FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 14. juli 1993 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

A — Indledning

1. Den anmodning om præjudiciel afgørelse, Court of Appeal har forelagt i denne sag, drejer sig om fortolkningen og anvendelsen af det i EØF-traktatens artikel 119 fastsatte princip om lige løn til mænd og kvinder. Den forelæggende ret har sammenfattet de relevante faktiske omstændigheder på følgende måde:

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

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

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

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

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

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

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

* Originalsprog: tysk.

for ansættelse i, overflytning imellem eller forfremmelse inden for de to fag.

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

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

2. Den nationale ret har herefter forelagt følgende spørgsmål for Domstolen:

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

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

3) Såfremt arbejdsgiveren kan godtgøre, at der i perioder er en alvorlig mangel på egnede ansøgere til funktion B, og at han betaler en højere løn til ansatte i funktion B for at tiltrække ansøgere til funktion B, mens det på den anden side også kan påvises, at det kun er den del af lønforskellen mellem funktion B og funktion A, der skyldes behovet for at tiltrække egnede ansøgere til funktion B

a) er da hele lønforskellen objektivt begrundet, eller

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

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

3. Som det fremgår af retsmøderapporten, er parterne fremkommet med bemærkninger hertil [1]. De nærmere faktiske omstændigheder, således som de fremgår af parternes indlæg, samt parternes stillingtagen gengives i det følgende kun i det omfang, det er nødvendigt for forståelsen af min argumentation.

1 — Se retsmøderapporten, s. I-5540 ff.

B — Stillingtagen

Indledende bemærkninger

4. Den forelæggende ret har udtrykkeligt udelukket, at der er tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn. Ud fra deres argumentation synes parterne derimod at være af den opfattelse, at der er tale om indirekte forskelsbehandling. Således som Court of Appeal har beskrevet de relevante faktiske omstændigheder, har retten ikke fundet det bevist, at der foreligger tilsigtet eller utilsigtet direkte forskelsbehandling og heller ikke, at der er tale om tilsigtet eller utilsigtet indirekte forskelsbehandling. Det kan ikke med sikkerhed fastslås, om appellanten i hovedsagen med søgsmålet har begrænset sagsgenstanden til bestemte former for forskelsbehandling. Med henblik på vurderingen af sagen må der tages udgangspunkt i de faktiske omstændigheder, den forelæggende ret har lagt til grund, og som Domstolen også skal lægge til grund.

Spørgsmålet, om de berørte funktioner har samme værdi

5. Domstolen skal også lægge til grund, hvad den forelæggende ret har anført, nemlig at funktion A og B med henblik på sagens afgørelse antages at have samme værdi. Ved vurderingen af, om der er tale om lønmæssig forskelsbehandling på grundlag af køn, er det af afgørende betydning, at der er tale om samme arbejde eller arbejde, som tillægges samme værdi, jf. artikel 1 i direktiv 75/117/EØF [2], som på det punkt konkretiserer det i EØF-traktatens artikel 119 fastsatte ligelønsprincip [3].

6. Den omstændighed, at samme arbejde eller arbejde, som tillægges samme værdi, er afgørende i relation til den bevisbyrde, der påhviler enhver, der gør gældende, at der er tale om lønmæssig forskelsbehandling, er også baggrunden for de betænkeligheder, Forbundsrepublikken Tysklands regering nærer med hensyn til, om de funktioner, der skal sammenlignes, har samme værdi.

7. Det forhold, at den forelæggende retsinstans på linje med de tidligere retsinstanser, der har behandlet sagen, har lagt til grund, at de funktioner, der skal sammenlignes, har samme værdi, er en følge af de procesretlige muligheder efter national lovgivning. En prøvelse af, om de to funktioner har samme værdi, kan i givet fald nødvendiggøre en bekostelig sagkyndig udtalelse. Den nærmere undersøgelse af dette faktiske spørgsmål kan efter national lovgivning udsættes til fordel for behandlingen af de retlige spørgsmål.

Kan funktionerne sammenlignes?

8. Som led i den foreliggende sag er det blevet oplyst, at efter national ret er der i princippet mulighed for at prøve, om forskellige funktioner, som udøves i samme virksomhed eller i hvert fald hos samme arbejdsgiver, har samme værdi. Kun såfremt det er åbenbart, at de pågældende funktioner ikke kan sammenlignes, kan retten afvise at prøve, om de har samme værdi.

2 — Rådets direktiv af 10.2.1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45, s. 19).

3 — Jf. dom af 31.3.1981, sag 96/80, Jenkins mod Kingsgate, Sml. s. 911, præmis 22.

