FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 16 december 1999 *

1. Arbetsdomstolen i Sverige har i detta mål i huvudsak ställt frågan huruvida ersättning för obekväm arbetstid och värdet av arbetstidsförkortning skall beaktas vid en lönejämförelse mellan en manlig och en kvinnlig arbetstagare som utför likvärdigt arbete i den mening som avses i artikel 119 i EG-fördraget (nu artikel 141 EG i ändrad lydelse) och direktivet om lika lön [1].

Bakgrund och förfarandet vid den nationella domstolen

2. I målet vid Arbetsdomstolen har Jämställdhetsombudsmannen (nedan kallad JämO) yrkat att Örebro Läns Landsting (nedan kallat landstinget) skall förpliktas att utge skadestånd till två barnmorskor, Kristina Ellmén och Kia Wetterberg, eftersom landstinget har diskriminerat barnmorskorna genom att under en viss period betala dem lägre grundlön per månad än en klinikingenjör, fastän de utfört likvärdigt arbete.

3. Barnmorskorna har erhållit en grundlön om 17 400 SEK respektive 16 600 SEK per månad medan klinikingenjörens grundlön varit 19 650 SEK per månad. Barnmorskorna och klinikingenjören arbetar på Regionsjukhuset i Örebro och är anställda av landstinget. Samtliga barnmorskor som arbetar på detta sjukhus är kvinnor, och ungefär 90 procent av de klinikingenjörer som arbetar där är män.

4. Barnmorskorna i det förevarande målet arbetar vanligtvis kontinuerligt treskift, där dygnet är uppdelat i tre överlappande skift, även om de ibland arbetar med annan arbetstidsförläggning, såsom tvåskift (dagar och kvällar), nattarbete eller dagtidsarbete. Under den aktuella perioden arbetade barnmorskorna mestadels treskift

* Originalspråk: engelska.

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

eller tvåskift. Det förekom även visst nattarbete.

5. Barnmorskorna och klinikingenjören omfattas av samma kollektivavtal.[2] Enligt detta kollektivavtal är den ordinarie arbetstiden för en heltidsanställd i genomsnitt 40 timmar per vecka, utom i fall där arbetstiden är förlagd till söndagar och/eller helgdagar, då arbetstiden i genomsnitt är 38 timmar och 15 minuter, och i fall där arbetstiden är förlagd enligt ett sådant treskiftssystem som beskrivits ovan, vilket innebär att den genomsnittliga arbetstiden är 34 timmar och 20 minuter per vecka.[3]

6. Grundlönen per månad varierar inte för en arbetstagare beroende på om denne arbetar 40 timmar, 38 timmar och 15 minuter eller 34 timmar och 20 minuter per vecka. Barnmorskorna erhåller således samma grundlön per månad oavsett om de arbetar 38 timmar och 15 minuter eller 34 timmar och 20 minuter per vecka (eller, i förekommande fall, 40 timmar per vecka).

7. Det kollektivavtal som barnmorskorna och klinikingenjören omfattas av föreskriver vidare att arbetstagare som arbetar obekväm arbetstid (helger, helgdagar, nätter eller treskift) som inte utgör övertid, har rätt till tillägg för obekväm arbetstid.[4] Tillägget är angivet som ett fast timpåslag, oavsett den övriga lön som den anställde erhåller. Timpåslaget varierar efter tiden på dagen (det är till exempel högre för nattarbete än för kvällsarbete) och med hänsyn till om timmarna arbetas en söndag eller en helgdag. Ersättningsnivån och de timmar som anses vara obekväma fastställs i det tillämpliga kollektivavtalet.[5]

8. Kollektivavtalet föreskriver att avlöningsförmåner utgörs av lön, i den mening som avses i §§ 14—18 i kollektivavtalet, olika typer av semesterersättningar och flera andra ersättningar, inklusive ersättning för obekväm arbetstid.[6] Det framgår av Arbetsdomstolens frågor att kollektivavtalet även föreskriver att ersättning för obekväm arbetstid och vissa andra ersättningar ingår i löneunderlaget för att fastställa sjuklön, pensioner, skadestånd[7] och andra lönerelaterade ersättningar.

