

DOMSTOLENS DOM

17. oktober 1989*

I sag 109/88,

angående en anmodning, som den faglige voldgiftsret i medfør af EØF-Traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag

Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark

mod

Dansk Arbejdsgiverforening (for Danfoss)

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende rækkevidden af princippet om lige løn til mænd og kvinder,

har

DOMSTOLEN,

sammensat af præsidenten, O. Due, afdelingsformand M. Zuleeg, dommerne T. Koopmans, R. Joliet, J. C. Moitinho de Almeida, G. C. Rodríguez Iglesias og M. Díez de Velasco,

generaladvokat: C. O. Lenz

justitssekretær: ekspeditionssekretær H. A. Rühl

efter at der er afgivet indlæg af:

— Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark ved advokat L. S. Andersen,

— Dansk Arbejdsgiverforening ved advokat H. Werner,

* Processprog: dansk.

- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved J. Currall og I. Langermann, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,
 - den danske regering ved juridisk rådgiver P. Vesterdorf, som befuldmægtiget,
 - den britiske regering ved S. J. Hay og D. Wyatt, som befuldmægtigede,
 - den italienske regering ved avvocato dello Stato Pier Giorgio Ferri,
 - den portugisiske regering ved L. Fernandez og J. Leitaó,
- på grundlag af retsmøderapporten og efter mundtlig forhandling den 10. maj 1989, og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 31. maj 1989, afsagt følgende

Dom

- ¹ Ved beslutning af 12. oktober 1987, indgået til Domstolens Justitskontor den 5. april 1988, har den faglige voldgiftsret i medfør af EØF-Traktatens artikel 177 forelagt en række præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 75/117 af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45, s. 19), herefter benævnt »ligelønsdirektivet«.
- ² Spørgsmålene er rejst under en tvist mellem Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (herefter benævnt »HK«) og Dansk Arbejdsgiverforening (herefter benævnt »DA«) for Danfoss. HK har gjort gældende, at Danfoss' lønpo-

litik indebærer forskelsbehandling på grundlag af køn og dermed en overtrædelse af §1 i lovebekendtgørelse nr. 237 af 5. maj 1986, hvorved ligelønsdirektivet gennemførtes.

- 3 Danfoss yder samme grundløn for ansatte i samme løngruppe. I henhold til §9 i landsoverenskomsten af 9. marts 1983 mellem DA og HK yder virksomheden dog personlige tillæg til de ansatte, især begrundet i deres fleksibilitet, faglige uddannelse og anciennitet.
- 4 Under en første sag for den faglige voldgiftsret havde HK over for Danfoss påberåbt sig ligelønsprincippet for to medarbejdere, hvoraf den ene var ansat på laboratoriet og den anden beskæftiget med lagerregistrering og -ekspedition. Ifølge HK var gennemsnitslønnen inden for de pågældende to løngrupper højere for mænd end for kvinder. I sin kendelse af 16. april 1985 fastslog voldgiftsretten imidlertid, at henset til det beskedne personmateriale fandtes HK ikke at have bevist, at der var tale om kønsdiskriminering. Under en ny sag har HK herefter fremlagt mere omfattende statistiske oplysninger vedrørende de udbetalte lønninger for 157 personer i perioden 1982-1986, hvoraf det fremgår, at gennemsnitslønnen for mænd er 6,85% højere end for kvinder.
- 5 Den faglige voldgiftsret besluttede herefter at udsætte sagen og forelægge Domstolen en række præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af ligelønsdirektivet. De har følgende ordlyd:
 - » 1 a) Hvis det lægges til grund, at en mandlig og en kvindelig lønmodtager udfører ens arbejde eller arbejde af samme værdi, anmodes om Domstolens stil-

lingtagen til, hvem (arbejdsgiver eller lønmodtager) der har bevisbyrden for, at en mellem de 2 lønmodtagere forskellig aflønning skyldes / ikke skyldes kønsbestemte forhold?

