgivare som med rätta bestrider att det föreligger en diskriminering har endast att bestrida att det är lika arbete eller likvärdigt arbete genom att åberopa en av dessa faktorer utan att behöva visa att denna faktor är objektiv och helt saknar samband med diskriminering på grund av kön. Blotta förekomsten av denna faktor medför en skillnad i arbetstyp, och därmed föreligger inte diskriminering som strider mot likhetsprincipen i artikel 119 i fördraget. [52] Det är klart att det i detta fall skulle kunna bli omöjligt att kontrollera — och att i varje fall rättspraxis avseende överflyttning av bevisbördan och sakligt berättigande omintetgörs — förekomsten av ett stort antal "indirekta och förtäckta diskrimineringar" som grundar sig på neutrala kriterier som har samband med arbetsvillkor och arbetstagarnas förutsättningar men som i praktiken endast drabbar det ena könet.

32. Med hänsyn till vad som sagts ovan och med beaktande av de omständigheter som beskrivits i beslutet om hänskjutande från Oberlandesgericht Wien verkar det som om domstolen kan göra tre olika tolkningar vad gäller den första tolkningsfrågan.

48 — Se domen i målet Bilka (ovan fotnot 47), punkt 37.

49 — Se domen i målet Danfoss (ovan fotnot 22), vad gäller anställningsår, yrkesutbildning, anpassningsförmåga generellt sett och mer specifikt vad gäller ändring av arbetstider och arbetsplats.

50 — Se upplysningsvis domen i målet Rinner-Kühn (ovan fotnot 40), punkt 14; domen i målet Gerster (ovan fotnot 12), punkt 40 och dom av den 6 februari 1996 i mål C-457/93, Lewark (REG 1996, s. I-243), punkt 36. Domstolen har även ansett politik avseende ekonomisk utveckling och skapande av arbetstillfällen som sakligt kriterium (se dom av den 30 november 1993 i mål C-189/91, Kirsammer-Hack mot Sidal, REG 1993, s. I-6185, punkt 33). Domstolen har emellertid inte godtagit att budgetöverväganden kan utgöra sakligt kriterium (dom av den 24 februari 1994 i mål C-343/92, Roks m. fl., REG 1994, s. I-571, punkterna 35 och 36).

51 — Samma kriterier utgör emellertid, i den mån de inte endast har ekonomisk karaktär och i den mån de berör ramen inom vilken arbetet utförs, funktionella kriterier för värderingen av arbete och skall analyseras i samband med den inledande frågan avseende om lika arbete eller likvärdigt arbete föreligger.

52 — Se ovan punkt 21 i detta förslag till avgörande.

a) I enlighet med den första av dessa tolkningar kan domstolen hålla fast vid rättspraxis i målet Macarthys [53] och anse att utövandet av samma verksamhet räcker för att det skall föreligga "lika arbete" eller "likvärdigt arbete" eller "samma befattning" även då denna verksamhet utövas av en annan yrkesgrupp som erhållit en annan yrkesutbildning och där en kategori av arbetstagare är behörig att utöva även andra verksamheter som avser ett vidare område. Nackdelen med den lösningen är att den begränsar begreppet lika arbete till fall där samma verksamhet utövas och inte tar hänsyn till de semantiska skillnader som införts genom artikel 119 i fördraget. Fördelen med den är emellertid att den inte äventyrar den rättspraxis som bildats avseende bevisbördan. Om man tillämpar denna lösning på omständigheterna i ifrågavarande mål medger man att läkare och psykologer utför lika arbete och innehar samma befattning, eftersom de utövar samma verksamhet, det vill säga psykoterapi, på grundval av den utbildning som krävs enligt lagen om psykoterapi med beaktande även av de utbildningsperioder som föreskrivs i denna lag. I ett sådant fall är det som både den tyska regeringen och kommissionen understrukit inte längre den första frågan som avses i sak utan den sjätte.

b) I enlighet med den andra tolkningen måste man medge att i det fall två kategorier av arbetstagare utövar samma verksamhet men har olika yrkesutbildning, innehar dessa två kategorier inte samma befattning även om de utför lika arbete i betydelsen samma verksamhet. Parallellt medför olika yrkesutbildning en skillnad i förutsättningarna enligt vilka arbetet utförs, på så sätt att det arbete som utförs av vardera kategorin av personer inte har lika värde, vare sig ur ekonomisk eller kvalitativ synvinkel.

Som begrepp betraktat är denna tolkning mer sammanhängande än den förra. Den har emellertid två väsentliga nackdelar. Å ena sidan anses det omöjligt att personer som innehar samma befattning kan ha olika nivåer av yrkesutbildning, och å andra sidan innebär den, som jag redogjort för ovan, att tillämpningen av rättspraxis avseende bevisbördan ifrågasätts. Om man tillämpar denna lösning på omständigheterna i det aktuella målet måste man medge att frågan om diskriminering inte uppkommer på grund av att läkare som tjänstgör som psykoterapeuter och psykologer som tjänstgör som psykoterapeuter inte har samma utbildning, eftersom de två kategorierna inte befinner sig i samma situation i den mening som avses i domstolens rättspraxis och inte utövar likvärdig verksamhet. Om domstolen antar denna tolkning, saknas anledning att svara på följande tolkningsfrågor, eftersom tillämpningen av principen om lika lön för manliga och kvinnliga arbetstagare enligt artikel 119 i fördraget är utesluten.

53 — Se fotnot 27.

c) I enlighet med den tredje tolkningen som jag föreslår måste man anse att kriteriet yrkesutbildning kan ha ett dubbelt syfte. Det kan användas som sakligt kriterium för att berättiga olika lön för lika arbete eller för likvärdigt arbete, men även som kriterium för att jämföra arbetsprestationer. Detta ställningstagande står bland annat i överensstämmelse med domen i målet Royal Copenhagen, [54] där domstolen avseende kriterierna för att jämföra situationen för två kategorier av arbetstagare fann att arbetstagarnas utbildning utgör en faktor som gör det möjligt att kontrollera om arbetstagarna befinner sig i likvärdiga situationer. [55] Genom detta ställningstagande har domstolen i huvudsak funnit att kriteriet yrkesutbildning inte bara kan användas som kriterium för att sakligt motivera olika lön för lika arbete eller för likvärdigt arbete, såsom den funnit i domen i målet Danfoss, [56] utan också som kriterium för att jämföra arbetsprestationer som utförs av två kategorier av arbetstagare. Dessutom bekräftar ovannämnda dom uttryckligen denna möjlighet till dubbel användning avseende alla kriterier för att sakligt berättiga en löneskillnad som grundas på arbetets natur och på arbetsvillkoren. Domstolen har konkret tillåtit att den nationella domstolen grundar sig på omständigheter som utgör grunden för dessa kriterier för att uppskatta antingen om de jämförda arbetsprestationerna har lika värde eller om eventuell löneskillnad är saklig och uppenbart saknar samband med könsdiskriminering. [57]

33. För att möjligheten till dubbel användning av kriteriet yrkesutbildning skall vara meningsfull är det emellertid på sin plats att anta att kriteriet inte har ett identiskt innehåll inom ramen för vart och ett av dessa användningsområden. Olika yrkesutbildningar som ett sakligt kriterium för olika lön för lika arbete eller för likvärdigt arbete kan inte jämföras med olika yrkesutbildning som, om man konstaterar förekomsten härav, leder till slutsatsen att två kategorier av arbetstagare inte utför lika arbete eller likvärdigt arbete.

I det första fallet består olika yrkesutbildning vanligtvis av förekomsten av examen på olika nivåer eller mer generellt av yrkesutbildning på olika nivåer. I detta fall utgör inte examen på olika nivåer en sådan betydande skillnad att man kan tala om olika yrke eller olika befattningar, men de kan berättiga till olika lön för lika arbete. Det rör sig om ett analogt fall till det fall där det finns två arbetstagare som utför lika arbete, men där en genom sina

54 — Se fotnot 21.

55 — Se domen i målet Royal Copenhagen (ovan fotnot 21), punkterna 32 och 33.

56 — Se fotnot 22.

57 — Se domen i målet Royal Copenhagen (ovan fotnot 21), punkt 42.

anställningsår presumeras ha större erfarenhet och större skicklighet i utförandet av sina arbetsuppgifter. Denna omständighet berättigar ett lönetillägg utan att detta innebär att arbetstagarna utför olika arbete. [58]

Det är emellertid möjligt att skillnaden i examensnivå är mycket betydande och att skillnaden i utbildning inte endast är av kvantitativ utan även av kvalitativ karaktär på så sätt att det föreligger olika yrkeskategorier och följaktligen arbete som varken är lika eller likvärdigt det som en annan kategori av arbetstagare som inte har samma yrkesutbildning utför. I det fallet kan en *väsentlig* skillnad i yrkesutbildning, enligt kommissionens kvalificering, innebära att arbete av olika art eller med olika syfte utförs. Det kan också förekomma att olika kategorier av arbetstagare utövar en aktivitet av samma art eller med samma syfte inom ramen för samma avdelning eller företag, utan att de utför lika arbete eller likvärdigt arbete och utan att de innehar samma befattning eller likvärdig befattning, eftersom den väsentliga skillnaden i yrkesutbildning radikalt kan ändra värdet av och förutsättningarna för utförandet av arbetet.