9. Den tyske regerings bemærkninger, hvorefter kun sammenlignelige situationer kan og må sammenlignes, bør der efter min opfattelse tages hensyn til ved afgørelsen af, om en sådan sammenligning kan foretages, og også i forbindelse med selve sammenligningen.

10. På grundlag af de konkrete omstændigheder kan det ikke antages, at de pågældende funktioner er åbenbart usammenlignelige. Hovedsagen drejer sig heller ikke om at foretage en teoretisk sammenligning af det arbejde, der udføres af personer i to erhverv, nemlig på den ene side talepædagoger og på den anden side farmaceuter, men at foretage en sammenligning af et bestemt arbejde, der er specificeret i kraft af konkrete personer, der udfører det pågældende arbejde. Ud over tilhørsforholdet til en bestemt faggruppe er de funktioner, der skal sammenlignes, også kendetegnet ved andre væsentlige omstændigheder som f.eks. deres hierarkiske position, at der er tale om overordnede stillinger, deres ansvarsområde osv., idet der udtrykkeligt er tale om en *sammenligning af bestemte ledende stillinger*. Sådanne sammenligninger er i øvrigt sædvanlige i forbindelse med indplacering inden for det offentlige, både når der er tale om tjenestemænd, og når det drejer sig om militært personale.

11. På den baggrund kan de omstændigheder, den forelæggende ret har lagt til grund, ikke betragtes som misbrug. Der er ikke tale om en letfærdig omgang med de omstændigheder, der er forudsætningen for lønmæssig forskelsbehandling, og som skal vurderes omhyggeligt.

12. Da det endvidere principielt henhører under den forelæggende rets kompetence at tage stilling til, om det er relevant at forelægge et præjudicielt spørgsmål, inden den afsiger dom i den sag, der er indbragt for den [4], og intet giver holdepunkter for at antage, at denne kompetence er blevet misbrugt [5], kan Domstolen ikke fravige de oplysninger, den forelæggende ret er fremkommet med i anmodningen om præjudiciel afgørelse, som fastlægger den retlige og faktiske ramme for de spørgsmål, Domstolen skal besvare [6].

Det første spørgsmål [7]

— Indledende bemærkninger

13. Det første spørgsmål vedrører bevisbyrdefordelingen i en sag om lønmæssig forskelsbehandling. Bevisbyrden for parterne i en sag, der drejer sig om lønmæssig forskelsbehandling på grundlag af køn, kan være forskellig, alt efter om der er tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling. For så vidt angår de grundlæggende kriterier for sondringen mellem disse to former for forskelsbehandling på grundlag af køn og de hermed forbundne bevismæssige betingelser skal jeg henvise til mit forslag til afgørelse i sag 109/88 [8].

14. På grundlag af beskrivelsen af de faktiske omstændigheder i hovedsagen kan det ikke

4 — Jf. dom af 29.11.1978, sag 83/78, Pigs Marketing Board mod Redmond, Sml. s. 2347, og af 6.10.1982, sag 283/81, CILFIT mod Sundhedsministeriet, Sml. s. 3415.

5 — Jf. dom af 8.11.1990, sag C-231/89, Gmurzynska-Bscher, Sml. I, s. 4003, præmis 15 ff.

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

7 — Jf. retsmøderapporten, s. I-5540.

8 — Forslag til afgørelse af 31.5.1989 i sag 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mod Dansk Arbejdsgiverforening (for Danfoss), Sml. s. 3199, på s. 3209, punkt 25 ff.

klart fastlægges, om der er tale om et tilfælde af direkte eller indirekte forskelsbehandling. Retligt er udgangspunktet, at EØF-traktatens artikel 119 og de til gennemførelse heraf udstedte direktivbestemmelser [9], således som de er fortolket og anvendt i Domstolens praksis, forbyder enhver form for lønmæssig forskelsbehandling på grundlag af køn [10]. Lønmæssig forskelsbehandling på grundlag af køn findes i forskellige former, og det kan være et retligt problem at få overblik over dem. Med henblik på at opdele dem i grupper anvender man i retspraksis begreberne direkte og indirekte forskelsbehandling. Den omstændighed, at man udformer sådanne begreber, må ikke opfattes på den måde, at man herved udelukker visse former for forskelsbehandling på grundlag af køn. Et blik på begrebet i britisk ret, således som det er nærmere uddybet i den foreliggende sag, er en bekræftelse herpå. Når der således tales om tilsigtet og utilsigtet direkte forskelsbehandling og om tilsigtet og utilsigtet indirekte forskelsbehandling, er det et bevis på, at der er fire muligheder for den retlige kvalifikation af samme fænomen.