- 1 b) Er det i strid med ligelønsdirektivet at betale større løn til mandlige lønmodtagere, der udfører samme arbejde / arbejde af samme værdi som kvindelige lønmodtagere, alene under henvisning til subjektive kriterier — eksempelvis medarbejderfleksibilitet?
- 2 a) Er direktivet til hinder for, at der til lønmodtagere af forskelligt køn, der udfører ens arbejde eller arbejde af samme værdi, ud over fagets grundløn ydes særlige tillæg for anciennitet, særlig uddannelse mv.?
- 2 b) Såfremt spørgsmål 2 a) besvares bekræftende, spørges, hvorledes en virksomhed uden at overtræde direktivet da kan foretage en differentiering af lønnen mellem de enkelte medarbejdere?
- 2 c) Er direktivet til hinder for, at lønmodtagere af forskelligt køn, der udfører ens arbejde eller arbejde af samme værdi, aflønnes forskelligt under henvisning til forskellig faglig uddannelse?
- 3 a) Kan en lønmodtager eller en organisation ved at dokumentere, at en virksomhed, der beskæftiger et større antal lønmodtagere (f. eks. mindst 100) med arbejde af samme art eller værdi, *gennemsnitligt* lønner kvinderne lavere end mændene, fastslå, at direktivet hermed er overtrådt?
- 3 b) Hvis spørgsmål 3 a) besvares bekræftende, er konsekvensen da, at de 2 lønmodtagergrupper (mænd og kvinder) *gennemsnitligt* skal have samme løn?

- 4 a) Såfremt det kan konstateres, at en forskel i aflønning af ens arbejde skyldes, at de 2 lønmodtagere er omfattet af forskellige overenskomster, vil denne konstatering da indebære, at direktivet ikke finder anvendelse?
- 4 b) Spiller det ved vurderingen af dette spørgsmål en rolle, om de 2 overenskomstområder helt eller i helt overvejende grad samtidig er dækket af henholdsvis mandlige og kvindelige lønmodtagere?»
- 6 Vedrørende de faktiske omstændigheder i hovedsagen samt retsforhandlingerne og de indlæg, der er indgivet til Domstolen, henvises i øvrigt til retsmøderapporten. Disse omstændigheder omtales derfor kun i det følgende, såfremt det på de enkelte punkter er nødvendigt for forståelsen af Domstolens argumentation.

Vedrørende den faglige voldgiftsrets karakter

- 7 For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt den faglige voldgiftsret er en ret i en medlemsstat i den i Traktatens artikel 177 forudsatte betydning, bemærkes først, at §22 i lov nr. 317 af 13. juni 1973 om arbejdsretten bestemmer, at såfremt der ikke mellem overenskomstparterne er vedtaget regler til afgørelse af uenighed af faglig karakter, anses den mellem DA og LO (Landsorganisationen i Danmark) aftalte norm for regler for behandling af faglig strid at være gældende. Det er således en faglig voldgiftsret, der som sidste instans afgør tvisten. Hver af parterne kan indbringe en sag for retten, uanset om den anden part er enig heri. Rettens kompetence forudsætter således ikke parternes samtykke.
- 8 Endvidere bemærkes, at ovennævnte lovbestemmelse indeholder regler om sammensætningen af den faglige voldgiftsret, og navnlig om, hvor mange medlemmer der vælges af parterne, og om, hvorledes opmanden udnævnes, såfremt parterne ikke er enige. Parterne kan således ikke frit bestemme sammensætningen af den faglige voldgiftsret.

- 9 Under disse omstændigheder må den faglige voldgiftsret anses for en ret i en medlemsstat i den i Traktatens artikel 177 forudsatte betydning.

Vedrørende bevisbyrden [spørgsmål 1 a) og 3 a)]