34. Huruvida skillnaden är väsentlig är, i likhet med alla faktorer som gör det möjligt att jämföra utförda arbetsprestationer, en fråga som det åligger den nationella domstolen att utreda. Denna måste emellertid grunda sin bedömning på den sakliga karaktären av denna väsentliga skillnad i yrkesutbildning. [59] Olika yrkeskompetens för varje kategori av arbetstagare utgör enligt min mening ett legitimt sakligt kriterium för att kontrollera att den skillnad i yrkesutbildning är väsentlig som medför att den berörda personen utför ett helt annat arbete eller innehar en helt annan befattning. Yrkeskompetensen, som definierar omfattningen av de arbetsuppgifter som kan utföras av en arbetstagare och som tilldelas enligt kriterier grundade på arbetstagarens utbildning och kompetens, utgör en väsentlig del av arbetet, såsom sjukkassan anfört. Om två arbetstagare har olika yrkeskompetens på grund av att de genomgått väsentligt olika yrkesutbildningar, innebär detta följaktligen att de utför olika arbete eller innehar olika befattningar även om de utövar en synbart identisk verksamhet. För att denna skillnad skall göras på grundval av att de berörda arbetstagarna har olika yrkeskompetens krävs att de berörda arbetstagarna har anställts

58 — Se domen i målet Danfoss (ovan fotnot 22). Domstolen underströk emellertid i denna dom vad gäller kriteriet anställningsår, att villkoren inte är desamma som för kriteriet yrkesutbildning eller anpassning till olika arbetstider eller arbetsplatser, eftersom "anställningsår och erfarenhet går hand i hand samt då erfarenheten i allmänhet medför att arbetstagaren blir skickligare i utförandet av sina arbetsuppgifter" (punkt 24).

59 — Domstolen har ansett att ett viktigt kriterium för värderingen av vetenskaplig kompetens och undervisningskompetens hos en given kategori lärare och forskare är medverkan i ett allmänt uttagningsprov eller framträdande inför en statlig nämnd. Se dom av den 20 november 1997 i mål C-90/96, Petrie m. fl. (REG 1997, s. I-6527), punkt 47 och följande punkter.

och utövar denna lika verksamhet på grundval av den yrkeskompetens som de har och som har samband med denna verksamhet.

35. I det aktuella målet och grundat på faktorer i beslutet om hänskjutande verkar läkarna som tjänstgör som psykoterapeuter vid behov fortsätta att utöva läkaryrket och de befogenheter som därmed är förenade, i motsats till legitimerade psykologer som endast utövar yrket som psykoterapeuter. Som kommissionen och sjukkassan erinrat om i sina yttranden kan läkare dra nytta av hela sin kunskap för att vårda patienterna och det är av detta skäl som sjukkassan ingår avtal med dem som regleras av DO. B, oberoende av vilka exakta verksamheter som de utövar. Om den yrkesutbildning som de två kategorierna av arbetstagare genomgått är väsentligt olika enligt de ovan redovisade faktiska omständigheterna, som det vid den slutliga bedömningen åligger den nationella domstolen att utreda, och denna skillnad bekräftas genom olika yrkeskompetens, utför de två kategorierna av arbetstagare följaktligen inte lika arbete och innehar inte samma befattning. Även om de av allt att döma utövar samma verksamhet, det vill säga psykoterapi, innehar de väsentligt olika kunskaper, erfarenhet och terapeutisk förmåga, vilket är en omständighet som har en avsevärd inverkan på det utförda arbetet. Detta konstaterande motsägs inte nödvändigtvis av det förhållandet att sjukkassan tillämpar en enhetstaxa för detta arbete, eftersom ingenting tyder på att taxan grundas på kvalitet eller det reella värdet på arbetsmarknaden för vård som utförs av vardera kategorin av psykoterapeuter eller på att det kan vara motiverat av socialpolitiska hänsyn.

36. Jag föreslår att domstolen på den första tolkningsfrågan ger svaret att artikel 119 i fördraget [60] skall tolkas på så sätt att det inte föreligger "lika arbete" eller "samma befattning" då arbetstagare har olika yrkeskompetens, på grund av att de har helt olika yrkesutbildning, och utövar lika verksamhet under en lång period (flera avlöningsperioder), om dessa arbetstagare har anställts med hänsyn till sin yrkeskompetens och om denna har samband med den verksamhet som de utövar.

37. Med hänsyn till de omständigheter som beskrivits i beslutet om hänskjutande behöver de övriga frågorna inte besvaras om man ansluter sig till förslaget ovan, förutom i syfte att ge ett uttömmande svar, eftersom det inte längre är fråga om tillämpning av likalönsprincipen i artikel 119 i fördraget.

C — *Den sjätte frågan*

38. Jag behandlar nu den sjätte frågan på grund av dess samband med den första. Oberlandesgericht Wien frågar om skillnad i utbildning är ett kriterium som berättigar till att

60 — Det är i mitt svar tillräckligt att hänvisa till artikel 119 i fördraget och det är inte nödvändigt att gå till direktiv 75/117. Se domen i målet Murphy m. fl. (ovan fotnot 36), punkt 13, och punkt 23 i detta förslag till avgörande.

förfördela någon i lönehänseende, då arbetstagarna utövar lika verksamhet i ett företag. Den nationella domstolen frågar vidare huruvida den omständigheten att en yrkeskompetens är mer omfattande, utan avseende på den konkreta tillämpningen i företaget, kan användas som ett sakligt kriterium för en skillnad i lönehänseende. På denna punkt finns det anledning att fråga sig som det således är av avgörande betydelse att veta a) om den bättre avlönade kategorin av arbetstagare även kan användas för att utföra andra arbetsuppgifter i företaget eller b) om det fordras ett konkret bevis på att dessa arbetstagare även utför andra arbetsuppgifter. Den hänskjutande domstolen frågar slutligen om det skall beaktas att det i relevanta bestämmelser i kollektivavtal föreskrivs ett skydd mot uppsägning.

39. Det är på sin plats att inledningsvis understryka att de problem som den sjätte frågan tar upp endast kan uppkomma om man antar att de två kategorierna av arbetstagare — i det aktuella fallet läkare som tjänstgör som psykoterapeuter och psykologer som tjänstgör som psykoterapeuter — utför lika arbete eller likvärdigt arbete eller innehar samma befattning. Med hänsyn till den bedömning som gjorts avseende den föregående frågan är den sjätte tolkningsfrågan endast berättigad i två fall: a) Om domstolen antar den första tolkningen enligt vilken utövandet av samma verksamhet räcker för att "lika arbete" eller "likvärdigt arbete" eller "samma befattning" skall föreligga; b) om man inom ramen för den tredje tolkningen finner att även om arbetstagare från olika kategorier som utför samma verksamhet i samma företag har olika yrkeskompetens så har de inte erhållit väsentligt olika yrkesutbildning, som skulle leda till att anse att de utför ett annat arbete eller innehar en annan befattning. I enlighet med domstolens rättspraxis [61] är den nationella domstolen, som om det är nödvändigt tillämpar proportionalitetsprincipen, ensam behörig att bedöma om de skäl som arbetsgivaren (eller varje annan person som har bevisbördan) åberopar, för att rättfärdiga en skenbar lönediskriminering mellan två kategorier av manliga och kvinnliga arbetstagare eller en lönepolitik som tillämpas oberoende av arbetstagarens kön men som i praktiken drabbar fler kvinnor än män, grundas på sakliga kriterier för löneskillnad som saknar samband med könsdiskriminering.

40. Domstolen har fastställt att bland dessa kriterier återfinns såväl yrkesutbildningskriteriet, i den meningen att den bäst betalda utbildningen är av betydelse för utförandet av specifika arbetsuppgifter som tilldelats arbetstagaren, som anpassningskriteriet, i den meningen att ett lönetillägg är berättigat, för förmågan att anpassa sig till olika arbetstider och arbetsplatser när arbetsgivaren visar att sådan anpassning är av betydelse för utförandet av de specifika arbetsuppgifter som tilldelats arbetstagaren men inte när detta kriterium har samband med kvaliteten på det arbete

61 — Se domen i målet Enderby (ovan fotnot 16), punkterna 18, 19 och 25, och domen i målet Bilka (ovan fotnot 47), punkterna 35 och 36.

som arbetstagaren utför. [62] Domstolen har dömt i denna riktning även om den funnit dels att det inte är uteslutet att yrkesutbildningskriteriet verkar negativt mot kvinnliga arbetstagare i den mån de haft mindre möjligheter att erhålla en lika hög yrkesutbildning som manliga arbetstagare eller i mindre utsträckning utnyttjat dessa möjligheter, dels att även flexibilitetskriteriet, om härmed avses arbetstagarens anpassning till olika arbetstider och arbetsplatser, kan verka negativt mot kvinnliga arbetstagare som på grund av sina familjeuppgifter kan ändra sina arbetstider i mindre utsträckning än manliga arbetstagare. [63]

41. Enligt min mening måste flexibilitetskriteriet som domstolen tillät i domen i målet Danfoss [64] även innefatta begreppet anpassning till att inom ett företag utöva olika verksamheter som täcks av den yrkeskompetens som den berörda arbetstagaren har. Denna flexibilitet är till sin natur helt könsneutral eller uppvisar åtminstone ingen skillnad gentemot flexibilitetskriteriet i den mening som redan tillåtits av domstolen. I jämförelse med skälen i domen i målet Danfoss är det inte svårare för kvinnor att utöva andra närliggande verksamheter än att anpassa sig till olika arbetstider, i den utsträckning som utövandet av olika närliggande verksamheter inte nödvändigtvis medför en ändring av arbetstiderna.