15. Formålet med en sådan begrebsdannelse er at indkredse metoderne med henblik på afgørelsen af, om der er tale om forskelsbehandling af kvinder i erhvervslivet, men ikke at opstille yderligere hindringer med hensyn til mulighederne for at anlægge sag vedrørende lønmæssig forskelsbehandling på grundlag af køn. Dette er grunden til, at man ved opdelingen af de former, forskelsbehandling af kvinder i erhvervslivet faktisk kan udmønte sig i, ikke skal anlægge et formelt synspunkt. I overensstemmelse med Domstolens nuværende opfattelse, hvorefter det er resultatet, der er afgørende [11], må problemet gribes pragmatisk an.

16. I dommen i sag 109/88, Danfoss, lagde Domstolen sig f.eks. udtrykkeligt ikke fast på nogen af de begreber vedrørende forskelsbehandling på grundlag af køn, den indtil da havde anvendt, men gav et generelt formuleret svar på det bevisbyrdespørgsmål, der var rejst, selv om der i den sag bestemt var tvivl om, hvorvidt der var tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn.

17. Den foreliggende sag er et klart eksempel på de vanskeligheder, der er forbundet med at indplacere en faktisk situation under et af de nævnte begreber, når man ved at se på resultatet kan konstatere, at kvinder er dårligere lønnet end mænd for arbejde af samme værdi hos den samme arbejdsgiver.

18. I det følgende vil jeg alligevel tage udgangspunkt i de begreber, Domstolen hidtil har anvendt.

9 — Se navnlig artikel 1 i direktiv 75/117 og artikel 2 i Rådets direktiv 76/207/EØF af 2.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40).

10 — I Domstolens tidligere afgørelser var det i det mindste tvivlsomt, om både direkte og indirekte forskelsbehandling var omfattet af anvendelsesområdet for EØF-traktatens artikel 119, jf. dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne mod Sabena, Sml. s. 455, præmis 32, og af 27.3.1980, sag 129/75, Macarthys mod Smith, Sml. s. 1275, præmis 15. Siden dom af 11.3.1981, sag 69/80, Worringham og Humphreys mod Lloyds Bank, Sml. s. 767, præmis 23, og den allerede nævnte dom af 31.3.1981, sag 96/80, a.st., præmis 17, har Domstolen også antaget, at indirekte forskelsbehandling udtrykkeligt er omfattet af EØF traktatens artikel 119.

11 — Med hensyn til resultatforpligtelsen i relation til EØF-traktatens artikel 119, se ovennævnte dom af 8.4.1976, sag 43/75, dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kuhn, Sml. s. 2743, præmis 9, samt Domstolens afgørelser vedrørende indirekte forskelsbehandling: ovennævnte dom af 31.3.1981, sag 96/80, dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, af 27.6.1990, sag C 33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, og af 4.6.1992, sag C 360/90, Botel, Sml. I, s. 3591.

— Bevisbyrden i tilfælde af direkte forskelsbehandling

19. I tilfælde af direkte forskelsbehandling er det nødvendigt og tilstrækkeligt at foretage en konkret sammenligning mellem lønnen for en kvindelig og for en mandlig ansat, der har samme arbejde eller et arbejde af samme værdi hos den samme arbejdsgiver. En sagsøger skal under sagen blot henvise til en mandlig arbejdstager, der er ansat i samme virksomhed, og som har samme arbejde eller et arbejde af samme værdi, men som får mere i løn [12].

20. Da den omstændighed, at man tilhører det ene køn, i tilfælde af direkte forskelsbehandling pr. definition er årsagen til den lavere aflønning eller den dårligere behandling, skal der også være årsagssammenhæng mellem tilhørsforholdet til det ene køn og den lavere aflønning.

21. Man kan rejse det spørgsmål, om en sagsøger også skal bevise, at der er en sådan årsagssammenhæng. Som det fremgår af eksemplet ubevidst/utilsigtet direkte forskelsbehandling, kan man meget vel forestille sig tilfælde af direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, uden at tilhørsforholdet til det ene køn i arbejdsaftalen, løntabellen eller den kollektive overenskomst udtrykkeligt er angivet som kriterium for en højere eller lavere løn. Tilvejebringelsen af en sådan kategori viser, at det end ikke kræves, at forskelsbehandlingen har været tilsigtet.