- 10 Det fremgår af sagen, at uenigheden mellem parterne skyldes, at ordningen med minimalløn og personlige tillæg gennemføres på en sådan måde, at det er umuligt for en kvindelig lønmodtager at påvise årsagerne til, at hun og en mandlig lønmodtager, der udfører samme arbejde, aflønnes forskelligt. De ansatte er således ikke klar over, hvilke kriterier for personlige tillæg der anvendes over for dem, og hvorledes de anvendes. De får blot meddelelse om den forhøjede løn uden at kunne afgøre, hvilken betydning hvert enkelt af kriterierne er tillagt. Lønmodtagere i en given løngruppe er derfor ikke i stand til at vurdere sammensætningen af deres løn i forhold til sammensætningen af lønnen for deres kolleger i samme løngruppe.
- 11 De af den nationale retsinstans forelagte spørgsmål må derfor forstås på den måde, at den ønsker oplyst, om ligelønsdirektivet skal fortolkes således, at arbejdsgiveren, såfremt en virksomhed anvender et helt uigennemskueligt lønfastsættelsessystem, har bevisbyrden for, at den førte lønpolitik ikke er udtryk for en forskelsbehandling, når en kvindelig lønmodtager på grundlag af et forholdsvis omfattende personmateriale godtgør, at gennemsnitslønnen for kvindelige lønmodtagere er lavere end for mandlige.
- 12 Hertil bemærkes først, at Domstolen i dom af 30. juni 1988 (Kommissionen mod Frankrig, sag 318/86, Sml. s. 3559, præmis 27) fastslog, at en ansættelsesordning, der ikke var gennemskuelig, var i strid med princippet om lige adgang til beskæftigelse, idet den manglende gennemskuelighed forhindrede enhver form for domstolskontrol.

- 13 Det må endvidere understreges, at når en ordning med personlige løntillæg er helt uigennemskuelig, kan kvindelige lønmodtagere kun føre bevis for en forskel i gennemsnitslønningerne. De ville savne ethvert effektivt middel til at søge ligelønsprincippet gennemført ved en national retsinstans, hvis ikke den omstændighed, at de har ført et sådant bevis, pålagde arbejdsgiveren bevisbyrden for, at den førte lønpolitik ikke reelt er kønsdiskriminerende.
- 14 Endelig bemærkes, at i henhold til ligelønsdirektivets artikel 6 skal medlemsstaterne i overensstemmelse med deres nationale forhold og deres retssystemer træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre gennemførelsen af ligelønsprincippet og drage omsorg for, at der findes effektive midler, der gør det muligt at påse, at princippet overholdes. Det effektivitetshensyn, der således ligger til grund for direktivet, må føre til at fortolke det således, at der skal gennemføres ændringer i de nationale bevisbyrderegler i de særlige situationer, hvor sådanne ændringer er nødvendige for en effektiv gennemførelse af ligebehandlingsprincippet.
- 15 Arbejdsgiveren må for at bevise, at den førte lønpolitik ikke systematisk stiller kvindelige lønmodtagere ringere, oplyse, hvorledes han har anvendt kriterierne for personlige tillæg, og bliver således nødt til at gøre sit lønfastsættelsessystem gennemskueligt.
- 16 Spørgsmål 1 a) og 3 a) må herefter besvares med, at ligelønsdirektivet skal fortolkes således, at såfremt en virksomhed anvender et helt uigennemskueligt lønfastsættelsessystem, har arbejdsgiveren bevisbyrden for, at den førte lønpolitik ikke er udtryk for en forskelsbehandling, når en kvindelig lønmodtager på grundlag af et forholdsvis omfattende personmateriale godtgør, at gennemsnitslønnen for kvindelige lønmodtagere er lavere end for mandlige.

Vedrørende lovligheden af de omtvistede kriterier for personlige tillæg [spørgsmål 1 b), 2 a) og c)]

- 17 Med disse spørgsmål ønskes det i det væsentlige oplyst, om direktivet skal fortolkes således, at såfremt det viser sig, at anvendelsen af kriterier for personlige tillæg

som f. eks. fleksibilitet, faglig uddannelse og anciennitet systematisk stiller kvindelige lønmodtagere ringere, kan arbejdsgiveren alligevel på visse nærmere betingelser retfærdiggøre en sådan anvendelse. For at svare på dette spørgsmål må hvert af de nævnte kriterier undersøges særskilt.