42. Det är naturligtvis på sin plats att påpeka att de olika närliggande verksamheter som omfattas av en yrkeskompetens även måste omfattas av anställningsförhållandet. Med andra ord krävs att arbetstagaren har anställts på grundval av den yrkeskompetens han har, det vill säga med hänsyn till möjligheten att utöva flera verksamheter inom företaget. I det aktuella fallet måste således, vilket sjukkassan påpekat vid den muntliga förhandlingen, den nationella domstolen undersöka om läkarna anställts som läkare — och inte endast avlönas som läkare —, om de ibland utövar psykoterapi i de specifika inrättningar dit de utsänts och om de inte uteslutande anställts som läkare tjänstgörande som psykoterapeuter. [65]

43. Slutligen är det på sin plats att understryka att användningen av kriteriet anpassning till olika verksamheter inom samma företag, som grundas på bestämmelser för att skydda arbetstagare mot uppsägning, inte strider mot villkoret att det sakliga kriteriet för åtskillnad skall motsvara ett verkligt behov i företaget. [66] Det verkliga behovet behöver inte endast vara ett aktuellt behov utan kan även

62 — Se domen i målet Danfoss (ovan fotnot 22), punkterna 17—25. De villkor som enligt domen i målet Danfoss gäller för att ovan nämnda kriterier skall tillämpas avser det medvetna kravet att kriterierna inte skall grundas på generaliseringar avseende vissa kategorier av arbetstagare utan skall vara sakliga, vilket beror på omständigheterna i varje enskilt fall och särskilt på deras samband med arten av de utförda arbetsuppgifterna. Vad gäller detta krav, se domarna i målen Rinner-Kühn, punkt 14, och Nimz, punkterna 13—15 (ovan fotnot 40), i vilka det i motsats till vad personalkommittén gjort gällande inte förnekas att yrkesutbildningskriteriet är legitimt och sakligt.

63 — Se domen i målet Danfoss (ovan fotnot 22), punkterna 21 och 23.

64 — Se fotnot 22.

65 — På denna punkt kan det vara lämpligt att undersöka även andra problem som kan ha eventuellt samband med möjligheten att utöva flera närliggande verksamheter. Det kan till exempel vara lämpligt att den nationella domstolen undersöker om läkarnas yrkesplikt tillåter att läkare som utövar en bestämd specialitet (till exempel psykiatrer som i detta fall är verksamma som psykoterapeuter) kan utöva en annan.

66 — Se domen i målet Bilka (ovan fotnot 47), punkt 36.

vara ett framtida behov, som emellertid säkert kommer att uppstå. I det aktuella fallet innebär arbetstagarnas yrkeskompetens efter tio år att det framstår som säkert att det finns ett framtida behov av anpassning och flexibilitet bland arbetstagarna i företaget.

44. Är det emellertid avgörande om arbetstagaren verkligen hela tiden använder alla möjligheter som hans yrkeskompetens medför?

Domstolens befintliga rättspraxis verkar inte kräva ett jakande svar på denna fråga. Enligt domen i målet Danfoss [67] skall både yrkesutbildningskriteriet och kriteriet om anpassning till olika tider och arbetsplatser vara av betydelse för utförandet av de specifika arbetsuppgifter som tilldelats arbetstagaren. [68] Detta villkor innebär inte nödvändigtvis att man i samtliga fall måste utöva alla verksamheter som yrkesutbildningen eller anpassningsförmågan tillåter. Som även framgår av förslag till avgörande av generaladvokat Lenz, innebär villkoret som nämns i domen i målet Danfoss enbart att yrkesutbildningen och anpassningsförmågan måste ha sakligt samband med motsvarande verksamhet, det vill säga att de skall ha samband med det utförda arbetet. [69]

Domstolen uttalade dessutom i målet Macarthys [70] att "då det föreligger faktisk diskriminering, som faller inom det område där artikel 119 är direkt tillämplig, är jämförelserna begränsade till de paralleller som kan dras utifrån konkreta värderingar av det arbete som faktiskt har utförts av arbetstagare av olika kön inom samma verksamhet eller tjänst". [71] I det aktuella fallet berör emellertid villkoret avseende verkligt utfört arbete inte det problem som uppkommit vid den nationella tvist som är av intresse här, utan har samband med domstolens vägran att tillåta att man gör en jämförelse mellan en kvinnlig arbetstagare och en "hypotetisk manlig arbetstagare", i den meningen att en kvinnlig arbetstagare inte kan kräva den ersättning som hon skulle ha varit berättigad till om hon varit man, även om ingen man utförde eller tidigare hade utfört lika arbete. I det aktuella fallet rör det sig inte om att lösa frågan om en "hypotetisk manlig arbetstagare", vilket var en specifik fråga i målet Macarthys, [72] utan frågan huruvida det finns en manlig arbetstagare som på grund av sin yrkesutbildning och sin yrkeskompetens kan utöva flera verksamheter närliggande den han utövar vid ett särskilt tillfälle i ett företag.

Enligt min mening utgör inte endast en högre yrkesutbildning utan även en annan yrkeskompetens, som innebär möjlighet att utöva flera närliggande verksamheter vid ett företag, ett sakligt kriterium för löneskillnad i enlighet med de villkor som uppställts i rättsfallet

67 — Se fotnot 22.

68 — Se ovan punkt 40 i detta förslag till avgörande.

69 — Se förslag till avgörande av generaladvokat Lenz (ovan fotnot 22), punkt 43.

70 — Ovan fotnot 27.

71 — Punkt 15.

72 — Se ovan punkt 40 i detta förslag till avgörande.

Danfoss, [73] oberoende av om arbetstagaren verkligen vid varje tillfälle utnyttjar alla möjligheter som ifrågavarande yrkeskompetens ger honom.

45. Detta ställningstagande är förenligt med likhetsprincipen. När två kategorier av arbetstagare som utför samma verksamhet inte sakligt befinner sig i en likartad yrkessituation vad gäller företagets ekonomiska behov och de arbetsuppgifter som tilldelas dem, är det på grundval av principen om proportionell likhet berättigat att tilldela dem olika lön. I den mån det i det aktuella fallet är visat att läkarna har skyldighet att garantera första hjälpen i enlighet med artikel 21 ÄrzteG, att de kan skriva ut läkemedel och om det skulle bli nödvändigt tjänstgöra i andra vårdsektorer på grund av deras specialitet, är det logiskt att de erhåller en annan ersättning än psykologerna som, inom ramen för de olika vårdtjänster som en sjukkassa som den som blivit stämd inför den nationella domstolen tillhandahåller, endast verkar utföra begränsade arbetsuppgifter jämfört med läkarna.

46. Ovan gjorda ställningstagande är även berättigat på grund av lämplighetsskäl kopplade till arbetsmarknaden. Om de arbetstagare som varken har nödvändig utbildning eller motsvarande yrkeskompetens som tillåter dem att utöva andra verksamheter i fall av behov inom företaget, skulle erhålla samma lön som de arbetstagare som har dessa kvalifikationer, skulle företaget endast anställa arbetstagare ur den andra kategorin. Varför skulle sjukkassan i så fall i framtiden anställa psykologer som tjänstgör som psykoterapeuter om den skulle betala dem som läkare utan att de har de möjligheter som läkarlegitimationen erbjuder, och skulle sjukkassan inte enbart anställa läkare som även kan utföra psykologernas arbetsuppgifter? I det aktuella fallet skulle likställighet i lönehänseende få negativa konsekvenser för den kategori arbetstagare som till en början skulle få höjd lön. [74]

47. I den mån man anser det lämpligt att besvara den sjätte frågan föreslår jag att domstolen svarar enligt följande. I fall där det föreligger en skenbar diskriminering i lönehänseende mellan två kategorier av manliga och kvinnliga arbetstagare eller en lönesättningspraxis som tillämpas oberoende av

73 — Se fotnot 22.

74 — De anmärkningar som utvecklats ovan får inte leda till slutsatsen att läkarnas arbete — eller deras utbildning — nödvändigtvis har en högre kvalitativ nivå än psykologernas arbete. Deras olika karaktär innebär inte nödvändigtvis en högre kvalitativ nivå. Man vet dessutom att inom psykoterapin använder psykologer metoder för diagnostik och behandling (till exempel test) som psykiatrer — och i ännu högre grad läkare som inte är specialiserade inom psykiatri — i allmänhet inte känner till. Det är dessutom troligt att psykologer i allmänhet kan utöva andra verksamheter än psykoterapi. I det aktuella fallet är det emellertid utmärkande att, med hänsyn till de vårdverksamheter som en sjukkassa som den som stämts inför den nationella domstolen erbjuder och den yrkesutbildning läkarna erhållit, dessa verkar ha möjlighet att arbeta i ett större antal verksamhetssektorer inom sjukkassan, vilket, såsom sjukkassan anfört, är en omständighet som klart gör dem mer konkurrenskraftiga än psykologerna på arbetsmarknaden. Det ankommer emellertid på den nationella domstolen som bättre känner de nationella bestämmelserna och omständigheterna i förfarandet vid den nationella domstolen att bedöma både i vilken mån det finns möjlighet att anställa läkare i ett större antal verksamhetssektorer och deras mer konkurrenskraftiga ställning på arbetsmarknaden.

arbetstagarens kön men som i realiteten drabbar fler kvinnor än män kan arbetsgivaren

D — *Den andra frågan*

48. Genom sin andra tolkningsfråga vill Oberlandesgericht Wien veta om det för bedömningen av om det föreligger en diskriminering i den mening som avses i artikel 119 i fördraget eller i direktiv 75/117 är avgörande om arbetstagarnas löner bestäms av kollektivavtal (tvingande, inte tvingande eller tvingande med fastställande av minimilöner).