9. Klinikingenjören arbetar normal heltid, det vill säga 40 timmar per vecka från måndag till fredag utan obekväm arbetstid. Om hans anställningsvillkor emellertid

2 — Allmänna bestämmelser 95.
3 — § 8.
4 — § 32.
5 — Bilaga A.
6 — § 13.
7 — Förmodligen i samband med uppsägning eller avsked.

krävde att han arbetade treskift, skulle han liksom barnmorskorna ha rätt till ersättning för obekväm arbetstid och hans arbetstid för heltidsarbete skulle vara endast 34 timmar och 20 minuter, medan hans grundlön per månad skulle förbli densamma. Om behov föreligger är arbetstagare enligt kollektivavtalet skyldiga att byta schema, förskjuta arbetstiden, tjänstgöra utöver fastställd arbetstid samt fullgöra jour och beredskap. [8]

10. Landstinget har inte bestritt att barnmorskorna erhåller en lägre grundlön per månad jämfört med klinikingenjören, men det har gjort gällande att det ändå inte föreligger någon diskriminering av barnmorskorna, eftersom ersättningen för obekväm arbetstid och värdet av arbetstidsförkortningen skall ingå i underlaget för lönejämförelsen.

11. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att parterna även är oeniga om huruvida det arbete som utförs av klinikingenjören är att betrakta som likvärdigt med det arbete som utförs av barnmorskorna och, om så är fallet, huruvida löneskillnaden har ett direkt eller indirekt samband med arbetstagarnas könstillhörighet. JämO har emellertid yrkat att Arbetsdomstolen genom mellandom skall fastställa att landstinget har tillämpat lägre lön för barnmorskorna än för klinikingenjören.

Arbetsdomstolen har med parternas medgivande beslutat att först pröva den särskilda frågan huruvida det föreligger någon löneskillnad. För att Arbetsdomstolen skall kunna bedöma om så är fallet, måste den fastställa de löner som skall jämföras. Arbetsdomstolen har för detta ändamål ställt följande tolkningsfrågor till EG-domstolen:

"1. Skall ersättning för obekväm arbetstid enligt artikel 119 i Romfördraget och rådets direktiv 75/117/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män ingå i underlaget för lönejämförelsen vid påstådd lönediskriminering? Vilken betydelse har det att ersättningen för obekväm arbetstid varierar från månad till månad beroende på schemaläggningen?

2. Skall det vid ställningstagandet till frågan vid 1 tillmätas betydelse att det regelbundet ingår i barnmorskornas arbetsuppgifter att arbeta på tid som ger rätt till ersättning för obekväm arbetstid, medan klinikingenjören inte regelbundet utför arbete på tid som ger rätt till sådan ersättning?

3. Skall det förhållandet att ersättning för obekväm arbetstid enligt nationell rätt

8 — S 6.

ingår i löneunderlaget för att fastställa pensioner, sjuklön, skadestånd och andra lönerelaterade ersättningar tillmätas betydelse vid avgörande av frågan huruvida ersättning för obekväm arbetstid skall ingå i underlaget för lönejämförelsen vid påstådd lönediskriminering?

5. Skall det vid ställningstagandet till frågan vid 4 tillmätas betydelse att barnmorskorna men inte klinikingenjören utför skiftarbete som avtalsenligt ger rätt till arbetstidsförkortning?"

12. Dessa frågor kan sammanfattas till en fråga, nämligen frågan om, och i så fall hur, ersättningen för obekväm arbetstid samt värdet av arbetstidsförkortningen skall beaktas vid lönejämförelsen.

13. Skriftliga yttranden har getts in av JämO, landstinget, kommissionen och Finlands regering. Samtliga dessa var representerade vid sammanträdet.

4. Skall arbetstidsförkortning — i betydelsen skillnaden mellan arbetstidsmått för dagtid och kontinuerligt treskift — enligt artikel 119 i Romfördraget och rådets direktiv 75/117/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män beaktas vid lönejämförelsen vid påstådd lönediskriminering? Om svaret är jakande: Vilken betydelse har det att det lägre arbetstidsmåttet vid kontinuerligt treskiftsarbete utgör heltid enligt kollektivavtalet? Om arbetstidsförkortningen skall åsättas ett särskilt värde, skall i så fall detta värde anses ingå i den fasta kontanta månadslönen eller utgöra en särskild ersättning som skall ingå i lönejämförelsen?

Gemenskapslagstiftningen

14. I artikel 119 i EG-fördraget fastställs principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete. Enligt andra stycket skall med "lön" förstås "den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen".

15. Artikel 1 första stycket i direktivet om lika lön föreskriver 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."