- 18 For så vidt angår det førstnævnte kriterium, fleksibilitet, bemærkes, at det ikke klart fremgår, hvilken rækkevidde dette kriterium skal tillægges. Under retsmødet anførte DA, at den omstændighed, at en lønmodtager er villig til at arbejde på forskellige tidspunkter, ikke i sig selv kan begrunde, at der ydes et løntillæg. Arbejdsgiveren foretager ved anvendelsen af dette kriterium en samlet vurdering af kvaliteten af det af de ansatte udførte arbejde. Han tager her blandt andet hensyn til deres arbejdsiver, initiativ og arbejdsindsats.
- 19 Der må herefter sondres efter, om kriteriet fleksibilitet anvendes for at honorere kvaliteten af det af den enkelte lønmodtager udførte arbejde, eller om det anvendes for at honorere, at en lønmodtager kan tilpasse sig skiftende arbejdstider og -steder.
- 20 I det førstnævnte tilfælde er kriteriet ubestrideligt fuldstændig kønsneutralt. Såfremt det anvendes på en sådan måde, at kvindelige lønmodtagere systematisk stilles ringere, kan dette kun bero på, at arbejdsgiveren har misbrugt det. Det kan nemlig ikke antages, at kvaliteten af kvindelige lønmodtageres arbejde generelt er ringere. En arbejdsgiver kan derfor ikke retfærdiggøre anvendelsen af et således fortolket fleksibilitetskriterium, såfremt den viser sig systematisk at være til ugunst for kvinder.
- 21 Det forholder sig anderledes i det andet tilfælde. Såfremt kriteriet fleksibilitet forstås som omfattende lønmodtagerens evne til at tilpasse sig skiftende arbejdstider og -steder, vil det kunne være til ugunst for kvindelige lønmodtagere, som på grund af de huslige og familiemæssige forpligtelser, som ofte påhviler dem, mindre let end mandlige lønmodtagere kan tilrettelægge deres arbejdstid på en fleksibel måde.

- 22 I dom af 13. maj 1986 (Bilka, sag 170/84, Sml. s. 1607) fastslog Domstolen, at en virksomheds lønpolitik, hvorefter lønnen for fuldtidsansatte var højere end for deltidansatte, som var udelukket fra virksomhedens pensionsordning, kunne ramme et meget større antal kvinder end mænd, når hensås til de vanskeligheder, som kvindelige arbejdstagere har ved at arbejde på fuld tid. Domstolen udtalte imidlertid, at virksomheden kunne godtgøre, at der for dens lønpolitik var lagt andre — objektivt begrundede — faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn til grund, og at der i så fald ikke var tale om overtrædelse af Traktatens artikel 119. De samme betragtninger finder også anvendelse på en lønpolitik, som særligt honorerer lønmodtageres evne til at tilpasse sig skiftende arbejdstider og -steder. En arbejdsgiver kan således begrunde honorering af en sådan fleksibilitet ved at godtgøre, at den er af betydning for udførelsen af de konkrete arbejdsopgaver, den pågældende lønmodtager har.
- 23 Til det andet kriterium, faglig uddannelse, bemærkes, at det ikke kan afvises, at det kan være til ugunst for kvindelige lønmodtagere, i det omfang de har haft færre muligheder for at erhverve samme faglige uddannelsesniveau som de mandlige arbejdstagere eller har udnyttet sådanne muligheder i mindre grad. Henset til bemærkningerne i ovennævnte dom af 13. maj 1986 kan en arbejdsgiver imidlertid begrunde honorering af en speciel faglig uddannelse, såfremt han godtgør, at en sådan uddannelse er af betydning for udførelsen af de konkrete arbejdsopgaver, den pågældende lønmodtager har.
- 24 Med hensyn til det tredje kriterium, anciennitet, er det heller ikke udelukket, at det — som kriteriet faglig uddannelse — kan medføre en mindre gunstig behandling af kvindelige lønmodtagere end mandlige, i det omfang kvinder er kommet senere ud på arbejdsmarkedet end mænd eller oftere må afbryde deres karriereløb. Da højere anciennitet imidlertid er ensbetydende med større erfaring, og denne normalt sætter lønmodtageren i stand til at udføre sine arbejdsopgaver bedre, kan en arbejdsgiver honorere anciennitet uden at skulle bevise, hvilken betydning den har for udførelsen af den pågældende lønmodtagers konkrete arbejdsopgaver.
- 25 Spørgsmål 1 b) og 2 a) og c) må herefter besvares med, at ligelønsdirektivet skal fortolkes således, at såfremt det viser sig, at anvendelsen af kriterier for personlige

tillæg som f.eks. fleksibilitet, faglig uddannelse og anciennitet systematisk stiller kvindelige lønmodtagere ringere,

