FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F.G. JACOBS

fremsat den 16. december 1999 *

1. I denne sag har Arbetsdomstolen i Sverige forelagt en præjudiciel anmodning for Domstolen, der hovedsageligt vedrører spørgsmålet, om der — når der med henblik på EF-traktatens artikel 119 (efter ændring nu artikel 141 EF) og ligelønsdirektivet [1] foretages en sammenligning mellem, hvad en mand og en kvinde får i løn for at udføre arbejde af samme værdi — skal tages hensyn til, at de arbejdstagere, der er nødt til at arbejde på ubekvemme tidspunkter, får et særligt løntillæg og arbejder færre timer.

De faktiske omstændigheder og hovedsagen

2. I hovedsagen har Jämställdhetsombudsmannen (ligestillingsombudsmanden, herefter »ombudsmanden«) på vegne af to jordemødre, Kristina Ellmén og Kia Wetterberg, anlagt sag ved Arbetsdomstolen med påstand om, at Örebro läns landsting tilpligtes at betale erstatning for løndiskrimination, idet landstinget efter ombudsmandens opfattelse i en periode har betalt kvinderne en lavere månedlig grundløn end en klinikingeniør, selv om de har udført arbejde af samme værdi.

3. Jordemødrenes månedlige grundløn ligger på 17 400 SEK for den enes vedkommende og 16 600 SEK for den andens vedkommende, hvorimod den månedlige grundløn for klinikingeniøren udgør 19 650 SEK. Både jordemødrene og klinikingeniøren arbejder på regionshospitalet i Örebro, og de er alle ansat af landstinget. Alle jordemødre, der arbejder på hospitalet, er kvinder, mens omkring 90% af de klinikingeniører, der arbejder dér, er mænd.

4. De pågældende jordemødre arbejder sædvanligvis i treholdsskift, hvor døgnet er opdelt i tre overlappende skift, men det er oplyst, at de undertiden også arbejder i toholdsskift (dag/aften), udelukkende om natten eller udelukkende om dagen. I den relevante periode arbejdede jordemødrene

* Originalsprog: engelsk.

1 — Rådets direktiv 75/117/EØF 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).

for det meste i treholdsskift eller toholdsskift. Der forekom også en del natarbejde.

5. Jordemødrene og klinikingeniøren er omfattet af den samme kollektive overenskomst [2]. Det fremgår af overenskomsten, at den almindelige arbejdstid for en fuldtidsansat i gennemsnit er på 40 timer om ugen, bortset fra 1) når der arbejdes på søndage og helligdage, i hvilket tilfælde arbejdstiden i gennemsnit er på 38 timer og 15 minutter (herefter »38-timer«), og 2) når der arbejdes i skiftehold som ovenfor beskrevet, i hvilket tilfælde arbejdsugen er på 34 timer og 20 minutter (herefter »34-timer«) [3].

6. Den månedlige grundløn for en bestemt person varierer ikke efter arbejdstidens længde, dvs. om arbejdsugen er på 40, 38 eller 34 timer. Jordemødrene får altså udbetalt den samme månedlige grundløn, uanset om de arbejder 38 timer eller 34 timer (eller i givet fald 40 timer) om ugen.

7. Det fremgår endvidere af den kollektive overenskomst, som jordemødrene og klinikingeniøren er omfattet af, at ansatte, der arbejder på ubekvemme tidspunkter (i weekender, på helligdage, om natten eller i treholdsskift), bortset fra når der er tale om arbejde på overtid, har ret til et løntillæg på grund af ubekvemme arbejdstider [4]. Tillægget er angivet som et fast beløb pr. time, og det har ingen sammenhæng med den pågældendes løn i øvrigt, men varierer alt efter, hvornår på dagen, arbejdstiden ligger (det er f.eks. højere for natarbejde end for aftenarbejde), og alt efter, om den pågældende har arbejdet i en weekend eller på en helligdag. Størrelsen af tillægget og den arbejdstid, der anses for at være ubekvem, er fastsat i overenskomsten [5].

8. Det fremgår af overenskomsten, at den samlede aflønning består af løn i henhold til overenskomstens § 14-18, forskellige former for feriepenge og et antal tillæg, inklusive tillægget for ubekvemme arbejdstider [6]. Det fremgår af den forelæggende rets spørgsmål, at det i overenskomsten yderligere bestemmes, at dette tillæg og visse andre tillæg indgår i beregningsgrundlaget for løn under sygdom, pensioner, erstatninger [7] og andre lønrelaterede ydelser.

9. Klinikingeniøren arbejder normalt på fuld tid, dvs. 40 timer om ugen fra mandag til fredag, og har ikke ubekvemme arbejdstider. Hvis det imidlertid fremgik af hans

2 — Allmänna Bestämmelser 95.
3 — § 8.
4 — § 32.
5 — Bilag A.
6 — § 13.
7 — Formentlig i forbindelse med opsigelse eller afskedigelse.

ansættelsesvilkår, at han skulle arbejde i treholdsskift, ville han have ret til det nævnte tillæg på samme betingelser som jordemødrene, og hans arbejdstid på fuld tid ville da kun være på 34 timer og 20 minutter, mens hans månedlige grundløn ville være den samme. Hvis der opstår et behov herfor, er de ansatte i henhold til overenskomsten forpligtet til at skifte arbejdsplan, at tilpasse deres arbejdstid, at påtage sig overarbejde ud over normal arbejdstid og at have tilkaldevagt [8].