16. En kvinnlig arbetstagare (för att ta det mest frekventa fallet), som gör gällande att principen om lika lön för arbete som tillerkänns lika värde har åsidosatts, måste ta ställning till två skilda frågor och kan även bli tvungen att ta ställning till en tredje fråga. När det i ett fall som det förevarande rör sig om en påstådd indirekt diskriminering, kan dessa frågor uttryckas enligt följande. För det första måste hon ingå i en grupp arbetstagare som nästan uteslutande består av kvinnor och som utför arbete som är av lika värde som det arbete som utförs av en grupp arbetstagare som huvudsakligen består av män. För det andra måste den förstnämnda gruppen erhålla lägre lön än jämförelsegruppen. Om arbetstagaren visar att båda dessa omständigheter föreligger, rör det sig om ett *prima facie*-fall av diskriminering. För det tredje kan arbetsgivaren emellertid bryta denna presumtion genom att bevisa att löneskillnaden är berättigad av objektiva faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra. [9]

17. Även om det enligt min mening vanligtvis är lämpligt att besvara dessa frågor i den ordning som anges ovan, kan det förekomma fall där det av olika anledningar är ändamålsenligt att besvara dem i en annan ordning. I sådana fall kan den nationella domstolen vända sig till EG-domstolen för att få svar på till exempel den andra eller den tredje frågan, innan den avgör den första frågan. Detta var fallet i målet Enderby, [10] där Court of Appeal of England and Wales ställde tre frågor till domstolen, vilka i huvudsak rörde den tredje frågan som anges ovan, nämligen frågan huruvida löneskillnaden objektivt sätt var berättigad, varvid det uttryckligen förutsattes att de två arbeten för vilka lönerna jämfördes var likvärdiga. Den tyska regeringen anförde i detta mål att domstolen inte kunde avgöra denna fråga utan att först fastställa om arbetena i fråga var likvärdiga. Domstolen ansåg att det ankom uteslutande på de nationella domstolarna att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl nödvändigheten av ett förhandsavgörande för att kunna döma i målet, som relevansen av de frågor som de ställer till domstolen. När domstolen i ett sådant fall har erhållit en begäran om tolkning av gemenskapsrätten som inte

9 — Se dom av den 13 maj 1986 i mål 170/84, Bilka (REG 1986, s. 1607; svensk specialutgåva, volym 8, s. 583), punkt 36, och av den 27 oktober 1993 i mål C-127/92, Enderby (REG 1993, s. I-5535; svensk specialutgåva, volym 14), punkt 19. Se även rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering (EGT L 14, 1998, s. 6).

10 — Se ovan fotnot 9.

uppenbart saknar samband med verkliga omständigheter eller med föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, måste den besvara begäran utan att själv behöva ta ställning till giltigheten av ett antagande som det åligger den hänskjutande domstolen att kontrollera senare, om detta visar sig vara nödvändigt. [11]

18. Enligt generaladvokaten Lenz berodde den tyska regeringens reservationer avseende antagandet att arbetena var likvärdiga förmodligen på det förhållandet att en stor del av det ansvar för att lägga fram fakta i målet och den bevisbörda som åligger en kärande som påstår att det föreligger lönediskriminering hänförde sig till frågan huruvida arbetet var lika eller av lika värde. Generaladvokaten förklarade emellertid att den omständigheten att Court of Appeal, liksom de lägre domstolar som tidigare behandlat målet, utgick från antagandet att befattningarna i fråga var likvärdiga, följde av de möjligheter som erbjöds av de processrättsliga reglerna i den berörda medlemsstatens rättssystem. En utredning av huruvida två arbeten är likvärdiga kan ibland var omfattande och dyr. Enligt den nationella processrätten kunde utredningen av sakfrågan uppskjutas i avvaktan på utredningen av rättsfrågan. [12]

19. I det förevarande målet har landstinget i sina skriftliga och muntliga yttranden i huvudsak inriktat sig på frågan huruvida barnmorskorna och klinikingenjören utför arbeten som är likvärdiga med avseende på likalönsprincipen. Landstinget är helt klart av den uppfattningen att det arbete som utförs av barnmorskorna inte är likvärdigt med det arbete som utförs av klinikingenjören. Även om den finska regeringen och kommissionen också har uttryckt tvivel i fråga om likvärdigheten av arbetena, anser de båda att Arbetsdomstolen har rätt att hänskjuta frågan om lika lön med utgångspunkten att arbetena är likvärdiga. Eftersom det i enlighet med vad som anförts ovan klart framgår av begäran om förhandsavgörande (och indirekt av frågorna) att Arbetsdomstolen med avseende på begäran om förhandsavgörande har utgått från antagandet att arbetena är likvärdiga, och eftersom det klart framgår av domstolens dom i målet Enderby att ett sådant förhållningssätt godtas, har jag inte för avsikt att behandla frågan om arbetena är likvärdiga.

20. Det antagande som görs i målet, att de arbeten som de två grupperna i fråga utför är "likvärdiga", får anses innebära att 40 timmars arbete för barnmorskorna är likvärdigt med 40 timmars arbete för klinikingenjören, snarare än att till exempel 34 timmars arbete för barnmorskorna är likvärdigt med 40 timmars arbete för klinikingenjören. Det är endast på grundval av detta antagande som man kan pröva frågan om den kortare arbetsveckan för barnmorskorna kan beaktas. (Jag skall därför bortse från det förhållandet att kollektivavtalet tycks tillerkänna arbetsveckornas olika längd "lika värde".)