— rättfärdiga skillnaden i lönehänseende genom att tillämpa yrkesutbildningskriteriet om han visar att yrkesutbildningen är av betydelse för utförandet de specifika arbetsuppgifter som tilldelats arbetstagaren,

49. Såsom kommissionen anfört i sitt yttrande, verkar det vid en första anblick som om valmöjligheten mellan tre system av kollektivavtal saknar betydelse vad gäller omständigheterna i det aktuella målet, eftersom tjänsteföreskrifterna har antagits i form av kollektivavtal som inrättar ett system för slutgiltigt fastställande av löner som är bindande för de olika socialförsäkringsorganen i den mån de endast kan göra ändringar efter skriftligt godkännande av de österrikiska socialförsäkringsorganens huvudorganisation, som har utarbetat kollektivavtalen (460 § ASVG). [75]

— rättfärdiga skillnaden i lönehänseende genom att tillämpa yrkeskompetenskriteriet som gör det möjligt att utöva flera arbetsuppgifter inom företaget, om han visar att detta kriterium är av betydelse för utförandet av de specifika arbetsuppgifter som tilldelats arbetstagaren och att det svarar mot företagets behov av att utnämna arbetstagare till andra arbetsuppgifter än de arbetsuppgifter de redan utför och som täcks av yrkeskompetensen och anställningsförhållandet med beaktande av att det i tillämpliga bestämmelser och kollektivavtal föreskrivs ett skydd för arbetstagarna mot uppsägning.

Även om man medger att valmöjligheten mellan tre system av kollektivavtal har en hypotetisk karaktär, är domstolen emellertid ombedd att svara på frågan om vilken inverkan det tvingande systemet med kollektivavtal, det vill säga det system som är aktuellt i

75 — Vad gäller domstolens vägran att svara på hypotetiska frågor, se dom av den 16 juli 1992 i mål C-83/91, Meilicke (REG 1992, s. I-4871; svensk specialutgåva, volym 13), punkt 25.

ifrågavarande fall, har på frågan om det föreligger diskriminering. Domstolen kan alltså undersöka även de andra systemen (inte tvingande, tvingande med minimilön) i den mån analysen av de senare gör det möjligt att precisera vad som är kännetecknande för det tvingande systemet. Följaktligen är det utan betydelse för svaret på den andra tolkningsfrågan att ifrågavarande valmöjlighet är av hypotetisk karaktär.

50. Det skall även påpekas att det sätt på vilket den hänskjutande domstolen har formulerat den andra frågan ger upphov till vissa problem. Man vet inte helt klart om den hänskjutande domstolen frågar om en eventuell förekomst av diskriminering i den mening som avses i artikel 119 i fördraget beror på hur systemet med kollektivavtal som reglerar lönerna för de två olika kategorierna av arbetstagare ser ut eller om den frågar om detta system skall tas i beaktande för att bedöma de parametrar som har samband med att man konstaterar förekomsten av en diskriminering i strid med artikel 119.

51. Vad gäller sambandet mellan en eventuell förekomst av diskriminering i den mening som avses i artikel 119 och systemet med kollektivavtal, leder domstolens rättspraxis, vilken det för övrigt hänvisas till i beslutet om hänskjutande, till ett negativt svar. Förbudet mot diskriminering mellan manliga och kvinnliga arbetstagare gäller inte endast myndigheter utan även varje kollektivavtal som reglerar avlönat arbete liksom avtal mellan enskilda. [76] Principen om självbestämmanderätt för parterna i ett kollektivavtal kan inte hindra tillämpningen av likhetsprincipen i artikel 119, oberoende av hur systemet med kollektivavtal ser ut (tvingande, inte tvingande eller tvingande med minimilöner).

52. Om domstolen anser att frågan har nämnda innebörd föreslår jag att den svarar att det inte är avgörande för bedömningen av om det föreligger en diskriminering i den mening som avses i artikel 119 i fördraget eller direktiv 75/117 a) att lönen bestäms enbart av parterna i anställningsavtalet, det vill säga att dessa får välja att i avtalet införa bestämmelser som följer av kollektivavtal, b) att det i allmänna bestämmelser (kollektivavtal) har fastställts tvingande minimilöner för samtliga arbetstagare inom en sektor eller c) att löner skall bestämmas genom tvingande och slutgiltiga bestämmelser i kollektivavtal.

53. Om domstolen däremot, i enlighet med den tolkning som jag föreslår, anser att frågan även berör betydelsen av typen av kollektivavtal för utformningen av den ram inom

76 — Se artikel 4 i direktiv 75/117 som redan citerats i punkt 4 i detta förslag till avgörande. Se även domarna i målen Royal Copenhagen (ovan fotnot 21), punkt 45, Defrenne (ovan fotnot 17), punkt 39, Kowalska (ovan fotnot 40), punkt 12, Nimz (ovan fotnot 40), punkt 11 och Enderby (ovan fotnot 16), punkt 22 och följande punkter. Enligt dom av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889; svensk specialutgåva, volym 10), punkt 32, förbjuder artikel 119 i fördraget all diskriminering i lönehänseende mellan manliga och kvinnliga arbetstagare oavsett vilken mekanism som ligger bakom denna särbehandling.

vilken de diskriminerande villkoren fastställts får den tillfälle att, med hänsyn till omständigheterna i förfarandet vid den nationella domstolen, precisera vissa punkter avseende den nationella domstolens tillämpning av principen i artikel 119 på kollektivavtalen. Preciseringarna är viktiga för förfarandet vid den nationella domstolen och har dessutom samband med svaren på de andra tolkningsfrågorna.

54. Den omständigheten att lönerna för de två kategorierna av arbetstagare fastställs genom kollektivavtal inverkar på tillämpningen av principen om lika lön som stadgas i artikel 119 i fördraget. I ett sådant fall är den nationella domstolen tvingad att gå utöver de förutsättningar som finns i själva företaget och bedöma de förutsättningar som i anställningshänseende lyder under kollektivavtalet. Dessutom är det i fall av kollektivavtal per sektor vanligt att avtalsparterna för att fastställa lönerna tar hänsyn inte endast till det konkreta arbetet utan även till andra faktorer såsom kriterier avseende arbetsmarknaden generellt eller på lokalt plan, ekonomiska behov för företag tillhörande olika sektorer samt de olika fackföreningarnas betydelse och roll inom den sektorn. Lönen för varje kategori av arbetstagare skall således inte endast bedömas inom ramen för det konkreta arbete de utför inom ett företag, utan som den tyska regeringen erinrat om även inom ramen för arbetets bestämda särdrag, som eventuellt fastställs genom systemet med yrkesklassificering i kollektivavtal inom ramen för tillämpad lönepolitik. [77] Denna övergång från det konkreta företaget till systemet med löneindelning som fastställs genom kollektivavtal gör sig än mer gällande när kollektivavtalet som i det aktuella fallet fastställer ett slutgiltigt och tvingande lönesystem som inte lämnar arbetsgivaren någon möjlighet att införa skillnader i ett enskilt anställningsavtal. [78] I detta fall utgör kollektivavtalet källan till de sakliga kriterier som kan berättiga till löneskillnad. Domstolen har bedömt att "den omständigheten att lönefaktorerna fastställs genom kollektivförhandlingar eller genom förhandlingar på det lokala planet, [kan beaktas] som en omständighet vid bedömningen av om skillnaderna mellan genomsnittslönerna i de två grupperna av arbetstagare beror på objektiva faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra". [79]

55. Man skulle även kunna understryka att det i de fall där lönerna för två kategorier av arbetstagare lyder under olika kollektivavtal är troligt att dessa två kategorier inte befinner sig i likartade eller jämförbara situationer. Generaladvokat Lenz har för de fall där lönen

77 — I domen i målet Rummler (ovan fotnot 41), punkt 15, anges att "även om ett visst kriterium ... i praktiken kan gynna manliga arbetstagare ... måste man för att bedöma dess diskriminerande effekt beakta det mot bakgrund av hela systemet med yrkesindelning och med hänsyn till andra kriterier som påverkar fastställandet av lönenivåer. Ett system är inte nödvändigtvis diskriminerande enbart av den anledningen att ett av dess kriterier avser kvalifikationer som män lättare innehar".

78 — Se emellertid dom av den 8 november 1983 i mål 165/82, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 1983, s. 3431; svensk specialutgåva, volym 7, s. 341). Domstolen fastslog att tvingande kollektivavtal också har viktiga faktiska konsekvenser för anställningsförhållandet på så sätt att de fastställer arbetstagarnas rättigheter och i arbetsfredens intresse definierar gränserna för företagets krav.

79 — Se domen i målet Royal Copenhagen (ovan fotnot 21), punkt 46.

fastställts genom branschvis ingångna kollektivavtal påpekat att den omständigheten att arbetstagarna tillhör olika branscher kan leda till slutsatsen att villkoret att det skall föreligga lika arbete eller likvärdigt arbete inte är uppfyllt. [80] I rättspraxis har emellertid fastställts vissa kriterier avseende hur den nationella domstolen skall bedöma den omständigheten att förutsättningarna i lönehänseende för två kategorier av arbetstagare har fastställts i kollektivavtal. I domen i målet Enderby [81] preciserade domstolen således att "[d]en omständigheten att de ifrågavarande lönerna har fastställts genom kollektivavtalsförhandlingar som förts separat för var och en av de båda berörda yrkesgrupperna och som inom var och en av dessa båda grupper inte har haft någon diskriminerande verkan, utgör inte hinder för att fastslå att det föreligger en tydlig diskriminering, om förhandlingarna har lett till att två grupper som har samma arbetsgivare och som hör till samma fackförening behandlas olika. Om arbetsgivaren skulle kunna motivera en skillnad i lön enbart genom att hänvisa till att det inte förekommit någon diskriminering inom ramen för någon av dessa förhandlingar betraktade var för sig, så skulle han ... lätt kunna kringgå principen om lika lön genom att föra separata förhandlingar". [82]

56. Såsom den tyska regeringen påpekat är det viktigt att den nationella domstolen kontrollerar om de kollektivavtal som fastställer lönenivåerna för vissa yrken har utarbetats av samma parter. Att parterna i avtalen är desamma och att den ekonomiska sektor som ifrågavarande kollektivavtal avser är densamma utgör villkoren för att kunna konstatera att de olika bestämmelserna i avtalen avseende löner överensstämmer med målen för artikel 119 i fördraget. I det aktuella fallet framgår det av beslutet om hänskjutande att de österrikiska socialförsäkringsorganens huvudorganisation har antagit alla tjänsteföreskrifter och att dessa avser samma ekonomiska sektor, det vill säga socialförsäkringsorgan, medan båda parterna i tvisten vid den nationella domstolen vid den muntliga förhandlingen medgav att ifrågavarande kollektivavtal ingåtts av samma parter. Det åligger emellertid i varje fall den nationella domstolen, vilken bäst känner till den rättsliga ramen och omständigheterna i det mål den har att pröva, att undersöka om nämnda villkor är uppfyllda.