10. Landstinget har ikke bestridt, at jordemødrene får en lavere grundløn pr. måned end ingeniøren, men det har gjort gældende, at der skal tages højde for tillægget for ubekvemme arbejdstider og værdien af den lavere arbejdstid, når lønningerne sammenlignes, og at der herefter ikke er tale om forskelsbehandling af jordemødrene.

11. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at parterne desuden er uenige om, hvorvidt det arbejde, der udføres af klinikingeniøren, kan anses for at være af samme værdi som det arbejde, der udføres af jordemødrene, og hvis det er tilfældet, om lønforskellen har en direkte eller indirekte sammenhæng med den ansattes køn. Ombudsmanden har imidlertid anmodet Arbetsdomstolen om, at det ved mellemdom fastslås, at landstinget har betalt lavere løn til jordemødrene end til ingeniøren, og det lader til, at Arbetsdomstolen med parternes samtykke har besluttet at udskille spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en lønforskel, til særskilt behandling. For at Arbetsdomstolen kan bedømme, om det er tilfældet, må den tage stilling til, hvilke lønninger der skal sammenlignes. Arbetsretten har derfor udsat sagen og forelagt følgende spørgsmål for Domstolen:

»1) Skal tillæg for ubekvemme arbejdstider i henhold til Rom-traktatens artikel 119 og Rådets direktiv 75/117/EØF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder indgå i grundlaget for lønsammenligningen, når der hævdes at foreligge løndiskrimination? Hvilken betydning har det, at tillægget for ubekvemme arbejdstider varierer fra måned til måned afhængigt af arbejdstidsplanlægningen?

2) Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, at det regelmæssigt indgår i jordemødrenes arbejdsopgaver at arbejde på tidspunkter, som giver ret til tillæg for ubekvemme arbejdstider, mens klinikingeniøren normalt ikke udfører arbejde på tidspunkter, som giver ret til et sådant tillæg?

3) Skal det forhold, at tillæg for ubekvemme arbejdstider efter national ret

8 — § 6.

indgår i løngrundlaget for fastsættelse af pensioner, løn under sygdom, erstatninger og andre lønrelaterede ydelser, tillægges betydning for besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt tillæg for ubekvemme arbejdstider skal indgå i grundlaget for lønsammenligningen, når der hævdes at foreligge løndiskrimination?

4) Skal en arbejdstidsnedsættelse — forstået som forskellen i den krævede arbejdstid ved arbejde i dagtimerne og i kontinuerligt treholdsskift — i henhold til Rom-traktatens artikel 119 og Rådets direktiv 75/117/EØF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder tages i betragtning ved lønsammenligningen, når der hævdes at foreligge løndiskrimination? I bekræftende fald: Hvilken betydning har det, at den kortere krævede arbejdstid ved arbejde i kontinuerligt treholdsskift udgør fuldtidsarbejde i henhold til den kollektive overenskomst? Såfremt arbejdstidsnedsættelsen skal ansættes til en særskilt værdi, skal denne værdi i så fald anses for at indgå i den faste kontante månedsløn eller at udgøre en særskilt ydelse, som skal indgå i lønsammenligningen?

5) Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 4, at jordemødrene, men ikke klinikingeniøren, udfører skifteholdsarbejde, som i henhold til overenskomsten giver ret til en arbejdstidsnedsættelse?«

12. Spørgsmålene kan sammenfattes til et spørgsmål om — og i givet fald hvordan — tillægget for ubekvem arbejdstid og arbejdstidsnedsættelsen skal indgå i grundlaget for lønsammenligningen.

13. Der er for Domstolen afgivet skriftlige indlæg af ombudsmanden, landstinget, Kommissionen og den finske regering, som alle var repræsenterede under retsmødet.

Relevante fællesskabsbestemmelser

14. I EF-traktatens artikel 119 er princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde fastsat. I stk. 2 er »løn« defineret som »den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier«.

15. Artikel 1, stk. 1, i ligelønsdirektivet har følgende ordlyd:

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

16. En kvindelig ansat (for at tage det typiske eksempel), der har til hensigt at påvise, at princippet om lige løn for arbejde, som tillægges samme værdi, er blevet tilsidesat, må nødvendigvis tage stilling til to særskilte spørgsmål og skal måske endda tage stilling til et tredje spørgsmål. I et tilfælde som det foreliggende, hvor det gøres gældende, at der foreligger indirekte forskelsbehandling, kan disse spørgsmål formuleres som følger: For det første skal hun tilhøre en gruppe af overvejende kvindelige ansatte, der udfører arbejde af samme værdi som en gruppe af overvejende mandlige ansatte. For det andet skal den førstnævnte gruppe oppebære lavere løn end den gruppe, der sammenlignes med. Hvis arbejdstageren kan påvise, at begge disse omstændigheder gør sig gældende, er der umiddelbart tale om forskelsbehandling på grundlag af køn. For det tredje har arbejdsgiveren dog mulighed for at afkræfte denne formodning ved at bevise, at lønforskellen er berettiget ud fra objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn [9].