11 — Punkterna 10 och 12.

12 — Punkterna 6 och 7 i förslaget till avgörande.

Kollektivavtalets betydelse

21. Vid sammanträdet hävdade JämO att man i Sverige har den uppfattningen att kollektivavtal inte berörs av gemenskapsrätten, förmodligen i den meningen att det förhållandet att lönerna fastställdes genom kollektivavtalsförhandlingar anses utgöra ett försvar mot en påstådd lönediskriminering. En sådan uppfattning är uppenbart oförenlig med gemenskapsrätten. Domstolen har slagit fast att principen om lika lön för manliga och kvinnliga arbetstagare även är tillämplig när lönefaktorerna fastställs genom kollektivavtalsförhandlingar eller genom föhandlingar på det lokala planet. Den nationella domstolen kan emellertid ta hänsyn till denna 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. [13]

Ersättningen för obekväm arbetstid

Begreppet "lön"

22. Det kan för det första konstateras att det står klart att ersättningen utgör lön i den mening som avses i artikel 119 och det skulle följaktligen föreligga diskriminering om till exempel en grupp arbetstagare, som huvudsakligen består av män och som utför arbete som är likvärdigt med det arbete som utförs av barnmorskor, nekas ersättning om de arbetar på obekväm arbetstid. Detta besvarar emellertid inte den fråga som har ställts till domstolen, nämligen huruvida ersättningen, under omständigheterna i det förevarande målet, skall beaktas med avseende på likalönspricipen.

23. Mot bakgrund av det ovan anförda har jag inte för avsikt att ta ställning till ett antal argument som landstinget har fört fram för att visa att, eftersom det är fråga om "lön", ersättningen för obekväm arbetstid skall anses utgöra en del av barnmorskornas grundlön vid jämförelsen.

Barber-principen

24. I domen i målet Barber [14] uttalade domstolen följande:

"... Den nationella domstolen begär för det andra besked om huruvida lika lön skall

13 — Se till exempel dom av den 31 maj 1995 i mål C-400/93, Royal Copenhagen (REG 1995, s. I-1275), punkt 47.

14 — Dom av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889; svensk specialutgåva, volym 10).

garanteras för varje enskild del av lönen eller endast efter en samlad värdering av de förmåner som arbetstagarna erhåller.

...

Såvitt gäller metoden för att kontrollera efterlevnaden av principen om lika lön skall det konstateras att för det fall de nationella domstolarna var tvungna att företa en värdering och jämförelse av alla de förmåner av varierande art som allt efter omständigheterna beviljats kvinnliga eller manliga arbetstagare, skulle domstolskontrollen bli svår att utföra och den ändamålsenliga verkan av artikel 119 försvagas. Härav följer att en verklig öppenhet, som möjliggör en effektiv kontroll, endast kan uppnås om principen om lika lön är tillämplig på varje enskild del av den lön som kvinnorna respektive männen erhåller." [15]

25. JämO och kommissionen har till stöd för ståndpunkten att likabehandling skall garanteras beträffande grundlönen, utan hänsyn till ersättningen för obekväm arbetstid, i huvudsak åberopat detta uttalande.

26. JämO anser att principen om öppenhet skulle komprometteras om den nationella domstolen var tvungen att utföra en invecklad analys av varje arbetstagares ersättning. Barnmorskorna arbetar på obekväm arbetstid och erhåller ersättning för detta, medan klinikingenjören inte arbetar på obekväm arbetstid och därför inte erhåller någon sådan ersättning. Sunt förnuft och ett logiskt resonemang ger stöd för uppfattningen att en rättvis jämförelse endast skall avse grundlönerna.

27. Kommissionen anser att ersättningen för obekväm arbetstid endast kan jämföras med den ersättning som klinikingenjören skulle ha erhållit om han hade arbetat på samma tider, och att det följaktligen endast är grundlönerna som skall jämföras med varandra.

28. Landstinget anser däremot att domstolens uttalande i målet Barber saknar relevans i det förevarande målet. Målet Barber rörde framför allt öppenhet och sådan ersättning som såväl män som kvinnor hade rätt till, om än vid olika åldrar. Domstolen ansåg nämligen i detta fall att det förhållandet att Douglas Harvey Barber, som sades upp vid 52 års ålder, erhöll högre avgångsvederlag än en kvinnlig arbetstagare som sades upp vid samma ålder inte rättfärdigade den diskriminering som följde av det förhållandet att en kvinnlig arbetstagare i samma ålder erhöll en pension som började utgå omedelbart, medan han endast erhöll en pension som

15 — Punkterna 31 och 34.

började utgå vid en senare tidpunkt. I det förevarande målet har de barnmorskor som arbetar treskift däremot rätt till ersättning för obekväm arbetstid medan klinikingenjören, som arbetar normal veckoarbetstid, inte har rätt till sådan ersättning.