57. Jag föreslår att domstolen ger följande svar på den andra frågan: Förbudet mot diskriminering mellan manliga och kvinnliga arbetstagare gäller inte endast myndigheter utan även alla kollektivavtal som avser avlönat arbete liksom avtal mellan enskilda. Den omständigheten att lönen för de två kategorierna av arbetstagare har fastställts genom kollektiva förhandlingar kan emellertid tas i beaktande av den nationella domstolen vid bedömningen av i vilken mån löneskillnaden beror på sakliga faktorer som saknar samband med diskriminering på grund av kön. På samma sätt kan den omständigheten att varje kategori av arbetstagare lyder under skilda kollektivavtal beaktas av den nationella domstolen vid bedömningen av i vilken mån dessa två kategorier av arbetstagare kan anses befinna

80 — Se förslag till avgörande inför domen i målet Enderby (ovan fotnot 16), punkterna 44—46 och inför domen i målet Danfoss (ovan fotnot 22), punkt 46.

81 — Se fotnot 16.

82 — Punkt 22.

sig i likartade situationer. Den nationella domstolen kan slutligen ta särskild hänsyn till om kollektivavtalen avser samma ekonomiska sektor eller inte, om de har ingåtts av samma parter eller inte och om de fastställer ett tvingande och slutgiltigt lönesystem eller inte.

E — *Den tredje, fjärde och femte frågan*

58. Den hänskjutande domstolen har ställt sin tredje fråga för att domstolen närmare skall ange på vilken nivå (företaget, kollektivavtalet, samtliga personer som har den yrkeskompetens som berörs) man skall välja de kategorier som kan jämföras för att kontrollera om diskriminering förekommer, när det i ett kollektivavtal, som slutgiltigt fastställer lönerna, för samma verksamhet eller för likvärdig verksamhet föreskrivs olika löner beroende på arbetstagarens yrkeskompetens. I sin fjärde fråga undrar den hänskjutande domstolen om man skall undersöka andelen män och kvinnor endast i den kategori som drabbas av diskrimineringen eller i båda kategorierna. Den hänskjutande domstolen har slutligen ställt sin femte fråga för att domstolen, fortfarande inom ramen för samma frågeställning som i den tredje frågan, i detalj skall ange vilka kategorier som är jämförbara på varje nivå när den identiska verksamhet som dessa kategorier utövar endast utgör en del av de verksamheter som yrkeskompetensen omfattar. Jag anser det lämpligt att undersöka dessa frågor samtidigt, eftersom de hänger samman och samtliga hänför sig till urvalsmetoden för och sammansättningen i de jämförelsegrupper som skall beaktas för att kontrollera om det har visats att indirekt diskriminering förekommer.

59. Jag tänker inleda med några allmänna kommentarer. Vid indirekt diskriminering framgår det av domstolens rättspraxis att urvalsmetoden för och sammansättningen i de grupper som skall jämföras för att kontrollera om det visats att indirekt diskriminering förekommer inte bara kan utan skall underkastas vissa villkor. [83] Detta är rimligt, eftersom jämförelsen för att vara användbar måste omfatta representativa kategorier av arbetstagare och eftersom man inte kan godta ett urval som gjorts för att gynna den som väljer, det vill säga för att ligga till grund för den ena eller andra partens argument. Under alla omständigheter är bedömningen av om jämförelsen är användbar uppenbarligen en faktisk fråga, som omfattas av de nationella domstolarnas behörighet, [84] vilket naturligtvis inte hindrar att domstolen definierar vissa kriterier till ledning för de nationella domstolarnas bedömning.

60. Det första kriteriet för de jämförbara gruppernas sammansättning kan endast gälla vilken nivå denna sammansättning skall ske

83 — Se domarna i målen Enderby (ovan fotnot 16), punkt 17, och Danfoss (ovan fotnot 22), punkt 16.

84 — Se generaladvokat Légers förslag till avgörande inför domen i målet Royal Copenhagen (ovan fotnot 21), punkterna 28—30.

på. Det framgår av domstolens rättspraxis att det inte finns någon generell regel, utan nivån skall fastställas utifrån de konkreta omständigheterna i varje enskilt fall. Såsom den tyska regeringen har anfört i sitt yttrande är det tillämpningsområdet för de omtvistade bestämmelserna, vilka misstänks medföra en diskriminering enligt artikel 119 i fördraget, som är avgörande för att fastställa denna nivå. Dessutom är det uppenbart att den likalönsprincip som anges i den artikeln riktas till det organ som har antagit de omtvistade bestämmelserna. Om bestämmelserna således finns intagna i lag, skall de jämförbara grupperna bestå av samtliga arbetstagare vilkas löner faller in under denna lag. Om bestämmelserna är följden av ett beslut av eller praxis hos en viss arbetsgivare skall på samma sätt de jämförda grupperna bestå av samtliga arbetstagare hos den berörde arbetsgivaren.

61. Frågan om på vilken nivå sammansättningen skall ske av de jämförbara grupperna som skall ligga till grund för bedömningen av om diskriminering har visats föreligga, avgörs i enlighet med ovanstående överväganden till stor del av vad som konstaterats med anledning av den andra frågan med beaktande av de omständigheter som beskrivits i beslutet om hänskjutande. Den omständigheten att å ena sidan löneskalan för de två kategorierna av arbetstagare, det vill säga läkare och psykologer, fastställs genom kollektivavtal, å andra sidan dessa kollektivavtal, som ingås av de österrikiska socialförsäkringsorganens huvudorganisation, är tvingande för de olika socialförsäkringsorganen, på grundval av de villkor som anges i 460 § ASVG, och tillämpas på dessa såsom intern tjänsteföreskrift, leder till slutsatsen att de jämförbara kategorierna av arbetstagare inte skall sammanställas på den berörda organisationens nivå, utan på de aktuella kollektivavtalens nivå. [85] Om man hänvisade till samtliga arbetstagare med den aktuella yrkeskompetensen skulle, såsom kommissionen har understrukit, de jämförda grupperna bli så disparata att jämförelsen blev meningslös. Dessutom skulle frågan om diskriminering inte längre uppkomma på den nivån.

62. Jag föreslår följaktligen att domstolen ger följande svar på den tredje frågan: När det i ett kollektivavtal, som slutgiltigt fastställer lönerna, för samma verksamhet eller för likvärdig verksamhet föreskrivs olika löner beroende på arbetstagarens yrkeskompetens och denna utgör kriterium för att upprätta jämförbara kategorier som skall ligga till grund för bedömningen av om det visats att en viss åtgärd eventuellt innebär diskriminering, skall de arbetstagare tas med i bedömningen som omfattas av kollektivavtalets tillämpningsområde.

63. Vad gäller den fjärde frågan verkar det vid första anblicken som om domstolen har valt olika lösningar från fall till fall, vilket den nationella domstolen konstaterar i sitt beslut

85 — Det är emellertid viktigt att den nationella domstolen undersöker om sjukkassan eller det berörda företaget agerar på något speciellt sätt (praktik, förflyttning, etcetera) för att avgöra vilka läkare (beroende på specialitet) eller vilka psykologer som skall anställas och utöva psykoterapi, på ett sådant sätt att den slutgiltiga löneskillnaden mellan män och kvinnor huvudsakligen beror på detta agerande.

om hänskjutande. I målet Jenkins mot Kingsgate [86] till exempel, undersökte domstolen bara den kategori som var utsatt för diskriminering, närmare bestämt deltidsarbetande, [87] medan den i målet Enderby [88] utgick från en jämförelse av två kategorier av arbetstagare, nämligen talpedagoger och farmaceuter, varav den ena bestod av enbart kvinnor och den andra av enbart män. [89]

Enligt min mening beror dessa skillnader i rättspraxis på att domstolen, utifrån omständigheterna i varje enskilt fall och i avsikt att skapa sig en klar rättslig övertygelse om att en indirekt diskriminering föreligger, inte nöjer sig med statistiska uppgifter om de jämförda grupperna, vilka till följd av sin art kan variera och generellt sett är föga tillförlitliga, utan den kräver att bedömningen i den här frågan skall stödja sig på så objektiva omständigheter som möjligt. [90] Närmare bestämt drog domstolen i målet Jenkins mot Kingsgate slutsatsen att en diskriminering till nackdel för kvinnor var styrkt och ansåg att det skenbart objektiva kriteriet att utge olika lön beroende på arbetstiden kan innebära en sådan diskriminering, eftersom kvinnorna till följd av sin sociala roll har svårt att arbeta heltid. [91] Detta konstaterande avspeglar ett allmänt känt faktum och utgör saklig grund för avgörandet avseende den indirekta diskrimineringen. Enligt skälen i ovannämnda dom är det inte alltid nödvändigt att undersöka andelen män och kvinnor i de två kategorierna av arbetstagare när det finns ett sådant sakligt kriterium. I ett sådant fall är det mer troligt att diskrimineringen, trots att den uppvisar de formella kännetecknen för en indirekt diskriminering, anses vara en direkt diskriminering, eftersom den aktuella yrkeskategorin från början är socialt avgränsad av socialförsäkringsorganen på grundval av kön. Det är således tillräckligt att den nationella domstolen konstaterar att det förekommer diskriminering inom ett yrke som till sin art är ett "kvinnoyrke", vilket gör det överflödigt att jämföra de två kategorierna. [92] När beviset för indirekt diskriminering inte kan följa av yrkeskategorins art, såsom i målet Enderby, måste däremot yrkets "kvinnliga" eller "manliga" karaktär framgå av en statistisk bedömning av en av de kategorier av arbetstagare som berörs. Denna bedömning skall alltid jämföras med bedömningen av den andra kategorin. [93]

86 — Se fotnot 26.