17. Selv om det efter min opfattelse normalt er mest hensigtsmæssigt at behandle disse spørgsmål i den rækkefølge, der er angivet ovenfor, kan der forekomme sager, hvor det af den ene eller den anden grund er formålstjenligt at behandle dem i en anden rækkefølge. I sådanne tilfælde kan den nationale ret anmode Domstolen om bistand i forbindelse med besvarelsen af eksempelvis det andet eller det tredje spørgsmål, inden den afgør det første. Dette var tilfældet i Enderby-sagen [10], hvor Court of Appeal of England and Wales havde forelagt tre spørgsmål for Domstolen, der hovedsagelig vedrørte den tredje problemstilling om, hvorvidt lønforskellen objektivt set var berettiget, hvorved det udtrykkeligt forudsattes, at de former for arbejde, for hvilke lønnen blev sammenlignet, var af samme værdi. I denne sag gjorde den tyske regering gældende, at Domstolen ikke kunne afgøre spørgsmålene uden først at tage stilling til, om det pågældende arbejde var af samme værdi. Domstolen fastslog, at det udelukkende tilkommer de nationale retsinstanser, for hvilke de konkrete tvister er indbragt, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at de kan afsige dom, som relevansen af

9 — Jf. dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, præmis 36, af 27.10.1993, sag C-127/92, Enderby, Sml. I, s. 5535, præmis 19, og nu Rådets direktiv 97/80/EF af 15.12.1997 om bevisbyrden i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af kon (EFT 1998 L 14, s. 6).

10 — Nævnt i fodnote 9.

de spørgsmål, de forelægger Domstolen. Når Domstolen får forelagt en anmodning om fortolkning af fællesskabsretten, som ikke klart er uden forbindelse med realiteten i eller genstanden for hovedsagen, skal den besvare spørgsmålet uden selv at tage stilling til gyldigheden af en forudsætning, som det tilkommer den nationale ret at kontrollere efterfølgende, såfremt det måtte vise sig nødvendigt [11].

18. Generaladvokat Lenz bemærkede, at den tyske regerings betænkeligheder med hensyn til, om de funktioner, der skulle sammenlignes, havde samme værdi, formentlig skyldtes 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 løndiskrimination. Generaladvokaten anførte imidlertid, at det forhold, at Court of Appeal på linje med de tidligere retsinstanser, der havde behandlet sagen, havde lagt til grund, at de funktioner, der skulle sammenlignes, havde samme værdi, var en følge af de procesretlige muligheder, der fandtes i den berørte medlemsstat. 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 kunne efter national lovgivning udsættes til fordel for behandlingen af de retlige spørgsmål [12]

19. I den foreliggende sag har landstingets skriftlige og mundtlige indlæg hovedsagelig vedrørt spørgsmålet om, hvorvidt jordemødrene og klinikingeniøren udfører arbejde af samme værdi i relation til ligelønsprincippet. Landstinget er klart af den opfattelse, at jordemødrenes arbejde ikke har samme værdi som klinikingeniørernes arbejde. Selv om både den finske regering og Kommissionen også har udtrykt tvivl vedrørende spørgsmålet, om arbejdet er af samme værdi, finder de begge, at retten er berettiget til at forelægge spørgsmål om lige løn med udgangspunkt i, at arbejdet har samme værdi. Da det i overensstemmelse med det ovenfor anførte klart fremgår af forelæggelseskendelsen (og indirekte af spørgsmålene), at Arbetsdomstolen i forbindelse med forelæggelsen har lagt til grund, at arbejdet har samme værdi, og da det klart fremgår af Domstolens dom i Enderby-sagen, at en sådan fremgangsmåde er acceptabel, vil jeg ikke behandle spørgsmålet om, hvorvidt de to gruppers arbejde har samme værdi.

20. Den antagelse, der ligger til grund for sagen om, at det arbejde, som de to grupper udfører, er »af samme værdi«, må anses for at indebære, at 40 timers arbejde for jordemødrene er af samme værdi som 40 timers arbejde for klinikingeniøren, og ikke at eksempelvis 34 timers arbejde for jordemoderen er af samme værdi som 40 timers arbejde for klinikingeniøren. Det er udelukkende på baggrund af denne antagelse, at man kan rejse spørgsmålet, om der kan tages hensyn til den kortere arbejdsuge for jordemødrene. (Jeg vil derfor i det følgende se bort fra, at den kollektive overenskomst synes at tillægge arbejdsuger af forskellig længde »samme værdi«.)

11 — Præmis 10 og 12.
12 — Punkt 6 og 7 i forslaget.