22. Det forhold, at bestemte løngrupper relateres til bestemte funktioner, kan føre til direkte forskelsbehandling. Lad mig her blot nævne det klassiske eksempel med et fysisk hårdt arbejde, der kræver megen fysisk styrke, sammenlignet med et arbejde, der kræver betydelig fingerfærdighed [13]. Et sådant sondringskriterium med hensyn til aflønningen kan medføre *direkte* forskelsbehandling på grundlag af køn. For at forhindre et sådant resultat er kriteriet *arbejde af samme værdi* udtrykkeligt medtaget i artikel 1 i direktiv 75/117 [14]. Dette er grunden til, at Kommissionen i forbindelse med kontrollen og gennemførelsen af direktivet i de nationale retsordener har tillagt det stor betydning, at kriteriet arbejde af samme værdi blev optaget i de af medlemsstaterne udstedte retsakter, og Domstolen har fuldt ud støttet Kommissionen på det punkt [15].

23. Den omstændighed, at der med hensyn til denne form for direkte lønmæssig forskelsbehandling ikke udtrykkeligt lægges vægt på arbejdstagerens køn, bevirker, at en kvindelig arbejdstager, som kræver samme løn, kommer i bevisnød, når hun skal bevise, at der er årsagssammenhæng mellem hendes køn og den lavere løn.

24. Bevisbyrden kan heller ikke løftes derved, at det bevises, at der ikke findes andre grunde til den forskellige behandling. Dette ville svare til et negativt bevis, hvilket i princippet ikke kan kræves. Når der skal føres bevis for alle objektive faktorer i forbindelse

12 — I tilfælde af direkte forskelsbehandling på grundlag af køn kan kravet om, at der skal være en mandlig person som sammenligningsgrundlag, endog bortfalde, jf. dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941, præmis 17 ff.

13 — Se med hensyn til lovlige differentieringer med hensyn til løn og til en ikke-diskriminerende udformning af et klassifikationssystem dom af 1.7.1986, sag 237/85, Rummler mod Dato-Druck, Sml. s. 2101, præmis 24 ff.

14 — Jf. ovennævnte dom af 1.7.1986, sag 237/85, præmis 11 ff.

15 — Jf. dom af 6.7.1982, sag 61/86, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. s. 2601, og af 30.1.1985, sag 143/83, Kommissionen mod Kongeriget Danmark, Sml. s. 427.

med lønmæssig forskelsbehandling (samme arbejde eller arbejde af samme værdi, lavere løn for en kvinde i forhold til en mand i samme virksomhed), må der derfor være formodning for, at der er tale om lønmæssig forskelsbehandling på grundlag af køn, indtil det modsatte er bevist.

25. Som allerede nævnt ovenfor [16], er det således tilstrækkeligt, at en sagsøger fremkommer med et eksempel på, at samme arbejde (eller arbejde af samme værdi) er bedre lønnet for mænd end for kvinder. Det påhviler i så fald arbejdsgiveren at bevise det modsatte, f.eks. ved at begrunde lønforskellen med objektive faktorer, der ikke har noget med arbejdstagernes køn at gøre.

26. Mellemløsningen er således, at i tilfælde af direkte forskelsbehandling påhviler det arbejdsgiveren at begrunde en lønforskel med objektive faktorer.

— Indirekte forskelsbehandling

27. Begrebet indirekte forskelsbehandling er et retligt begreb, som indebærer, at en ulige behandling, der er objektivt begrundet, men som alligevel stiller kvinder ringere, kan udgøre en ulovlig lønmæssig forskelsbehandling.

28. Når det hævdes, at der med henblik på at fastslå, at der foreligger indirekte forskelsbehandling, skal være en betingelse [17], som er vanskeligere at opfylde for kvinder, eller en hindring, som de har sværere ved at overvinde, og som derfor stiller dem ringere, rammer man kun delvis essensen i indirekte forskelsbehandling. Den omstændighed, at en anvendelse af et objektivt kriterium fører til, at kvinder stilles ringere, nødvendiggør, at man for at afhjælpe en sådan ringere stilling må betegne anvendelsen af det objektive kriterium som en integrerende del af den ulovlige adfærd. Såfremt det godtgøres, at kvinder er ringere stillet end en tilsvarende gruppe af mandlige arbejdstagere (med samme arbejde eller arbejde af samme værdi i samme virksomhed), er det ikke nødvendigt at kræve fremført yderligere faktorer, hvorved en sådan ulige behandling praktiseres.

29. I de tilfælde af indirekte forskelsbehandling [18], som Domstolen indtil nu har skullet tage stilling til, er spørgsmålet om, hvorvidt kvindelige arbejdstagere har været udsat for forskelsbehandling, blevet afgjort på grundlag af et objektivt kriterium.