87 — Punkt 9 och följande punkter, särskilt punkt 15. Se också domarna i målen Kowalska, punkt 16, och Nimz, punkt 15 (ovan fotnot 40). I domen i målet Bilka (ovan fotnot 47), punkt 29, undersöks bara den gynnade kategorin, närmare bestämt heltidsarbetande.

88 — Se fotnot 16.

89 — Punkterna 15— 19. Se också domen i målet Royal Copenhagen (ovan fotnot 21), punkt 28.

90 — Se även mitt förslag till avgörande inför domen i målet Seymour (ovan fotnot 15), punkterna 113, 114 och 119. Vad gäller den samtidiga bedömningen av statistiska uppgifter och bedömningen av den mest objektiva grunden som är möjlig, se särskilt domen i målet Helmig (ovan fotnot 13), punkterna 23— 25, i vilken hänvisas till domen i målet Bilka (ovan fotnot 47).

91 — Punkt 13. Se domen i målet Danfoss (ovan fotnot 22), punkt 21.

92 — Enligt domen av den 8 november 1990 i mål C-177/88, Dekker (REG 1990, s. I-3941; svensk specialutgåva, volym 10), är jämförelsen inte nödvändig när kriteriet uttryckligen hänger samman med kön, det vill säga när det till exempel inte kan avse män (till exempel när detta kriterium är graviditet), medan den är nödvändig när man endast kan motivera diskrimineringen efter en jämförelse mellan de olika former av behandling som gäller för män och kvinnor.

93 — Se generaladvokat Lenz förslag till avgörande inför domen i målet Enderby (ovan fotnot 16), punkterna 30 och 31.

Den hänskjutande domstolen har i sitt beslut ansett att om en kategori arbetstagare kan anses som ett typfall vad gäller arbetsvillkor (till exempel i fråga om heltidsarbetande) är det i princip tillräckligt att undersöka andelen män och andelen kvinnor inom den kategori som diskrimineras, medan man i samtliga övriga fall skall jämföra de två kategorierna. Till skillnad från den inställningen tror jag att man enligt domstolens rättspraxis i princip inte kan begränsa sig till att undersöka andelen män och kvinnor inom den kategori som diskrimineras förutom när man på grundval av en objektiv omständighet, vanligen den omständigheten att kategorin är socialt avgränsad på förhand på grundval av könet, kan dra slutsatsen att denna kategori är av sådan art i sig att den motsvarar ett uteslutande kvinnligt eller manligt yrke.

64. Även i de fall där domstolen förefaller nöja sig med att undersöka den kategori som diskrimineras kan jämförelsen mellan uppgifter avseende de två kategorierna under alla omständigheter inte uteslutas.

65. Kravet på en jämförelse mellan andelen män och kvinnor i de två kategorierna följer först och främst av att domstolen i sin rättspraxis för att göra bedömningen att en bestämmelse "i princip" strider mot likabehandlingsprincipen har krävt att procentandelen kvinnor i den grupp som diskrimineras är "betydligt högre" än andelen män eller att procentandelen kvinnor i den gynnade gruppen är "betydligt lägre" än andelen män. [94] Som jag framhöll i mitt förslag till avgörande inför domen i målet Seymour, [95] skall man för att kontrollera om det föreligger en "betydande skillnad" mellan procentandelarna i en grupp även beakta sammansättningen i den andra gruppen. Den sistnämnda gruppen skall antingen uppvisa motsatt tendens, eller visa identiska procentandelar eller uppvisa samma tendens men i mycket mindre omfattning jämfört med i den första gruppen. Om skillnaderna i procentandelar är identiska eller jämförbara i de två grupperna är den behandling som förbehålls arbetstagarna i dessa två grupper nämligen identisk och inte olik. [96]

66. Eftersom förekomsten av indirekt diskriminering leder till en presumtion som kan motbevisas, utgör för det andra en högre procentandel kvinnor i både den kategori som diskrimineras och i den kategori som gynnas ett logiskt sett mycket starkt bevis för att den föreliggande skillnaden är av saklig karaktär och saknar samband med könsdiskriminering. Denna karaktär kan arbetsgivaren åberopa. [97]

94 — Vad gäller heltidsarbetande, se domen i målet Bilka (ovan fotnot 47), punkt 29.

95 — Se fotnot 15.

96 — Se fotnot 50 i mitt förslag till avgörande inför domen i målet Seymour (ovan fotnot 15).

97 — Se domarna i målen Kowalska, punkt 16, och Nimz, punkt 15 (ovan fotnot 40).

Man kan naturligtvis invända att det i ett sådant fall är arbetsgivaren och inte arbetstagaren som skall visa andelen män och kvinnor i den andra kategorin. Följaktligen kan möjligheten att i varje fall besluta att andelen män och kvinnor i de två kategorierna skall undersökas bero på bevisbördans fördelning. Detta faktum förefaller emellertid inte strida mot det principiella kravet på en jämförelse av andelen män och kvinnor inom de två kategorierna av arbetstagare. Som jag angett ovan fanns det i de fall där domstolen begränsat sig till att undersöka uppgifterna avseende den kategori som diskriminerades sakliga bevis för den indirekta diskrimineringen, grundade på allmänt kända fakta. I de flesta fall bekräftar dessa bevis dessutom helt enkelt vad man redan visste om de uppgifter som erhållits genom en statistisk undersökning av de två kategorierna. En jämförelse av andelen män och kvinnor inom två kategorier av arbetstagare är den regel som gäller i alla tveksamma fall, medan en undersökning av bara en av dessa kategorier är undantagsfallet. Dessutom överensstämmer en jämförelse mellan andelen män och kvinnor i båda kategorierna med den grundläggande principen för bevis i fråga om diskriminering, som går ut på att representativa kategorier av arbetstagare skall jämföras. Med stöd av denna princip kan det inte godtas att en kategori väljs, eftersom det valet kan ha gjorts för att gynna den som väljer, det vill säga för att ligga till grund för den ena eller andra partens argument.

67. Oavsett om det finns sakliga kriterier som skulle kunna leda till slutsatsen att ett yrke eller ett kriterium i sig är "kvinnligt", är det alltså lämpligt att den nationella domstolen jämför andelen män och kvinnor i varje kategori av arbetstagare. I förevarande fall och med hänsyn till vad som anförts ovan tror jag inte att frågan om val uppkommer. Yrket som psykolog-psykoterapeut kan med tanke på hur det utövas inte anses vara uteslutande kvinnligt till sin karaktär, samtidigt som en psykolog- eller läkarexamen kan anses som ett i princip objektivt neutralt kriterium vad gäller kön, eftersom de två yrkeskategorierna förutsätter en redan hög yrkesutbildningsnivå, vilket innebär att skillnaderna mellan yrkena inte längre kan tolkas som en följd av att de kvinnliga arbetstagarna skulle ha fått sämre möjligheter att förvärva en sådan avancerad yrkesutbildning eller skulle ha utnyttjat dessa möjligheter i mindre utsträckning. [98]

68. Jag anser att domstolen skall ge följande svar på den fjärde frågan: I en sådan situation som den som beskrivs i den andra och den tredje frågan är andelen män och kvinnor inom de två kategorierna, det vill säga den kategori som drabbas av diskrimineringen och den som gynnas av den, alltid avgörande för att bevisa att det föreligger en indirekt diskriminering.

69. Efter att ha kontrollerat på vilken nivå de jämförbara arbetstagarkategorierna skall placeras, måste den nationella domstolen exakt

98 — Se domen i målet Danfoss (ovan fotnot 22), punkt 23.

avgränsa dessa kategorier. Svårigheterna härvid berörs i den femte tolkningsfrågan som den nationella domstolen har ställt. I domstolens rättspraxis har i stor utsträckning fastställts enligt vilka kriterier denna avgränsning skall ske, för att valet av och sammansättningen i dessa grupper inte skall bli slumpartade och för att dessa grupper skall kunna jämföras. I domen i målet Royal Copenhagen, [99] där domstolens tidigare rättspraxis sammanställs, anges således att "bedömningen av huruvida likalönsprincipen respekteras kräver att en jämförelse görs mellan de löner som utbetalas till arbetstagare av olika kön för lika arbete eller för arbeten som anses ha lika värde. När en sådan jämförelse görs av genomsnittslönen i två grupper av arbetstagare som har ackordslön skall den för att vara relevant utföras på de grupper som var för sig innefattar samtliga arbetstagare som med hänsyn till ett antal faktorer, såsom arbetets art, utbildningskrav och arbetsvillkor, kan anses ha en jämförbar situation. Jämförelsen bör vidare göras av ett relativt omfattande antal arbetstagare [100] för att utesluta att de konstaterade skillnaderna endast beror på tillfälliga eller konjunkturmässiga omständigheter ... Det åligger den nationella domstolen att göra en bedömning av omständigheterna i målet vid den nationella domstolen med stöd av de kriterier som anförts ovan". [101] Ovanstående kriterier förefaller således vara allmänt tillämpliga. Trots ordvalet i domen är det svårt att se varför kriterierna endast skulle vara tillämpliga på arbetstagare med ackordslön.

70. I förevarande fall skall de grupper som skall jämföras således upprättas på grundval av en tillämpning av de ovannämnda kriterierna på de allmänna kollektivavtalens nivå, såsom jag angav i mitt svar på den tredje frågan. Om man utgår från det kriterium för löneskillnad som föreskrivs i kollektivavtalen, det vill säga yrkeskompetens, verkar de två kategorierna i fråga vara dels psykologer med rätt att självständigt utöva psykologyrket, vilka arbetar i samtliga österrikiska socialförsäkringsorgan, dels läkare med behörighet att självständigt utöva läkaryrket vilka, i egenskap av specialistläkare, arbetar i samtliga österrikiska socialförsäkringsorgan. Mellan dessa två kategorier, där löneskillnaden är fastställd i enlighet med kollektivavtalen, skall man alltså undersöka procentandelarna män och kvinnor för att kontrollera om det

99 — Se fotnot 21.

100 — Frågan om fastställande av ett lägsta antal ställdes emellertid inte. Se generaladvokat Légers förslag till avgörande inför den domen (punkt 30).

101 — Punkterna 32— 35. Se också domen i målet Enderby (ovan fotnot 16), punkt 17.

föreligger en diskriminering i lönehänseende eller inte. [102]

71. Den frågeställning som uppkommer i den femte frågan är emellertid inte så enkel som den verkar vid en första anblick, eftersom man inte får glömma att den femte frågan endast blir aktuell om man svarat jakande på den första frågan.

Valet av och sammansättningen i de grupper som skall jämföras förutsätter vanligen alltid att lika arbete eller likvärdigt arbete utförs. [103] För att den nationella domstolen mer i detalj skall kunna fastställa vilka grupper som skall jämföras, krävs alltså i princip att det visas att dessa grupper utför lika arbete eller likvärdigt arbete. Som jag angav vid undersökningen av den första frågan, kan man emellertid i det förevarande fallet, eftersom det handlar om olika yrkeskompetenser, inte anse att det är fråga om lika arbete eller likvärdigt arbete förutom om man gör bedömningen att utövande av psykoterapi är att utöva lika verksamhet. Även om det inte anges i kollektivavtalen måste alltså kriteriet avseende utövande av lika verksamhet kombineras med kriteriet avseende innehav av en viss yrkeskompetens, så att de berörda grupperna befinner sig i liknande situationer. Med hänsyn till ovanstående överväganden bör de två jämförda kategorierna följaktligen vara å ena sidan psykologer med rätt att självständigt utöva psykologyrket, vilka arbetar i egenskap av psykoterapeuter inom samtliga österrikiska socialförsäkringsorgan, och å andra sidan läkare med behörighet att självständigt och i egenskap av specialist utöva läkaryrket, vilka arbetar i egenskap av psykoterapeuter inom samtliga österrikiska socialförsäkringsorgan.

102 — Det skall påpekas att nödvändiga statistiska uppgifter angående nivån på de aktuella kategorierna inte framgår klart av handlingarna i målet. Handlingarna innehåller nämligen inga klara statistiska uppgifter om procentandelarna män och kvinnor vare sig bland legitimerade psykologer eller bland samtliga läkare som arbetar i de österrikiska socialförsäkringsorganen. I sitt skriftliga yttrande och under det muntliga förfarandet tillhandahöll sjukkassan viss statistik i ämnet (se ovan fotnot 11). Under alla omständigheter ankommer det emellertid på den nationella domstolen att bedöma om den statistik som parterna åberopat för att styrka att det förekommer indirekt diskriminering är adekvat (se domen i målet Enderby (ovan fotnot 16), punkt 17).
Beträffande den osäkerhet som råder i frågan om vilken statistik som är adekvat skall det emellertid påpekas att kommissionen har angett att arbetstagarkategorierna skall jämföras på kollektivavtalsnivå, men att den för det första, under det muntliga förfarandet, jämförde psykologerna som utövar psykoterapi med läkare i allmänhet, och att den för det andra, i sitt skriftliga yttrande, jämförde sifferuppgifter som vad gällde läkare omfattade samtliga anställda vid sjukkassan och som vad gällde legitimerade psykologer avsåg samtliga anställda som utövade psykoterapi inom socialförsäkringsorganens område (se kommissionens yttrande, punkt 48). Kommissionens slutsats att kvinnorna är i majoritet både bland läkare och bland psykologer är således inte övertygande, eftersom den inte grundas på adekvata sifferuppgifter.
Samtidigt skall det påpekas att fastställandet av den nivå — som jag just berört ovan — på vilken jämförelsen av arbetstagarkategorierna skall göras medför att sjukkassans anmärkning blir meningslös, enligt vilken den omständigheten att tvisten vid den nationella domstolen endast rör en vårdcentral inom ett enda socialförsäkringsorgan och vid denna vårdcentral endast sex läkare och sex psykologer, medan de bestämmelser som gäller för arbetstagarnas ställning vid sjukförsäkringsorganen är tillämpliga på sammanlagt 1 932 läkare, 50 psykologer och 27 651 andra anställda, är en omständighet av betydelse med hänsyn till domstolens rättspraxis. Enligt denna rättspraxis skall man vid bedömningen av om principen om lika lön mellan män och kvinnor eventuellt åsidosatts jämföra ett relativt betydande antal arbetstagare för att utesluta skillnader som beror på ren slump.

103 — Se generaladvokat Lenz förslag till avgörande inför domen i målet Danfoss (ovan fotnot 22), punkt 40. Se även domen i målet Royal Copenhagen (ovan fotnot 21), punkterna 32 och 33.

En jämförelse mellan de ovannämnda kategorierna i avsikt att kontrollera om lönediskriminering förekommer skulle emellertid inte vara adekvat. När det gäller lönen för de två arbetstagarkategorierna, det vill säga läkare/psykoterapeuter och psykologer/psykoterapeuter, är de siffermässigt jämförda kategorierna som jag påpekade ovan avgränsade på kollektivavtalsnivå, det vill säga på den nivå där lönerna fastställs slutgiltigt. Om man trots detta beaktade de underkategorier av läkare och psykologer som sysslar med psykoterapi inom samtliga österrikiska socialförsäkringsorgan, skulle syftet med det endast vara att kontrollera att det var fråga om lika arbete eller likvärdigt arbete. Om man på denna sistnämnda nivå förfogade över sifferuppgifter som tydde på diskriminering till nackdel för kvinnor, utan att motsvarande siffror förelåg på kollektivavtalsnivå, [104] skulle den diskrimineringen i praktiken inte gälla lönen utan andra aspekter av de berörda kategoriernas arbete. Konkret skulle det kunna handla om diskriminering på grund av kön när det gäller att bland läkarna och/eller psykologerna välja de personer som skall eller inte skall utöva psykoterapi.

Det skall i detta avseende framhållas att det är just denna specifika omständighet i målet vid den nationella domstolen — det vill säga att frågan om det föreligger lika arbete eller likvärdigt arbete endast kan avgöras på en annan nivå än den nivå på vilken arbetstagarna jämförs för att kontrollera om det föreligger diskriminering i lönehänseende — som bevisar två saker. För det första visar den hur svårt det är att direkt medge att två arbetstagarkategorier utför lika arbete eller likvärdigt arbete — eller innehar samma befattning — när dessa två kategorier händelsevis utövar samma verksamhet, utan att man bortser från någon beståndsdel i deras olika yrkesmässiga ställning. För det andra visar den i förevarande fall vilka komplexa slutsatser som måste dras om man vill ansluta sig till denna idé.

72. Med förbehåll för den sista anmärkningen föreslår jag att domstolen, om den så finner lämpligt, svarar enligt följande på den femte frågan: Om den identiska aktivitet som de två yrkeskategorierna utövar utgör en av de verksamheter som yrkeskompetensen täcker, skall samtliga arbetstagare som innehar denna typ av yrkeskompetens och som omfattas av kollektivavtalet beaktas.

F — *Den sjunde frågan*

73. Den nationella domstolen har ställt den sjunde frågan för att domstolen skall precisera huruvida en diskriminering på grund av

104 — Som jag påpekade ovan innehåller handlingarna i målet i förevarande fall inga sifferuppgifter på kollektivavtalsnivå, men i beslutet om hänskjutande anges i den frågan att av 34 psykoterapeuter i socialförsäkringsorganen är 24 legitimerade psykologer, varav 18 kvinnor och 6 män, och 10 är läkare, varav 2 kvinnor och 8 män. Således utgör kvinnorna endast en avsevärt högre procentandel bland legitimerade psykologer/psykoterapeuter, medan denna procentandel är avsevärt lägre bland läkare som arbetar som psykoterapeuter.

kön som strider mot gemenskapsrätten och som följer av tillämpningen av ett visst kollektivavtal eller en viss tjänsteföreskrift endast skall undanröjas från det ögonblick då den konstaterats av Europeiska gemenskapernas domstol eller om den skall undanröjas med retroaktiv verkan.