Betydningen af kollektive overenskomstforhandlinger

21. I retsmødet anførte ombudsmanden, at man i Sverige har den opfattelse, at kollektive overenskomster ikke er omfattet af fællesskabsretten. Dette skal formentlig forstås på den måde, at det forhold, at lønnen fastsættes i forbindelse med overenskomstforhandlinger, anses for at udgøre et værn mod, at der hævdes at foreligge løndiskrimination. En sådan opfattelse er klart uforenelig med fællesskabsretten. Domstolen har fastslået, at princippet om lige løn til mandlige og kvindelige arbejdstagere finder anvendelse, når lønnen fastsættes i forbindelse med overenskomstforhandlinger eller gennem forhandlinger på lokalt niveau. Den nationale domstol kan imidlertid tage hensyn til denne omstændighed ved vurderingen af, om forskelle mellem gennemsnitslønnen for de to grupper af arbejdstagere skyldes objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn [13].

Tillægget for ubekvem arbejdstid

Begrebet »løn«

22. Det kan for det første konstateres, at tillægget klart udgør løn i den forstand, hvori begrebet er anvendt i artikel 119, og der ville derfor foreligge forskelsbehandling på grundlag af køn, hvis f.eks. en gruppe arbejdstagere, som hovedsagelig består af mænd, og som udfører arbejde, der er af samme værdi som det arbejde, der udføres af jordemødre, ikke fik det nævnte tillæg, hvis de arbejdede på ubekvemme tidspunkter. Dette besvarer imidlertid ikke det spørgsmål, som er forelagt for Domstolen: Skal tillægget under omstændighederne i den foreliggende sag tages i betragtning ved anvendelsen af ligelønsprincippet?

23. På baggrund af ovennævnte har jeg ikke til hensigt at tage stilling til nogle af de argumenter, som landstinget har fremført for at påvise, at tillægget for ubekvem arbejdstid, eftersom der er tale om »løn«, skal anses for at udgøre en del af jordemødrenes grundløn ved sammenligningen.

Rækkevidden af Domstolens udtalelse i Barber-sagen

24. I Barber-sagen [14] udtalte Domstolen følgende:

»[...] For det andet ønsker [den nationale ret] i det væsentlige oplyst, om ligelønnen

13 — Jf. f.eks. dom af 31.5.1995, sag C-400/93, Royal Copenhagen, Sml. I, s. 1275, præmis 47.

14 — Dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889.

skal sikres for hver enkelt del af lønnen eller kun ud fra en samlet vurdering af de ydelser, arbejdstagerne modtager.

[...]

Med hensyn til måden, hvorpå det kan efterprøves, om ligelønsprincippet overholdes, må det konstateres, at hvis de nationale domstole var forpligtet til at foretage en vurdering og sammenligning af alle de forskellige former for ydelser, der alt efter omstændighederne udbetales til mænd og kvinder, ville domstolskontrollen være vanskelig at gennemføre, og som følge heraf ville artikel 119's effektive virkning blive svækket. Heraf følger, at virkelig gennemskuelighed, der gør det muligt at udøve en effektiv kontrol, kun opnås, hvis ligelønsprincippet gælder for hver enkelt del af den løn, mænd og kvinder modtager« [15].

25. Ombudsmanden og Kommissionen har til støtte for deres standpunkt om, at ligebehandlingen skal foreligge i relation til grundlønnen, uden hensyntagen til tillægget for ubekvem arbejdstid, hovedsagelig påberåbt sig denne udtalelse.

26. Ombudsmanden har anført, at gennemskuelighedsprincippet ville blive tilsidesat, hvis den nationale ret var tvunget til at udføre en kompliceret bedømmelse af hver arbejdstagers aflønning. Jordemødrene har ubekvemme arbejdstider og modtager kompensation herfor, hvorimod klinikingeniøren ikke har ubekvemme arbejdstider og derfor ikke modtager nogen sådan kompensation. Sund fornuft og et logisk ræsonnement tilsiger, at en retfærdig sammenligning kun skal omfatte den månedlige grundløn.

27. Kommissionen har anført, at tillægget for ubekvem arbejdstid kun kan sammenlignes med det tillæg, som klinikingeniøren ville have fået, hvis han havde haft samme arbejdstid, og at det følgelig kun er den månedlige grundløn, der skal sammenlignes.

28. Landstinget er derimod af den opfattelse, at Domstolens udtalelse i Barbersagen ikke kan tillægges betydning i den foreliggende sag. Barber-sagen vedrørte frem for alt gennemskueligheden og en ydelse, som såvel kvinder som mænd havde ret til, blot ikke ved samme alder. Domstolen fastslog, at det forhold, at Douglas Harvey Barber, der blev opsagt som 52-årig, havde ret til en højere fratrædelsesgodtgørelse end den, der tilkom en kvindelig arbejdstager, der blev opsagt ved samme alder, ikke kunne afhjælpe den forskelsbehandling, der fulgte af, at en kvindelig arbejdstager på samme alder yderligere ville have været berettiget til en pension, der straks kom til udbetaling, mens han

15 — Præmis 31 og 34.

kun havde ret til en opsat pension. I den foreliggende sag har de jordemødre, der arbejder på treholdsskift, derimod ret til tillæg for ubekvem arbejdstid, mens klinikingeniøren, der har en normal ugentlig arbejdstid, ikke har ret til et sådant tillæg.

29. Den finske regering har også henvist til udtalelsen i Barber-sagen. Den har nærmere anført, at når de to arbejdstagere (hvoraf den ene er den person, der mener at være blevet diskrimineret, og den anden er den person, der sammenlignes med) udfører samme eller næsten samme arbejde under samme omstændigheder og med samme arbejdstid, er det enkelt på baggrund af denne udtalelse at sammenligne hver del af lønnen. Ligelønsprincippet skal imidlertid også finde anvendelse i tilfælde, hvor der ikke er tale om samme arbejde, men hvor arbejdet kan tillægges samme værdi. Jo større forskellen er mellem arbejdet, desto sværere er det ikke alene at sammenligne de forskellige dele af lønnen, men også at tage stilling til spørgsmålet, om arbejdet har samme værdi. I tilfælde, hvor arbejdet antages at være af samme værdi ud fra en bedømmelse af, hvor krævende eller svært arbejdet er, kan man ikke sammenligne lønnen uden at tage hensyn til de faktorer, som har dannet grundlag for denne bedømmelse. Når ansættelsesvilkårene således (som f.eks. pligten til at arbejde på ubekvemme tidspunkter) har været tillagt vægt ved bedømmelsen af, om arbejdet er af samme værdi som det arbejde, der udføres af den person, der sammenlignes med, skal den del af lønnen, som udgør kompensation for disse vilkår, tages i betragtning ved sammenligningen af lønnen. Det er følgelig nødvendigt i hvert enkelt tilfælde at afgøre, hvilke dele af lønnen der skal sammenlignes, med henblik på at bedømme, om ligelønsprincippet er blevet iagttaget.

30. Jeg kan tilslutte mig den finske regerings synspunkt om, at det ikke er muligt at opstille en fast regel om, at forskellige dele af lønnen skal eller ikke skal tages i betragtning i forbindelse med en lønsammenligning. Mens den finske regering har gjort gældende, at reglen må variere alt efter de faktorer, som har medført, at arbejdet betragtes som værende af samme værdi, er det min opfattelse, at det snarere er lønstrukturen, der er afgørende for, hvordan man skal bedømme, om der er tale om lige løn.

31. Den eneste måde at sikre sig ligebehandling på er generelt at bedømme hver del af lønnen særskilt i forbindelse med lønsammenligningen. Dette er desuden den eneste måde at opnå gennemskuelighed på og sikre sig en effektiv domstolskontrol. Som Domstolen fastslog i Danfoss-sagen [16] og senere gentog i Barber-sagen [17], vil den manglende gennemskuelighed forhindre enhver form for kontrol fra de nationale retters side. Det er herefter min generelle opfattelse, at ligelønsprincippet i overensstemmelse med Domstolens udtalelse i Barber-sagen finder anvendelse på hver enkelt del af den løn, der udbetales til mandlige og kvindelige arbejdstagere.

32. I tilfælde, hvor lønstrukturen af historiske eller andre grunde er så kompliceret,

16 — Dom af 17.10.1989, sag 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mod Dansk Arbejdsgiverforening (for Danfoss), Sml. s. 3199, præmis 12.

17 — Nævnt i fodnote 14, dommens præmis 34.

at det er svært eller helt umuligt at udskille de personlige dele af lønnen eller at vurdere grundlaget for beregningen, kan det både være urealistisk og nytteløst at betragte de enkelte dele af lønnen hver for sig. Dette kunne desuden føre til forskelsbehandling af det andet køn. I sådanne tilfælde kan en helhedsvurdering være den eneste korrekte — eller eneste mulige — metode i mangel af en omstrukturering af systemet. Det er uden tvivl sådanne omstændigheder, Domstolen havde i tankerne, da den i Royal Copenhagen-dommen [18] udtalte, at visse lønsystemer er strukturerede på en sådan måde, at der ved bedømmelsen af, om artikel 119 er blevet tilsidesat, skal foretages en »helhedsvurdering« [19].

33. Dette betyder imidlertid ikke, at én del af den samlede løn kan opveje en anden del. Det er således forståeligt, at Domstolen i Barber-sagen — hvor mandlige arbejdstagere, der var blevet sagt op, havde ret til en pension, som straks kom til udbetaling, hvis de var fyldt 55 år, hvorimod kvindelige arbejdstagere, der var blevet sagt op, havde ret til en pension, der straks kom til udbetaling, hvis de var fyldt 50 år — fandt, at det ikke var acceptabelt at forsøge at opveje diskriminerende pensionsrettigheder ved at tage hensyn til eventuelle forskelle i fratrædelsesgodtgørelsen.