29. Även den finska regeringen har hänvisat till uttalandet i domen i målet Barber. Den har påpekat att när de två arbetstagarna i fråga (varav den ena är den person som påstår sig vara diskriminerad och den andra är jämförelseperson) utför samma eller nästan samma arbete under likadana omständigheter och enligt samma arbetstidssystem, är det enkelt att mot bakgrund av Barber-principen göra en jämförelse av varje delfaktor av lönen. Principen om lika lön skall emellertid även kunna säkerställas i de fall då personer av olika kön inte utför samma arbete, men då deras arbeten är likvärdiga. Ju större skillnaden är mellan arbetena, desto svårare är det att jämföra såväl lönerna i fråga om de olika delarna av lönen som själva likvärdigheten. I de fall då likvärdigheten av arbetena har fastställts genom att använda ett system för bedömning av hur krävande eller svårt ett arbete är, kan jämförelsen av lönerna inte göras utan att ta hänsyn till de faktorer som har lett till att arbetena har ansetts likvärdiga. När anställningsvillkor (till exempel skyldigheten att arbeta på obekväm arbetstid) skall beaktas vid bedömningen av om arbetena är likvärdiga, skall således lön som utgör kompensation för dessa villkor beaktas vid jämförelsen av lönerna. Det är följaktligen nödvändigt att i varje enskilt fall avgöra vilka delar av en lön som skall jämföras med varandra för att bedöma om principen om lika lön har iakttagits.

30. Jag ansluter mig till den finska regeringens uppfattning om att det inte är möjligt att fastställa en fast regel om att olika delar av en lön antingen skall eller inte skall beaktas vid en lönejämförelse. Medan den finska regeringen anser att regeln kommer att variera beroende på de faktorer som har lett till att arbetena ansetts likvärdiga, anser jag emellertid att det snarare är lönestrukturens karaktär som är avgörande för hur man skall bedöma om det föreligger lika lön.

31. Det enda lämpliga sättet att säkerställa likabehandling är i allmänhet att man vid en lönejämförelse bedömer varje enskild del av lönen för sig. Detta är vidare det enda sättet att uppnå öppenhet och att säkerställa en effektiv domstolskontroll. I domen i målet Danfoss [16], och därefter i målet Barber [17], slog domstolen nämligen fast att bristen på öppenhet hindrar varje form av kontroll från de nationella domstolarnas sida. Jag anser att principen om lika lön, i enlighet med domstolens uttalande i domen i målet Barber, skall iakttas såvitt gäller varje enskild del av den lön som betalas ut till manliga och kvinnliga arbetstagare.

32. Om lönestrukturerna av historiska eller andra skäl är komplicerade så till vida att

16 — Dom av den 17 oktober 1989 i mål 109/88, Danfoss (REG 1989, s. 3199; svensk specialutgåva, volym 10), punkt 12.

17 — Punkt 34 (se ovan punkt 24).

det är svårt eller omöjligt att urskilja enskilda delar av lönen eller de grunder på vilka dessa delar betalas ut, kan det emellertid vara både orealistiskt och föga givande att betrakta de enskilda delarna av lönen var för sig. Detta skulle dessutom kunna leda till diskriminering av det andra könet. I sådana fall kan en helhetsbedömning vara den enda giltiga — eller ens möjliga — metoden i avvaktan på en omstrukturering av systemet. Det är utan tvekan sådana omständigheter som domstolen hade i åtanke när den i domen i målet Royal Copenhagen [18] uttalade att vissa lönesystem är strukturerade på ett sådant sätt att det, vid en bedömning av huruvida artikel 119 har åsidosatts, endast är möjligt att göra en "allsidig bedömning". [19]

33. Detta betyder emellertid inte att en enskild del av lönen nödvändigtvis kan kompenseras med en annan del. Det är således förståeligt att domstolen i målet Barber, där manliga arbetstagare som hade sagts upp hade rätt till en pension som började utgå omedelbart under förutsättning att de hade uppnått 55 år, medan kvinnliga arbetstagare som hade sagts upp hade rätt till en pension som började utgå omedelbart vid 50 års ålder, fann att det inte var lämpligt att försöka kompensera diskriminerande pensionsrättigheter genom att beakta eventuella skillnader beträffande avgångsvederlagen.