30. Forskelsbehandlingen var en følge af, at kvinder i højere grad var berørt af det pågældende kriterium. Domstolen fastslog, at kvinder var dårligere stillet af grunde, der var forbundet med deres sociale rolle. Når Domstolen f.eks. har udtalt, at kvinder som følge af deltidsansættelse kan være udsat for indirekte forskelsbehandling »under hensyntagen til de vanskeligheder, som kvindelige arbejdstagere har ved at arbejde på fuld tid« [19], anerkender Domstolen således, at kvinder som følge af deres rolle i familien og i forbindelse med opdragelsen af børnene normalt har

16 — Se punkt 19.

17 — Dette synspunkt forfægtes i den foreliggende sag af Det Forenede Kongerige og af de appelindstævnte.

18 — Jf. ovennævnte dom af 31.3.1981, sag 96/80, af 13.5.1986, sag 170/84, af 13.7.1989, sag 171/88, af 27.6.1990, sag C 33/89, af 7.2.1991, sag C 184/89, og af 4.7.1992, sag C 360/90.

19 — Jf. ovennævnte dom af 13.5.1986, sag 170/84, præmis 29, og tilsvarende allerede i ovennævnte dom af 31.3.1981, sag 96/80; se også ovennævnte dom af 4.6.1992, sag C 360/90, præmis 18, hvori der henvises til dom af 13.7.1989 i sag 171/88, a.st..

meget vanskeligt ved at arbejde på fuld tid. Når kvinder under disse omstændigheder er henvist til at arbejde på deltid, får kriteriet deltidsansættelse særlig betydning for kvinder.

31. De faktiske omstændigheder, der er baggrunden for den præjudicielle anmodning i denne sag, giver ikke umiddelbart holdepunkter for et objektivt kriterium, der medfører forskelsbehandling. Den foreliggende sag er imidlertid særegen derved, at den faggruppe, sagsøgeren tilhører, er et »rent kvindeerhverv«. Når 98% af alle dem, der udøver erhvervet, er kvinder, kan bestemmelser, der er forbundet med et tilhørsforhold til denne faggruppe, være bestemmelser, der særlig retter sig mod kvinder.

32. På det punkt kan jeg tilslutte mig det af appellantens advokat anførte, nemlig at såfremt der er tale om et rent kvindeerhverv, kan kriteriet om tilhørsforhold til en bestemt faggruppe sammenlignes med kriteriet deltidsbeskæftigelse. Ifølge de oplysninger, der er fremlagt for Domstolen, beror den omstændighed, at talepædagoger næsten udelukkende er kvinder, i det mindste delvis på sammenhængen mellem kvindens sociale rolle og erhvervsmæssige muligheder. Deltidsansættelse og flekstid er særlig attraktivt for kvinder.

33. En kollektiv overenskomst, som under disse omstændigheder indeholder bestemmelser, som udelukkende omfatter denne faggruppe, kan også udgøre en særlig ordning for kvinder.

34. Såfremt man ved undersøgelsen af, om der foreligger indirekte forskelsbehandling, ud fra et rent formelt synspunkt kræver, at der skal være et tilknytningskriterium, der særlig vedrører kvinder, kan dette, når der er tale om et »rent kvindeerhverv«, både være tilhørsforholdet til den pågældende faggruppe og tilhørsforholdet til den kollektive overenskomst for denne gruppe.

35. Som jeg allerede har nævnt ovenfor i forbindelse med mine principielle bemærkninger vedrørende begrebet indirekte forskelsbehandling, skal der i mindre grad lægges vægt på et kriterium eller en hindring, som stiller kvinder ringere, end på det diskriminerende resultat [20]. På baggrund heraf er det et led i selve begrebet indirekte forskelsbehandling, at der skal foretages en sammenligning mellem *kønsbestemte grupper* [21], for at det kan fastslås, om der foreligger den påberåbte forskelsbehandling. For så vidt angår bevisbyrdefordelingen under en sag medfører det, at en konkret sammenligning mellem to erhverv ikke er tilstrækkelig. Der skal derimod foretages en sammenligning mellem *repræsentative grupper af arbejdstagere*, der udfører arbejde af samme værdi.

36. Med hensyn til hovedsagen vil det indebære, at der skal foretages en sammenligning mellem forskellige ledende stillinger, hvilket tilsyneladende også er sket. Såfremt det viser sig, at den gruppe, der navnlig består af kvinder, er væsentligt ringere stillet end den gruppe, der navnlig består af mænd, er der formodning for, at der er tale om indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn.

20 — Om forpligtelsen til at nå et resultat se ovennævnte dom af 8.4.1976, sag 43/75, og af 13.7.1989, sag 171/88, præmis 9.

21 — Jf. ovennævnte dom af 13.7.1989, sag 171/88.