34. Hvad er da situationen i denne sag? Jeg skal her erindre om [20], at en kvindelig arbejdstager kan fastslå, at princippet om lige løn for arbejde af samme værdi *umiddelbart* er blevet tilsidesat, ved at påvise, at hun for det første tilhører en gruppe af overvejende kvindelige ansatte, der udfører arbejde af samme værdi som en gruppe af overvejende mandlige ansatte, og for det andet, at den førstnævnte gruppe oppebærer lavere løn end den gruppe, der sammenlignes med. Det er herefter op til arbejdsgiveren at afkræfte denne formodning ved at påvise, at lønforskellen er berettiget ud fra objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

35. I den foreliggende sag er det muligt at adskille jordemødrenes grundløn fra tillægget for ubekvem arbejdstid og derefter sammenligne grundlønnen med klinikingeniørens grundløn. Efter min opfattelse er det i den foreliggende sag og i lignende sager mest korrekt at lægge til grund, at den gruppe, som oppebærer den laveste grundløn, som i dette tilfælde er jordemødrene, får mindre udbetalt, hvilket indebærer, at det andet af de ovenfor nævnte spørgsmål, nemlig spørgsmålet, om den ene gruppe oppebærer lavere løn end den anden, skal besvares bekræftende. Det kan tilføjes, at denne opfattelse i den foreliggende og i lignende sager ville medføre en højere grad af gennemskuelighed. Det forhold, at tillægget varierer fra måned til måned, alt afhængig af, på hvilke tids-

18 — Nævnt i fodnote 13, dommens præmis 43.
19 — Præmis 18.
20 — Jf. punkt 16 ovenfor.

punkter og på hvilke dage jordemødrene har haft deres skift, ville gøre det vanskeligt at foretage en fornuftig sammenligning mellem på den ene side jordemødrenes sammenlagte løn og tillæg og på den anden side klinikingeniørens grundløn.

36. Jeg er således af den opfattelse, at arbejdstagere — som jordemødrene i den foreliggende sag — har mulighed for at påvise, at ligelønsprincippet *umiddelbart* er blevet tilsidesat. Jeg mener imidlertid ikke, at dette nødvendigvis løser problemet. I overensstemmelse med det, der er anført ovenfor, er det op til arbejdsgiveren, når en arbejdstager har påvist, at der foreligger et umiddelbart tilfælde af løndiskrimination, at godtgøre, at lønforskellen er berettiget ud fra objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn. Hvis arbejdsgiveren kan påvise, at lønforskellen er berettiget, foreligger der ikke en tilsidesættelse af ligelønsprincippet.

37. Denne opfattelse er i overensstemmelse med dommen i Royal Copenhagen-sagen[21], i hvilken Domstolen havde fået forelagt et spørgsmål om, hvilken betydning det har ved vurderingen af, om ligelønsprincippet er blevet respekteret, at der bl.a. kan påvises forskelle mellem arbejdet i de to grupper med hensyn til betalte pauser og frihed i arbejdstilrettelæggelsen og med hensyn til arbejdsgener[22] i form af støj, temperatur, ensidigt, gentaget eller monotont arbejde[23] (sagen vedrørte maskinoperatører og porcelænsmalere, som arbejdede i en virksomhed, der fremstillede keramiske produkter). Domstolen fastslog, at den nationale retsinstans, der er kompetent til at vurdere de faktiske omstændigheder, under hensyn til faktiske forhold i forbindelse med arten af de former for arbejde, der udføres, og de vilkår, hvorunder de udføres, må afgøre, om de kan tillægges samme værdi, eller om disse forhold kan antages at udgøre objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn, og som kan begrunde eventuelle lønforskelle[24].

38. I den foreliggende sag er det tvivlsomt, om arbejdsgiveren kan påberåbe sig tillægget for ubekvem arbejdstid som begrundelse for forskellen i grundlønnen, da tillægget synes at have til formål at kompensere for det besvær og de forstyrrelser i familielivet, i det sociale liv samt i søvnrytmen, som følger af de forskellige skift, der giver ret til tillægget. Landstinget har i sit skriftlige indlæg i sagen hævdet, at man, da man i forbindelse med overenskomstforhandlingerne fastsatte sygeplejerskernes og jordemødrenes lønniveau, tog højde for, at disse grupper har skifteholdsarbejde, som udløser kompensation for ubekvem arbejdstid. Hvis det forholder sig sådan, vil det medføre, at tillægget mister sin kompensatoriske karakter. Hvis dette faktisk er tilfældet, vil landstinget have mulighed for at afkræfte formodningen om, at ligelønsprincippet er blevet tilsidesat som

21 — Jf. fodnote 13.

22 — Præmis 39.

23 — Jf. spørgsmål 4 (i), præmis 10.

24 — Præmis 42.

følge af forskellen i grundløn. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om, og i givet fald i hvilken udstrækning, tillægget har en sådan kompensatorisk karakter.

39. Det er følgelig min opfattelse, at når lønstrukturen er sådan, at det i princippet er muligt at adskille og sammenligne særskilte dele af lønnen, skal dette gøres, mens arbejdsgiveren bevarer muligheden for at modbevise, at forskellen i den henseende beror på kønnet. Når lønstrukturen derimod er mindre gennemskuelig, er det kun muligt at foretage en helhedsvurdering. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om det i en given sag er muligt at sammenligne de forskellige dele af lønnen, eller om sammenligningen kun kan foretages i form af en helhedsvurdering.

40. I det sidstnævnte tilfælde indebærer det forhold, at lønstrukturen (*eventuelt*) ikke er gennemskuelig, i sig selv, at arbejdsgiveren fortsat har bevisbyrden for at modbevise den påståede diskrimination. Denne konklusion følger af dommen i Danfoss-sagen [25], i hvilken Domstolen fastslog, at hvis en virksomhed anvender et lønsystem, der er helt uigennemskueligt, har arbejdsgiveren bevisbyrden for, at hans lønpolitik ikke er diskriminerende, hvis en kvindelig arbejdstager kan påvise, at de kvindelige arbejdstageres gennemsnitsløn i forhold til et relativt stort antal arbejdstagere er lavere end de mandlige arbejdstageres gennemsnitsløn. Jeg mener, at dette princip også må finde anvendelse, når en arbejdstager påstår, at et uigennemskueligt system af tillæg eller andre lønelementer er diskriminerende, selv om der ikke kan påvises nogen forskel i gennemsnitslønnen.

25 — Jf. fodnote 16. Jf. også dom af 30.6.1988, sag 318/86, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 3559.

Virkningen af arbejdstidsnedsættelsen

41. Arbetsdomstolen har desuden forelagt det spørgsmål, om der ved lønsammenligningen skal tages hensyn til, at de jordemødre, som arbejder i treholdsskift, skal arbejde færre timer om ugen for, at det skal udgøre en fuld arbejdsuge med hensyn til lønnen. Følgen heraf ville naturligvis blive, at jordemødrenes månedlige grundløn med henblik på en sammenligning med en arbejdstager, der har en normal 40 timers arbejdsuge, skulle ganges med 40/34,33, hvilket ville indebære en forhøjelse af lønnen. Samme resultat ville blive opnået, hvis man i stedet for at sammenligne den månedlige grundløn sammenlignede lønnen for hver effektiv arbejdstime.

42. Landstinget har gjort gældende, at lønsammenligningen skal foretages på grundlag af aflønningen for hver effektiv arbejdstime. Det har i den forbindelse anført, at hvis fri transport, der ydes af arbejdsgive-

ren — som Domstolen fastslog i Garland-sagen[26] — er »løn« i artikel 119's forstand, må en nedsættelse af arbejdstiden logisk set også anses for at være det. Værdien af arbejdstidsnedsættelsen skal således opgøres og inkluderes i månedslønnen ved sammenligningen. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at sager som Garland-sagen ikke er relevante. Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt den frie transport udgjorde løn, hvilket i så fald indebar, at det var åbenbart diskriminerende at tildele denne ydelse til mandlige arbejdstagere og ikke til kvindelige arbejdstagere. Den foreliggende sag vedrører tydeligvis et helt andet spørgsmål.

43. Ombudsmanden har henvist til en række sager, som Landstinget åbenbart har påberåbt sig på et tidligere stadium af sagen ved den nationale ret[27]. Det fremgår af disse sager, at spørgsmålet om lige løn skal afgøres i forhold til lønnen pr. arbejdstime og uge. Ifølge ombudsmanden er disse sager, der alle vedrørte en påstået kønsdiskrimination mellem heltids- og deltidsansatte, ikke relevante, da en sammenligning af timelønnen i den foreliggende sag efter ombudsmandens opfattelse ikke er berettiget. Dette følger af, at en jordemoder, der har en normal 40-timers arbejdsuge, får samme løn som en jordemoder, der arbejder 34 timer om ugen. Selv om en arbejdstidsnedsættelse i princippet kan udgøre en sådan objektiv faktor, der berettiger til en anden løn, kan arbejdstidsnedsættelsen ikke berettige forskellen i den foreliggende sag.

44. Jeg mener, at den almindelige regel må være, at der ved lønsammenligningen skal tages hensyn til det antal arbejdstimer, som de to arbejdstagere har, og at en forskel i timetallet berettiger til en forskel i lønnen. Der vil således — for at tage et ekstremt eksempel — ikke være tale om forskelsbehandling på grundlag af køn i en situation, hvor en mandlig arbejdstager, som arbejder på fuld tid, får dobbelt så høj løn som en kvindelig arbejdstager, der kun arbejder på halv tid, eller i en situation, hvor en mand har overarbejde, og en kvinde ikke har det. De sager, som ombudsmanden har henvist til, og som klart støtter denne opfattelse, savner imidlertid i øvrigt relevans for det spørgsmål, der er forelagt for Domstolen, da disse sager generelt vedrører spørgsmål om forskellige lønsatser eller personalegoder, der ydes til henholdsvis deltids- og fuldtidsansatte. I den foreliggende sag kan det imidlertid efter min mening ikke for alvor hævdes, at jordemødrene, der klart behandles af deres arbejdsgiver, som om de arbejdede en fuld arbejdsuge, ikke skulle betragtes som om, de arbejdede på fuld tid. Det fremgår af sagens akter — og det må således lægges til grund — at arbejdstidsnedsættelsen opvejer treholdsskiftet.

26 — Dom af 9.2.1982, sag 12/81, Garland, Sml. s. 359.

27 — Jf. dom af 27.6.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, præmis 19 og 20, Bilka-dommen, nævnt i fodnote 9, dommens præmis 27, og dom af 15.12.1994, forenede sager C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 og C-78/93, Helmig m.fl., Sml. I, s. 5727, præmis 26 og 27.

Arbejdstidsnedsættelsen skal således efter min mening ikke tages i betragtning i forbindelse med lønsammenligningen. For at kunne foretage en korrekt sammenligning skal man følgelig sammenligne jordemødrenes månedlige grundløn med klinikingeniørens grundløn uden at justere jordemødrenes løn i forhold til arbejdstidsnedsættelsen.

45. Ifølge Kommissionen udgør arbejdstidsnedsættelsen et arbejdsvilkår som omhandlet i ligebehandlingsdirektivet [28]. Jeg deler denne opfattelse, der bl.a. har støtte i Stöckel-dommen [29], hvor Domstolen fandt, at et system med kontinuerligt treholdsskift, som indbefattede natarbejde, udgjorde et arbejdsvilkår i direktivets forstand.

46. Kommissionen har tilføjet, at den omstændighed, at arbejdstidsnedsættelsen kan have økonomisk betydning, ikke er tilstrækkelig grund til at bringe den ind under ligelønsreglerne [30]. Dette er korrekt, men betyder kun, at artikel 119 ikke kan fortolkes således, at den ud over lige løn også foreskriver lighed med hensyn til de øvrige arbejdsvilkår [31]. Det betyder ikke, at arbejdsvilkår under ingen omstændigheder kan være af betydning for det generelle spørgsmål om lige løn.

47. Det fremgår navnlig af Royal Copenhagen-dommen [32], at arbejdsvilkårene kan have betydning for spørgsmålet, om arbejdet kan tillægges samme værdi, og for spørgsmålet, om der foreligger objektive faktorer, som kan begrunde en lønforskel for arbejde af samme værdi [33].

48. Det følger heraf, at det i princippet er op til arbejdsgiveren — ligesom det var tilfældet med tillægget for ubekvem arbejdstid — i påkommende tilfælde at påvise, at det ikke er korrekt at betragte arbejdstidsnedsættelsen som en kompensation for det besvær og de forstyrrelser, som treholdsskiftet medfører, og at den forskel i timeløn, der følger af dette, er berettiget ud fra objektive faktorer, der intet har at gøre med kønsdiskrimination.

28 — Rådets direktiv 76/207/EØF af 9.2.1976 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).

29 — Dom af 25.7.1991, sag C-345/89, Sml. I, s. 4047.

30 — Dom af 15.6.1978, sag 149/77, Defrenne, Sml. s. 1365, præmis 21.

31 — Præmis 24 i Defrenne-sagen.

32 — Jf. fodnote 13.

33 — Jf. præmis 42 og punkt 39 ovenfor.

Forslag til afgørelse

49. Efter min opfattelse skal Arbetsdomstolens spørgsmål besvares således:

»1) Når lønnen består af flere dele, som f.eks. en grundløn og et tillæg for ubekvem arbejdstid, skal disse dele vurderes hver for sig i forbindelse med en lønsammenligning med henblik på ligelønsprincippet. Når en sådan sammenligning viser, at ligelønsprincippet umiddelbart er blevet tilsidesat, skal der ses bort herfra, såfremt arbejdsgiveren kan påvise, at forskellen er begrundet ud fra objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

2) Når det er svært eller helt umuligt at adskille de forskellige dele af lønnen, er det nødvendigt at foretage en helhedsvurdering i forbindelse med lønsammenligningen. I et sådant tilfælde indebærer den blotte omstændighed, at lønstrukturen ikke er gennemskuelig, at arbejdsgiveren fortsat har bevisbyrden for, at der ikke er tale om forskelsbehandling på grundlag af køn.

3) Når den arbejdstager, som påstår, at der foreligger forskelsbehandling, arbejder færre timer om ugen end den, der sammenlignes med, men hvor disse timer af arbejdsgiveren betragtes som udgørende en hel arbejdsuge, er det med henblik på ligelønsprincippet korrekt at sammenligne de to arbejdstageres grundløn uden først at tilpasse den førstnævnte arbejdstagers løn til arbejdstidsnedsættelsen. Når en sådan sammenligning viser, at ligelønsprincippet *umiddelbart* er blevet tilsidesat, skal der ses bort herfra, såfremt arbejdsgiveren kan påvise, at lønforskellen er begrundet i objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.«