34. Hur är då situationen i detta fall? Det kan erinras om att en kvinnlig arbetstagare kan fastställa att principen om lika lön för likvärdigt arbete *prima facie* har åsidosatts genom att visa att hon ingår i en grupp arbetstagare som nästan uteslutande består av kvinnor och som utför arbete som är av lika värde som det arbete som utförs av en grupp arbetstagare som huvudsakligen består av män samt att den förstnämnda gruppen erhåller lägre lön än jämförelsegruppen. [20] Det ankommer sedan på arbetsgivaren att bryta denna presumtion genom att bevisa att löneskillnaden är berättigad av objektiva faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra.

35. I det förevarande målet är det möjligt att särskilja barnmorskornas grundlön från ersättningen för obekväm arbetstid och därefter jämföra grundlönen med jämförelsepersonens grundlön. Enligt min mening är det mest korrekt att i det förevarande fallet och i liknande fall godta att den grupp som erhåller lägre grundlön, i detta fall barnmorskorna, får mindre betalt, varigenom den andra av de ovan angivna frågorna, närmare bestämt frågan om den ena gruppen erhåller lägre lön än den andra, skall besvaras jakande. Det kan tilläggas att denna uppfattning, i det förevarande fallet och i liknande fall, skulle säkerställa större öppenhet. Det förhållandet att ersättningen varierar från månad till månad beroende på vilka tider och dagar

18 — Punkt 43 (se ovan fotnot 13).

19 — Punkt 18.

20 — Se ovan punkt 16.

barnmorskorna har arbetat sina skift, försvårar möjligheten att göra en vettig jämförelse mellan å ena sidan barnmorskornas sammanlagda lön och ersättningar och, å andra sidan, jämförelsepersonens grundlön.

36. Jag anser följaktligen att arbetstagare som till exempel barnmorskorna i det förevarande målet kan visa att likalönsprincipen *prima facie* har åsidosatts. Jag anser emellertid inte att detta nödvändigtvis löser hela problemet. Enligt vad som framgår ovan ankommer det på arbetsgivaren att på det tredje stadiet, när en arbetstagare har visat att det föreligger ett *prima facie*-fall av lönediskriminering, visa att löneskillnaden är berättigad av objektiva faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra. Om arbetsgivaren kan visa att löneskillnaden är berättigad, föreligger inget åsidosättande av likalönsprincipen.

37. Denna uppfattning överensstämmer med målet Royal Copenhagen [21], i vilket domstolen hade ombetts besvara frågan om vilken betydelse som, vid bedömningen av om likalönsprincipen har respekterats, skulle tillmätas bland annat skillnaden mellan arbetet i de två grupperna vad gällde betalda raster, friheten att organisera arbetet och arbetsförhållanden [22], såsom buller, temperatur, intensivt, repetitivt eller monotont arbete [23] (målet rörde maskinoperatörer och keramikmålare som arbetade i en keramikfabrik). Domstolen slog fast att den nationella domstolen, med hänsyn till de faktiska omständigheter under vilka arbetet utfördes, skall bedöma om dessa omständigheter kan ges lika värde eller om de kan anses utgöra objektiva faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra och som kan anses försvara eventuella löneskillnader. [24]

38. I det förevarande målet är det tveksamt om arbetsgivaren kan stödja sig på ersättningen för obekväm arbetstid för att berättiga skillnaderna i grundlönerna, eftersom ersättningen tycks vara avsedd för att kompensera för det besvär och de störningar på familjeliv och socialt liv samt sovvanor som är ett resultat av de olika skift som ger rätt till ersättningen. Landstinget har i sitt skriftliga yttrande hävdat att den framförhandlade lönenivån för sjuksköterskor och barnmorskor bestämdes med hänsyn till att dessa grupper arbetar skift som innefattar ersättning för obekväm arbetstid. Detta skulle i så fall frånta ersättningen dess kompensatoriska effekt. Om så emellertid är fallet, har landstinget en möjlighet att bryta presumtionen om att likalönsprincipen har åsidosatts till följd av de ojämlika grundlönerna. Det ankommer

21 — Se ovan fotnot 13.

22 — Punkt 39.

23 — Se fråga 4(i), punkt 10.

24 — Punkt 42.

på den nationella domstolen att avgöra om och, i så fall, i vilken utsträckning ersättningen har en sådan kompensatorisk funktion.

39. Jag anser följaktligen att när lönestrukturen är sådan att det i princip är möjligt att skilja ut och jämföra enskilda delar skall detta göras, medan arbetsgivaren behåller möjligheten att motbevisa att ojämlikheten i det avseendet skulle bero på könstillhörighet. När lönestrukturen däremot är mindre genomtränglig, är det endast möjligt att göra en helhetsbedömning. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra om det i ett givet fall är möjligt att jämföra de enskilda delarna av lönen eller om jämförelsen endast kan göras genom en helhetsbedömning.