37. Det fremgår af Domstolens praksis [22], at en arbejdsgiver, som vil tage til genmæle over for en påstand om forskelsbehandling på grundlag af køn, må bevise, at de foranstaltninger, der har ført til det pågældende resultat, »er berettiget af objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn« [23], eller kan forklares »ved faktorer, der udelukker en forskelsbehandling på grundlag af køn« [24].

38. Også i forbindelse med indirekte forskelsbehandling kan en sagsøger således på grundlag af objektive omstændigheder opstille en afkræftelig formodning for forskelsbehandling på grundlag af køn.

39. Såvel i relation til direkte forskelsbehandling som til indirekte forskelsbehandling er argumentationen således parallel med hensyn til den bevismæssige stilling, idet der i førstnævnte tilfælde i kraft af en konkret sammenligning, i sidstnævnte tilfælde i kraft af en sammenligning af grupper, kan opstilles en afkræftelig formodning for forskelsbehandling, som tvinger arbejdsgiveren til at føre *modbevis* eller at fremkomme med en *berettiget begrundelse*.

40. Efter min opfattelse bør det første præjudicielle spørgsmål derfor besvares med, at princippet om ligeløn, jf. EØF-traktatens artikel 119, indebærer, at arbejdsgiveren objektivt skal begrunde lønforskellen mellem funktion A og funktion B.

Det andet spørgsmål

41. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, på hvilken måde og med hvilke midler en sådan begrundelse kan gives. Court of Appeal har således spurgt, om arbejdsgiveren som en fyldestgørende begrundelse for lønforskellen blot kan henvise til, »at lønnen i henholdsvis funktion A og funktion B er blevet fastlagt ved forskellige overenskomstforhandlinger, der gennemføres således, at de (betragtet hver for sig) ikke indebærer forskelsbehandling på grundlag af køn og ikke medfører, at kvinder stilles dårligere på grund af deres køn«.

42. Hertil vil jeg først bemærke, at overenskomstparterne ikke har rådighed over ligelønsprincippet, jf. EØF-traktatens artikel 119, således som det er udformet i artikel 1 i direktiv 75/117, idet der er tale om et overordnet retsprincip. Ligelønsprincippet er ikke alene bindende for lovgiver [25], men har ifølge Domstolens praksis direkte virkning [26]. Princippet har således retsvirkninger over for tredjemand i forholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager [27]. Også kollektive overenskomster skal være i overensstem-

22 — Ovennævnte dom af 31.3.1981, sag 96/80, præmis 13, af 13.5.1986, sag 170/84, præmis 31, af 13.7.1989, sag 171/88, præmis 12, af 27.6.1990, sag C-33/89, præmis 13, af 7.2.1991, sag C-184/89, præmis 14, og af 4.6.1992, sag C-360/90, præmis 11.

23 — Jf. ovennævnte dom af 13.5.1986, sag 170/84.

24 — Jf. ovennævnte dom af 31.3.1981, sag 96/80, præmis 13, og af 13.5.1986, sag 170/84, præmis 29.

25 — Jf. ovennævnte dom af 13.7.1989, sag 171/88, og af 4.6.1992, sag C-360/90.

26 — Jf. ovennævnte dom af 8.4.1976, sag 43/75, præmis 39.

27 — Jf. ovennævnte dom af 8.4.1976, sag 43/75, og af 27.6.1990, sag C-33/89, præmis 12. Se også artikel 4 i direktiv 75/117 og artikel 5 i direktiv 76/207.

melse med EØF-traktatens artikel 119 [28]. Den omstændighed, at arbejdsmarkedets parter handler autonomt, indebærer ikke, at de ikke skal overholde ligelønsprincippet.

43. Spørgsmålet fra den forelæggende ret går imidlertid ud på, om den omstændighed, at de erhverv, der sammenlignes, er omfattet af forskellige kollektive overenskomster, i sig selv er tilstrækkelig til at begrunde den konstaterede, kønsbetingede lønforskel.

44. Under den mundtlige forhandling henviste Det Forenede Kongerige til mit forslag til afgørelse i sag 109/88 [29]. Jeg fremkom deri med det synspunkt, at når der er tale om *brancheoverenskomster*, kan tilhørsforholdet til en branche tjene som et objektivt sondringskriterium med henblik på en forskellig aflønning.

45. Under den mundtlige forhandling nævnte den tyske regering de *overenskomster, der indgås af de enkelte fagforbund*, hvilket er almindeligt forekommende i Tyskland. Regeringen gjorde gældende, at to funktioner, som er omfattet af forskellige kollektive overenskomster, ikke kan antages at være sammenlignelige.