- kan en arbejdsgiver begrunde en anvendelse af kriteriet fleksibilitet, hvis det forstås som evnen til at tilpasse sig skiftende arbejdstider og -steder, ved at bevise, at en sådan tilpasningsevne er af betydning for udførelsen af de konkrete arbejdsopgaver, den pågældende lønmodtager har, men ikke, hvis kriteriet forstås som omfattende kvaliteten af det udførte arbejde;
- kan en arbejdsgiver begrunde en anvendelse af kriteriet faglig uddannelse ved at bevise, at en sådan uddannelse er af betydning for udførelsen af de konkrete arbejdsopgaver, den pågældende lønmodtager har;
- behøver en arbejdsgiver ikke særligt at begrunde en anvendelse af kriteriet anciennitet.

Vedrørende en arbejdsgivers mulighed for at foretage en differentiering af de ansattes løn [spørgsmål 2 b)]

- 26 Da det af besvarelserne vedrørende de omtvistede kriterier for ydelse af løntillæg [spørgsmål 1 b) og 2 a) og c)] fremgår, hvorledes lovligheden af de nævnte kriterier skal vurderes efter fællesskabsretten, er spørgsmålet om, hvorledes en arbejdsgiver lovligt kan foretage en differentiering af de ansattes løn [spørgsmål 2 b)], blevet uden genstand.

Vedrørende betydningen af, at der er to forskellige overenskomster (spørgsmål 4)

- 27 Med spørgsmålet ønsker den nationale retsinstans oplyst, om eksistensen af to forskellige overenskomster, som i det væsentlige omfatter henholdsvis mandlige og kvindelige lønmodtagere, bevirker, at ligelønsdirektivet ikke finder anvendelse.
- 28 Hertil bemærkes, at det af selve forelæggelsesbeslutningen fremgår, at sagen kun vedrører den ovenfor nævnte landsoverenskomst af 9. marts 1983, hvilket parterne

i øvrigt bekræftede under retsmødet. Det findes herefter ufor nødvendent at besvare spørgsmål 4.

Sagens omkostninger

- 29 De udgifter, der er afholdt af den danske, britiske, portugisiske og italienske regering samt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, der alle har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke godtgøres. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale retsinstans, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af den faglige voldgiftsret ved beslutning af 12. oktober 1987, for ret:

Rådets direktiv 75/117 af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder skal fortolkes således, at:

- 1) såfremt en virksomhed anvender et helt uigennemskueligt lønfastsættelsessystem, har arbejdsgiveren bevisbyrden for, at den førte lønpolitik ikke er udtryk for en forskelsbehandling, når en kvindelig lønmodtager på grundlag af et forholdsvis omfattende personmateriale godtgør, at gennemsnitslønnen for kvindelige lønmodtagere er lavere end for mandlige,
- 2) såfremt det viser sig, at anvendelsen af kriterier for personlige tillæg som f.eks. fleksibilitet, faglig uddannelse og anciennitet systematisk stiller kvindelige lønmodtagere ringere:

- kan en arbejdsgiver begrunde en anvendelse af kriteriet fleksibilitet, hvis det forstås som evnen til at tilpasse sig skiftende arbejdstider og -steder, ved at bevise, at en sådan tilpasningsevne er af betydning for udførelsen af de konkrete arbejdsopgaver, den pågældende lønmodtager har, men ikke, hvis kriteriet forstås som omfattende kvaliteten af det udførte arbejde;
- kan en arbejdsgiver begrunde en anvendelse af kriteriet faglig uddannelse ved at bevise, at en sådan uddannelse er af betydning for udførelsen af de konkrete arbejdsopgaver, den pågældende lønmodtager har;
- behøver en arbejdsgiver ikke særligt at begrunde en anvendelse af kriteriet anciennitet.

	Due	Zuleeg	Koopmans
Joliet	Moitinho de Almeida	Rodríguez Iglesias	Diez de Velasco

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 17. oktober 1989.

J.-G. Giraud
Justitssekretær

O. Due
Præsident