40. I det senare fallet innebär enbart det förhållandet att lönestrukturen per definition inte är öppen att arbetsgivaren behåller bevisbördan för att motbevisa den påstådda diskrimineringen. Denna slutsats följer av domstolens dom i målet Danfoss [25], i vilken domstolen slog fast att om ett företag tillämpar ett lönesystem som helt saknar öppenhet, har arbetsgivaren bevisbördan för att hans lönepolitik inte är diskriminerande, när en kvinnlig arbetstagare visar att de kvinnliga arbetstagarnas genomsnittslön i förhållande till ett relativt stort antal arbetstagare är lägre än de manliga arbetstagarnas genomsnittslön. Jag anser att denna princip även är tillämplig när en arbetstagare påstår att ett system med ersättningar eller andra lönekomponenter som saknar öppenhet är diskriminerande, även om en skillnad i genomsnittslönen inte kan påvisas.

Arbetstidsförkortningen

41. Arbetsdomstolen har även ställt frågan om det vid lönejämförelsen skall beaktas att det för barnmorskor som arbetar treskift fordras mindre antal timmar per vecka för att det skall utgöra en full arbetsvecka med avseende på lönen. Följden av detta blir uppenbarligen att barnmorskornas grundlön per månad, vid en jämförelse med en jämförelseperson som arbetar en normal 40-timmarsvecka, skall multipliceras med 40/34,33, vilket följaktligen innebär en höjning. Samma resultat uppnås om man i stället för att jämföra grundlönen per månad jämför ersättningen per faktiskt arbetad timme.

42. Landstinget har gjort gällande att lönejämförelsen skall göras utifrån ersättningen per faktiskt arbetad timme. Om fria resor som tillhandahålls av arbetsgivaren, i enlighet med domstolens slutsats i domen i

25 — Se ovan fotnot 16. Se även dom av den 30 juni 1988 i mål 318/86, kommissionen mot Frankrike (REG 1988, s. 3559).

målet Garland [26], utgör "lön" i den mening som avses i artikel 119, så måste även beviljandet av arbetstidsförkortning anses vara lön. Värdet av arbetstidsförkortningen måste således bestämmas och inkluderas i månadslönen vid jämförelsen. Jag anser emellertid att ett sådant mål som målet Garland saknar relevans. Detta mål rörde frågan huruvida en reseförmån utgjorde lön, vilket i så fall innebar att det var uppenbart diskriminerande att endast utge denna förmån till manliga arbetstagare och inte till kvinnliga arbetstagare. Det förevarande målet rör uppenbarligen en helt annan fråga.

43. JämO har hänvisat till vissa mål som landstinget tydligen åberopade i ett tidigare skede av förfarandet vid Arbetsdomstolen. [27] Enligt dessa mål skall frågan om lika lön avgöras med hänsyn till lönen per arbetstimme och vecka. Enligt JämO saknar dessa mål, vilka samtliga rörde påstådd könsdiskriminering mellan heltids- och deltidsanställda, relevans i det förevarande målet, eftersom en jämförelse av timlöner skulle vara orättvis. Detta följer av att en barnmorska, som arbetar en normal 40-timmarsvecka, erhåller samma lön som en barnmorska som arbetar 34 timmar och 20 minuter per vecka. Även om en arbetstidsförkortning i princip kan utgöra en sådan objektiv faktor som berättigar till olika lön, kan den inte rättfärdiga skillnaden i det förevarande fallet.

44. Jag anser att den allmänna regeln bör vara att det antal timmar som två arbetstagare, vars löner skall jämföras, arbetar givetvis skall beaktas och att en skillnad i antalet timmar berättigar till en skillnad i lön. Detta innebär, för att ta extrema exempel, att det uppenbarligen inte skulle vara fråga om diskriminering i ett fall där en manlig arbetstagare som arbetar heltid erhåller dubbelt så hög lön som en kvinnlig arbetstagare som utför samma arbete på deltid eller i ett fall där en manlig arbetstagare som arbetar övertid erhåller högre lön än en kvinnlig arbetstagare som inte arbetar övertid. De mål som JämO har hänvisat till, och som klart stödjer denna uppfattning, saknar emellertid i övrigt relevans för den fråga som domstolen har att besvara, eftersom dessa mål i allmänhet rör frågan om olika lönegrader eller löneförmåner som betalas ut till deltids- och heltidsanställda. I det förevarande målet kan man emellertid enligt min mening inte på allvar hävda att barnmorskorna, som uppenbarligen behandlas av arbetsgivaren som om de arbetar fulla arbetsveckor, inte skulle betraktas som om de arbetade fulla

26 — Dom av den 9 februari 1982 i mål 12/81, Garland (REG 1982, s. 359).