46. Som jeg allerede bemærkede i mit forslag til afgørelse i sag 109/88, mangler kriteriet samme arbejde eller arbejde af samme værdi i relation til en sådan kollektiv overenskomst. Endvidere kan man af den måde, hvorpå forhandlingerne føres, og af selve den kollektive overenskomst udlede en objektiv begrundelse for en eventuel lønforskel.

47. Begrundelsen rækker imidlertid ikke så vidt, at der med hensyn til en lønforskel som følge af anvendelsesområdet for to kollektive overenskomster ikke kan foretages nogen form for prøvelse. Dette gælder ikke mindst med hensyn til *firmaoverenskomster*, hvor én faktor i forbindelse med ligelønsprincippet er til stede, nemlig at *arbejdsgiveren er den samme*.

48. De faktiske omstændigheder i hovedsagen belyser netop, hvordan en kollektiv overenskomst, der kun indgås for én faggruppe, kan indebære en særlig ordning, der i det konkrete tilfælde endog kan komme til at virke som en særlig ordning for kvinder. For så vidt som den kollektive overenskomst i sig selv kan medføre en ulige behandling, kan den ikke samtidig tjene som begrundelse for en sådan ulige behandling. I så fald er det forhold, at der findes en kollektiv overenskomst, ikke til hinder for, at der foretages yderligere undersøgelser.

49. Den omstændighed, at det fastslås, at de kollektive overenskomstforhandlinger er forløbet uden forskelsbehandling, og at de

28 — Jf. ovennævnte dom af 30.1.1985, sag 143/83, præmis 8, vedrørende de relevante bestemmelser i direktiv 75/117, dom af 8.11.1983, sag 165/82, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. s. 3431, præmis 11, og af 25.10.1980, sag 312/86, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 6315, præmis 23, vedrørende de relevante bestemmelser i direktiv 76/207, og ovennævnte dom af 17.10.1989, sag 109/88, af 27.6.1990, sag C-33/89, og af 7.2.1991, sag C-184/89.

29 — Ovennævnte forslag til afgørelse af 31.5.1989 i sag 109/89, punkt 46.

indgåede overenskomster ikke er udtryk for forskelsbehandling, er heller ikke i sig selv tilstrækkelig som begrundelse for en lønforskel for et arbejde af samme værdi hos den samme arbejdsgiver. Da det er det diskriminerende resultat, der skal begrundes [30], er en forklaring på årsagerne til forskelsbehandlingen ikke tilstrækkelig. Navnlig kan en henvisning til historiske eller sociale årsager i et tilfælde som det i hovedsagen omhandlede ikke anerkendes som »objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn« [31]. Et i historisk og socialt sammenhæng »rent kvindeerhverv« er efter al sandsynlighed kønsbetinget. Såfremt man accepterede, at en sådan forklaring var tilstrækkelig, ville det medføre en omvæltning af kønsrollerne i erhvervslivet. I stedet for at fremme den tilsigtede ligebehandling ville man herved få et retligt argument for at opretholde status quo.

50. Efter min opfattelse må det andet spørgsmål derfor besvares som følger: Som en fyldestgørende begrundelse for en kønsbetinget lønforskel kan den *fælles* arbejdsgiver ikke blot henvise til, at der findes forskellige kollektive overenskomster, selv om disse betragtet hver for sig ikke indebærer forskelsbehandling på grundlag af køn.

Det tredje spørgsmål

51. Endelig ønsker den forelæggende ret med det tredje spørgsmål oplyst, hvilke andre objektive begrundelser for lønforskellen der kan fremføres, og i hvilket omfang.

52. For det første kan det ikke bestrides, at en arbejdsgiver på grund af situationen på arbejdsmarkedet kan være tvunget til at tilbyde højere løn til personer i en bestemt faggruppe for at tiltrække egnede ansøgere. I det omfang et sådant løntillæg er begrundet, skal det også tages i betragtning ved sammenligningen mellem lønnen for funktion A og B som nævnt i anmodningen om præjudiciel afgørelse. Spørgsmålet drejer sig således kun om, i hvilket omfang denne objektive begrundelse holder.

53. En betingelse for, at en del af forskellen vil kunne anses for objektivt begrundet, er, at dette objektive kriteriums indflydelse på lønnens sammensætning kan opgøres i penge. Employment Appeal Tribunal samt Det Forenede Kongerige og de appelindstævnte har gjort gældende, at lønnens sammensætning afhænger af en række faktorer, og at det ikke er muligt at tilskrive en af faktorerne et bestemt beløb. Heroverfor er det anført, at situationen på arbejdsmarkedet højst kan begrunde 10% af lønforskellen [32]. Det ser således ud til, at der kan sættes et beløb på. Netop den omstændighed, at flere faktorer har betydning for lønfastsættelsen, burde betyde, at lønnen kan opdeles alt efter de forskellige faktorer.

30 — Jf. ovennævnte dom af 8.4.1976, sag 43/75, og af 13.7.1989, sag 171/88.

31 — Jf. ovennævnte dom af 27.6.1990, sag C 33/89, præmis 16

32 — Appellantens argument, der også er gengivet i den kendelse fra den forelæggende ret, der gik forud for anmodningen om præjudiciel afgørelse, jf. bilag 2 til appellantens indlæg, på s. 32.

54. Den eneste rigtige løsning er efter min opfattelse at anerkende, at en del af lønforskellen er objektivt begrundet. Såfremt arbejdsgiveren i ubegrænset omfang skulle udligne lønforskellen til trods for, at kun en del af den er objektivt begrundet (løsning c), ville det svare til, at der ikke blev taget hensyn til den fremførte objektive begrundelse, og det skal der. Såfremt hele lønforskellen blev anset for objektivt begrundet (løsning a), ville man dog gå videre end den tilladte og anerkendte begrundelse. Såfremt det må antages, at flere faktorer har betydning for lønnens sammensætning, ville den omstændighed, at hele lønforskellen blev anset for objektivt begrundet, også omfatte andre faktorer, hvilket indebærer, at man i det omfang giver afkald på at prøve den objektive begrundelse, som fuldt ud kan være tilvejebragt i kraft af andre faktorer.

55. Såfremt man anerkendte, at en faktor, som ikke er årsag til hele lønforskellen, objektivt kan begrunde hele forskellen, ville man herved åbne dørene for mulige tilfælde af forskelsbehandling.

56. Jeg er ikke enig i de betænkeligheder, Kommissionen synes at nære, når den anfører, at en delvis objektiv begrundelse ville medføre en hypotetisk sammenligning, som Domstolen i en anden sammenhæng ikke har tilladt [33].

57. Domstolen har ganske vist i en ligebehandlingssag ikke tilladt, at sagsøgeren foretog en sammenligning af løn og arbejdsvilkår med en hypotetisk person [34]. Men det er materielt en anden situation end den, hvor arbejdsgiveren på grund af den foretagne sammenligning og de til støtte herfor fremlagte beviser er forpligtet til at føre modbevis eller at begrunde sin lønpolitik, og der i den forbindelse skal tages stilling til, i hvilket omfang der kan tages hensyn til en faktisk eksisterende objektiv faktor.

58. En retsinstans, der skal vurdere den objektive begrundelse, skal forsøge at sætte tal på de relevante faktorer. Såfremt det er forbundet med problemer at opgøre sådanne faktorer i tal, henhører det som led i den frie bevisbedømmelse under rettens kompetence at fastsætte det talmæssige forhold.

59. Det tredje spørgsmål bør derfor efter min opfattelse besvares således: Såfremt arbejdsgiveren kan godtgøre, at der i perioder er en alvorlig mangel på egnede ansøgere til funktion B, og at han betaler en højere løn til ansatte i funktion B for at tiltrække ansøgere til funktion B, mens det på den anden side også kan bevises, at det kun er en del af lønforskellen mellem funktion B og funktion A, der skyldes behovet for at tiltrække egnede ansøgere til funktion B, er kun den del af forskellen, som skyldes behovet for at tiltrække egnede ansøgere til funktion B, objektivt begrundet.

33 — Jf. ovennævnte dom af 27.3.1980, sag 129/79, præmis 15.

34 — Jf. ovennævnte dom af 27.3.1980, sag 129/79.

C — Forslag til afgørelse

60. Sammenfattende skal jeg foreslå, at de præjudicielle spørgsmål besvares således:

»1) Princippet om ligeløn, jf. EØF-traktatens artikel 119, indebærer, at arbejdsgiveren objektivt skal begrunde lønforskellen mellem funktion A og funktion B.

2) Som en fyldestgørende begrundelse for en kønsbetinget lønforskel kan den *fælles* arbejdsgiver ikke blot henvise til, at der findes forskellige kollektive overenskomster, selv om disse betragtet hver for sig ikke indebærer forskelsbehandling på grundlag af køn.

3) Såfremt arbejdsgiveren kan godtgøre, at der i perioder er en alvorlig mangel på egnede ansøgere til funktion B, og at han betaler en højere løn til ansatte i funktion B for at tiltrække ansøgere til funktion B, mens det på den anden side også kan bevises, at det kun er en del af lønforskellen mellem funktion B og funktion A, der skyldes behovet for at tiltrække egnede ansøgere til funktion B, er kun den del af forskellen, som skyldes behovet for at tiltrække egnede ansøgere til funktion B, objektivt begrundet.«