74. Det följer av fast rättspraxis att när domstolen, med utövande av sin behörighet enligt artikel 177 i fördraget, tolkar en rättsregel i gemenskapsrätten klargör och preciserar den vid behov innebörden och räckvidden av denna regel, så som den skall eller skulle ha förståtts och tillämpats från och med den dag då den trädde i kraft. Därav följer att en sålunda tolkad regel kan och skall tillämpas av domstolarna även beträffande rättsförhållanden som har uppkommit före avkunnandet av den dom i vilken begäran om tolkning prövas, om villkoren för att väcka talan vid behörig domstol om tillämpningen av den nämnda rättsregeln är uppfyllda i övrigt. [105]

75. Undantag från den regeln har endast medgetts i helt exceptionella fall där domstolen funnit att det skulle strida mot rättssäkerhetsprincipen som är förankrad i gemenskapsrätten att tillämpa regeln. Vid undersökningen av om den sistnämnda principen förutsätter att rättsverkningarna av domen som meddelas till följd av begäran om förhandsavgörande skall begränsas i tiden kontrollerar domstolen a) om det föreligger risk för allvarliga ekonomiska återverkningar, huvudsakligen till följd av det stora antalet rättsförhållanden som ingåtts i god tro på grundval av bestämmelser som ansågs vara giltiga, och b) om enskilda och nationella myndigheter har agerat i strid med gemenskapsrätten, eftersom det förelegat en objektiv och allvarlig osäkerhet om den exakta innebörden av de bestämmelser som tolkats av domstolen. Om det konstateras att andra medlemsstaters eller kommissionens agerande har bidragit till att orsaka eller förstärka denna osäkerhet, får detta en särskild betydelse för bedömningen. [106]

Enligt domstolens fasta rättspraxis kan en sådan begränsning endast tillåtas i just den dom varigenom avgörande meddelas med anledning av begäran om tolkning. [107] Den begränsningen gäller emellertid inte dem som redan inlett ett rättsligt förfarande eller framställt ett motsvarande anspråk. [108]

105 — Se dom av den 13 februari 1996 i de förenade målen C-197/94 och C-252/94, Bautiaa m. fl. (REG 1996, s. I-505), punkt 47. Se även domarna av den 27 mars 1980 i mål 61/79, Denkavit Italiana (REG 1980, s. 1205; svensk specialutgåva, volym 5, s. 149), punkt 16, och i de förenade målen 66/79, 127/79 och 128/79, Salumi m. fl. (REG 1980, s. 1237; svensk specialutgåva, volym 5, s. 163), punkt 9. Se även domarna av den 10 juli 1980 i målen 811/79, Ariete (REG 1980, s. 2545), punkt 6, och 826/79, MIRECO (REG 1980, s. 2559), punkt 7, samt dom av den 13 december 1983 i mål 222/82, Apple and Pear Development Council (REG 1983, s. 4083; svensk specialutgåva, volym 7, s. 413), punkt 38, av den 2 februari 1988 i mål 309/85, Barra (REG 1988, s. 355; svensk specialutgåva, volym 9), punkt 11, av den 5 oktober 1988 i mål 210/87, Padovani m. fl. (REG 1988, s. 6411), punkt 15, och av den 6 juli 1995 i mål C-62/93, BP Soupergaz (REG 1995, s. I-1883), punkt 39.

106 — Se domen i målet Bautiaa (ovan fotnot 105), punkt 48. Se även domarna i målen Defrenne (ovan fotnot 17), punkt 69 och följande punkter, och Worringham (ovan fotnot 40), punkt 29 och följande punkter, samt dom av den 27 maj 1981 i de förenade målen 142/80 och 143/80, Essevi och Salengo (REG 1981, s. 1413; svensk specialutgåva, volym 6, s. 113), punkt 30 och följande punkter, av den 2 februari 1988 i mål 24/86, Blaizot (REG 1988, s. 379; svensk specialutgåva, volym 9), punkt 28 och följande punkter, av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889; svensk specialutgåva, volym 10), punkt 40 och följande punkter, av den 31 mars 1992 i mål C-200/90, Dansk Denkavit och Poulsen Trading (REG 1992, s. I-2217; svensk specialutgåva, volym 12), punkt 20 och följande punkter, av den 16 juli 1992 i mål C-163/90, Legros m. fl. (REG 1992, s. I-4625; svensk specialutgåva, volym 13), punkt 28 och följande punkter, av den 11 augusti 1995 i de förenade målen C-367/93— C-377/93, Roders m. fl. (REG 1995, s. I-2229), punkt 41 och följande punkter, och av den 14 september 1995 i de förenade målen C-485/93 och C-486/93 (REG 1995, s. I-2655), punkt 29 och följande punkter, och av den 19 oktober 1995 i mål C-137/94, Richardson (REG 1995, s. I-3407), punkt 32 och följande punkter.

107 — Domen i målet Blaizot (ovan fotnot 106), punkt 28.

108 — Domen i målet Blaizot (ovan fotnot 106), punkt 35.

Vid avgörandet av om det finns anledning eller ej att begränsa en doms verkningar i tiden, måste i enlighet med domstolens rättspraxis beaktas att även om de praktiska följderna av varje domstolsavgörande noggrant måste övervägas får det dock inte gå så långt att den rättsliga objektiviteten får vika och att den framtida rättstillämpningen äventyras av det enda skälet att ett domstolsavgörande kan få retroaktiv verkan. [109]

76. Om man utgår från vad som angetts i beslutet om hänskjutande blir den sjunde frågan inte aktuell om domstolen som svar på den första frågan helt enkelt medger att "lika arbete" eller "likvärdigt arbete" föreligger, utan endast om den som svar på den sjätte frågan medger att de olika utbildningsnivåerna och olika yrkeskompetenserna inte i sig utgör skillnader som inom ramen för utövandet av samma verksamhet berättigar en diskriminering enligt artikel 119 i fördraget. Följaktligen är det endast i det sistnämnda fallet som det blir nödvändigt att undersöka förutsättningarna för att tillämpa ovannämnda rättspraxis.

77. Direkt tillämpning av artikel 119 är fastställd i gemenskapsrätten redan sedan målen Defrenne [110] och Jenkins mot Kingsgate [111]. Sedan den 1 juli 1995, då Österrike anslöt sig till Europeiska unionen, har arbetsmarknadens parter i denna stat således inte kunnat vara okunniga om villkoren i den bestämmelsen när de förhandlat om kollektivavtalen. Det skall härvid framhållas att i motsats till vad den hänskjutande domstolen har påstått i sitt beslut om hänskjutande och till vad sjukkassan har påstått i sitt yttrande saknar det betydelse att rättsförhållanden har ingåtts i god tro på grundval av bestämmelser som generellt ansågs överensstämma med nationell lag. För att frågan om skydd för berättigade förväntningar på en doms verkningar i tiden skall uppstå krävs att rättsförhållandena har ingåtts på grundval av bestämmelser som generellt ansågs överensstämma med gemenskapsrätten.

Med stöd av domstolens rättspraxis, såsom den följer av domen i målet Danfoss [112], kunde medlemsstaterna och arbetsmarknadens parter med rätta utgå från att de olika utbildningsnivåerna och de olika yrkeskompetenserna, som beror på olika yrkesutbildning, utgör skillnader som gör en diskriminering enligt artikel 119 i fördraget sakligt motiverad under de omständigheter som angetts i ovannämnda rättspraxis. För det fall domstolen i sin kommande dom avviker avsevärt från rättsfallet Danfoss skulle detta följaktligen verkligen ge upphov till en risk för allvarliga ekonomiska återverkningar, i synnerhet till följd av det stora antal rättsförhållanden som ingåtts på grundval av bestämmelser som ansågs giltiga med hänsyn till gemenskapsrätten och till följd av att arbetsmarknadens parter agerat i strid med gemenskapsrätten, eftersom det förelegat en objektiv och allvarlig osäker-

109 — Domen i målet Blaizot (ovan fotnot 106), punkt 30.

110 — Ovan fotnot 17.

111 — Ovan fotnot 26.

112 — Ovan fotnot 22.

het om den exakta innebörden av de gemenskapsbestämmelser som tolkats av domstolen. Denna osäkerhet skulle ha orsakats och förstärkts inte av andra medlemsstaters eller kommissionens agerande utan av domstolens egen rättspraxis. [113]

78. Med hänsyn till vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen skall begränsa verkningarna av sin dom till att endast avse tiden efter det att domen avkunnats, vad gäller de personer som hittills inte inlett rättsliga förfaranden eller framställt motsvarande anspråk. Detta gäller dock endast såvida domstolen, med tydliga avvikelser från rättsfallet Danfoss, slutligen skulle anse att de olika utbildningsnivåerna och olika yrkeskompetenserna inte i sig utgör skillnader som inom ramen för utövandet av samma verksamhet rättfärdigar en diskriminering enligt artikel 119 i fördraget.

VI — Förslag till avgörande

79. Jag föreslår att domstolen ger följande svar på de frågor som ställts av Oberlandesgericht Wien:

a) Artikel 119 i EG-fördraget skall tolkas så, att det inte är fråga om "lika arbete" eller "samma befattning" då arbetstagare som har olika yrkeskompetens på grund av att de har helt olika yrkesutbildning utövar samma verksamhet under en lång period (under vilken flera löneutbetalningar sker), om dessa arbetstagare har anställts med hänsyn till sin yrkeskompetens och om kompetensen har samband med den verksamhet de utövar.

b) Då den första frågan besvaras på detta sätt saknas skäl att besvara övriga frågor.

113 — Se, i fråga om skydd för berättigade förväntningar som orsakats av domstolens rättspraxis, dom av den 30 april 1996 i mål C-308/93, Cabanis-Issarte (REG 1996, s. I-2097), punkterna 47 och 48 i domskälen och punkt 2 i domslutet.