27 — Se dom av den 27 juli 1990 i mål C-33/89, Kowalska (REG 1990, s. I-2591), punkterna 19 och 20, av den 13 maj 1986 i mål 170/84, Bilka (se ovan fotnot 9), punkt 27, och 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 26 och 27.

arbetsveckor. Det framgår av handlingarna i målet — och detta skall således utgöra presumtionen — att arbetstidsförkortningen utgör en kompensation för treskiftsarbetet. Av detta följer enligt min mening att arbetstidsförkortningen inte skall beaktas vid lönejämförelsen. För att göra en korrekt jämförelse skall man följaktligen jämföra barnmorskornas grundlön per månad med jämförelsepersonens grundlön per månad, utan att justera barnmorskornas löner i förhållande till arbetstidsförkortningen.

45. Enligt kommissionen utgör arbetstidsförkortningen ett arbetsvillkor i den mening som avses i likabehandlingsdirektivet.[28] Denna uppfattning är enligt min mening korrekt och följer bland annat av domen i målet Stoeckel[29], där domstolen fann att ett kontinuerligt treskiftssystem som inbegrep nattarbete utgjorde ett arbetsvillkor i detta hänseende.

46. Vidare har kommissionen påpekat att den omständigheten att arbetstidsförkortningen kan få ekonomiska konsekvenser inte är ett tillräckligt skäl för att den skall anses ingå i tillämpningsområdet för reglerna om lika lön.[30] Detta är i och för sig riktigt, men det innebär endast att artikel 119 inte kan tolkas på så sätt att den utöver lika lön även föreskriver jämlikhet i fråga om övriga arbetsvillkor[31]. Det betyder inte att arbetsvillkor under inga omständigheter kan vara av betydelse för den allmänna frågan om lika lön.

47. Det följer i synnerhet av domen i målet Royal Copenhagen[32] att arbetsvillkor kan ha betydelse både för frågan om arbetena är av lika värde och för frågan om det föreligger objektiva faktorer som kan berättiga till en skillnad i lön för likvärdigt arbete.[33]

48. Av detta följer att det i princip ankommer på arbetsgivaren att, liksom i fallet med ersättningen för obekväm arbetstid, i förekommande fall visa att det inte är korrekt att betrakta arbetstidsförkortningen som en kompensation för de besvär och störningar som treskiftssystemet medför, utan att den skillnad i timlön som följer av detta är berättigad av objektiva faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra.

28 — Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt andra arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191).

29 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-345/89, Stoeckel (REG 1991, s. I-4047; svensk specialutgåva, volym 11).

30 — Dom av den 15 juni 1978 i mål 149/77, Defrenne mot Sabena (REG 1978, s. 1365; svensk specialutgåva, volym 4, s. 127), punkt 21.

31 — Punkt 24 i domen i målet Defrenne.

32 — Se ovan fotnot 13.

33 — Se punkt 42 i domen och ovan punkt 39.

Förslag till avgörande

49. Enligt min mening skall Arbetsdomstolens frågor besvaras på följande sätt:

1) När en lön består av flera delar, till exempel grundlön och ersättning för obekväm arbetstid, skall varje enskild del av lönen betraktas var för sig vid en lönejämförelse. När en sådan jämförelse visar att likalönsprincipen *prima facie* har åsidosatts, skall åsidosättande inte anses ha skett om arbetsgivaren visar att skillnaden är berättigad av objektiva faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra.

2) När det är svårt eller omöjligt att särskilja de olika delarna av lönen, är det nödvändigt att vid lönejämförelsen göra en helhetsbedömning. I ett sådant fall innebär enbart det förhållandet att lönestrukturen saknar öppenhet att arbetsgivaren behåller bevisbördan för att motbevisa den påstådda diskrimineringen.

3) När den arbetstagare som påstår att det föreligger diskriminering arbetar färre timmar per vecka än jämförelsepersonen, men dessa timmar betraktas av arbetsgivaren som en likvärdig arbetsvecka, är det enligt likalönsprincipen korrekt att jämföra de två arbetstagarnas grundlöner, utan att justera den förstnämnda arbetstagarens lön i förhållande till arbetstidsförkortningen. När en sådan jämförelse visar att likalönsprincipen *prima facie* har åsidosatts, skall åsidosättande inte anses ha skett om arbetsgivaren visar att löneskillnaden är berättigad av objektiva faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra.