

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
CARL OTTO LENZ

fremsat den 31. maj 1989*

Høje Domstol.

sten er der aftalt samme minimalløn for alle lønmodtagere uanset køn. Ifølge overenskomstens artikel 9 kan der ydes personlige tillæg for dygtighed, selvstændighed og ansvar. Lønningerne aftales i disse tilfælde direkte med den enkelte medarbejder.

A — Faktiske omstændigheder

1. Den præjudicielle anmodning, en dansk voldgiftsret har forelagt, drejer sig om fortolkning og anvendelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder, således som det er fastsat i EØF-Traktatens artikel 119 og direktiv 75/117/EØF¹.

2. Spørgsmålene er forelagt under en tvist mellem Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (herefter benævnt »sagsøgeren«) og Dansk Arbejdsgiverforening (for Danfoss A / S) (herefter benævnt »sagsøgte«). Tvisten drejer sig om, hvorvidt en lønfastsættelse er udtryk for forskelsbehandling.

3. De i hovedsagen omtvistede lønninger er fastsat på grundlag af landsoverenskomsten af 9. marts 1983 mellem Dansk Arbejdsgiverforening og sagsøgeren. I overenskom-

4. Tvisten har allerede været behandlet af én faglig voldgiftsret. Sagsøgeren havde rejst ligelønskrav for to kvinder fra forskellige grupper inden for jobklassificeringssystemet. I de pågældende grupper lå gennemsnitslønnen for mænd over gennemsnitslønnen for kvinder. Sagsøgeren fik ikke medhold, idet retten bemærkede, at klagerne, for at ulovlig kønsdiskriminering kunne antages at foreligge, måtte godtgøre, at den konkrete lønfastsættelse har en slagside i kvindernes disfavør, som ikke kan forklares som et tilfældigt udslag af individuel lønfastsættelse efter saglige og lovlige retningslinjer.

5. Den faglige voldgiftsret har forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

6. »1 a) Hvis det lægges til grund, at en mandlig og en kvindelig lønmodtager udfø-

* Originalsprog: tysk.

1 — Rådets direktiv af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT 1975, L 45, s. 19).

rer ens arbejde eller arbejde af samme værdi, anmodes om Domstolens stillingtagen til, hvem (arbejdsgiver eller lønmodtager) der har bevisbyrden for, at en mellem de 2 lønmodtagere forskellig aflønning skyldes / ikke skyldes kønsbestemte forhold?

7. 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?

8. 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.?

9. 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?

10. 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?

11. 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?

12. 3 b) Hvis spørgsmål 3 a) besvares bekræftende, er konsekvensen da, at de 2 lønmodtagergrupper (mænd og kvinder) gennemsnitligt skal have samme løn?

13. 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?

14. 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?»

15. Vedrørende sagens baggrund, de nærmere faktiske omstændigheder samt parternes anbringender og argumenter skal jeg henvise til retsmøderapporten.

B — Stillingtagen

I — *Kan en faglig voldgiftsret forelægge spørgsmål for Domstolen?*

16. Der kan bestå uklarhed om, hvorvidt en faglig voldgiftsret kan forelægge spørgsmål for Domstolen, idet det kan betvivles, at en faglig voldgiftsret er en ret i den i EØF-Traktatens artikel 177 forudsatte betydning.

17. Domstolen har i sin praksis opstillet visse kriterier, som en forelæggende retsinstans skal opfylde. Der skal således være tale om en uafhængig instans, som er kompetent til at træffe afgørelser i tvistemål. Den skal være oprettet i henhold til lov og fungere som en permanent institution. Eventuelle stridsspørgsmål skal indbringes for den pågældende instans, som skal lægge retsregler til grund for sine afgørelser².

18. De nævnte kriterier er siden blevet konkretiseret således, at en retsinstans skal udøve sine funktioner med de offentlige myndigheders godkendelse³. Domstolen har fastslået, at et ankenævn, hvis afgørelser træffes efter en tvistemålsprocedure og må anerkendes som endelige, således at der i spørgsmål, der angår anvendelsen af fællesskabsretten, ikke er en egentlig mulighed for anke til de almindelige domstole, er en ret i henhold til artikel 177⁴.

2 — Dom af 30. juni 1966 i sag 61/65, Vaassen-Gubbels mod direktionen for Beamtenfonds voor het Mijnbedrijf, Sml. 1965-1968, s. 227.

3 — Jfr. dom af 6. oktober 1981 i sag 246/80, C. Broekmeulen mod Huisarts Registratie Commissie, Sml. s. 2311, og dom af 23. marts 1982 i sag 102/81, »Nordsee« Deutsche Hochseefischerei GmbH mod Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG og Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, Sml. s. 1095.

4 — Jfr. sag 246/80, se ovenfor.

19. Den faglige voldgiftsret, der her har forelagt spørgsmål for Domstolen, er en uafhængig instans, der træffer afgørelser i sager vedrørende fortolkning af kollektive overenskomster. Den træder normalt sammen som sidste instans og efter de inden for hver enkelt branche herom aftalte regler. §22 i lov af 13. juni 1973 om arbejdsretten bestemmer, at såfremt der ikke mellem overenskomsparterne er vedtaget betryggende regler til afgørelse af uenighed af faglig karakter, finder den mellem Dansk Arbejdsgiverforening og Landsorganisationen aftalte norm anvendelse. Sagens behandling ved voldgift skal opfylde visse mindstekrav, som parterne ikke kan fravige ved aftale.

20. Selv om der ikke findes detaljerede lovbestemmelser om en voldgiftsrets sammensætning og virkemåde, er §22 i lov om arbejdsretten dog en bindende retlig ramme. Den danske lovgiver har derved definitivt gjort spørgsmålet om faglige voldgiftsretter og deres virksomhed til et lovgivningsanliggende.

21. En faglig voldgiftsret nedsættes ofte ad hoc. Der kan derfor rejses tvivl om, hvorvidt der er tale om en permanent institution. Her bør man efter min opfattelse dog ikke lægge vægt på, at den sættes med henblik på et konkret stridsspørgsmål, men på, at sådanne faglige voldgiftsretter helt generelt har kompetence til at afgøre en bestemt type tvister. Den ved lov fastsatte kompetence samt bestemmelserne om, hvorledes de faglige voldgiftsretter sættes, og hvornår tvisten indbringes for dem, gør, at denne form for faglige voldgiftsretter må betragtes som en institu-

tion. En faglig voldgiftsret må således også anses for en permanent instans.

22. Faglige voldgiftsretters kompetence må også betragtes som obligatorisk, da tvister vedrørende fortolkning af kollektive overenskomster kun kan indbringes for sådanne retter. Som anført af Kommissionen og ikke bestridt af parterne kan arbejdsretten med henvisning til nævnte kompetenceregulativ afvise en sag, der måtte blive indbragt for den.

23. Endelig skal rettens afgørelse træffes på grundlag af retsregler og ikke f. eks. alene ud fra billighedshensyn. De regler, der skal fortolkes og anvendes i en sag, der verserer for en faglig voldgiftsret, er regler i en given kollektiv overenskomst. De retsfor skrifter, den skal lægge til grund, skal ikke nødvendigvis være lovbestemmelser; også overenskomster kan have bindende retsvirkninger. Dette gælder naturligvis i første række i relation til overenskomstparterne og disses medlemmer. Alt efter udformningen af de arbejdsretlige regler i den enkelte medlemsstat kan overenskomster endvidere, f.eks. ved en erklæring om, at de skal anses for bindende også for andre, have bindende retsvirkninger i relation til tredjemand og hjemle denne mulighed for at gøre retskrav gældende.

24. Også efter fællesskabslovgivningen er det forudsat, at princippet om lige løn gyl digt og på retligt bindende måde kan gennemføres ved kollektive overenskomster.

Dette fremgår eksempelvis af artikel 4 i direktiv 75/117 og af artiklerne 3, 4 og 5 i direktiv 76/207⁵. Og Domstolen har i dommene i sagerne 143/83 og 165/82 fastslået, at der ved kollektive overenskomster kan ske en retligt bindende gennemførelse af princippet om ligebehandling. De faglige voldgiftsretter træffer således afgørelse på grundlag af retsfor skrifter og opfylder derfor alle betingelser for at være en »ret« i henhold til EØF-Traktatens artikel 177. Afslutningsvis skal jeg nævne, at en faglig voldgiftsrets afgørelse er endelig, idet den normalt ikke kan appelleres.

II — De præjudicielle spørgsmål

25. Inden jeg besvarer spørgsmålet om, hvem der har bevisbyrden i en sag om kønsdiskriminerende aflønning, skal jeg fremkomme med enkelte generelle bemærkninger.

26. Principielt må der sondres mellem direkte og indirekte forskelsbehandling. Beviskravene for disse to former for forskelsbehandling er ikke de samme. Der er tale om *direkte forskelsbehandling*, såfremt der for samme arbejde eller arbejde af samme værdi af kønsbestemte grunde ydes forskellig løn. Princippet om lige løn følger i øvrigt alle-

5 — Rådets direktiv af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT 1976, L 39, s. 40).

rede af EØF-Traktatens artikel 119⁶, der er umiddelbart anvendelig. Til denne artikels gennemførelse udstedtes direktiv 75/117/EØF, der også er umiddelbart anvendeligt.

27. En part, der gør gældende, at der foreligger forskelsbehandling, har i så fald bevisbyrden for, at der i tilfælde, hvor en mand og en kvinde i samme virksomhed får udbetalt forskellig løn, er tale om samme arbejde eller arbejde af samme værdi. Ved direkte forskelsbehandling skal der foretages en konkret sammenligning af aflønningen af to lønmodtagere af forskelligt køn. Såfremt det blot i ét enkelt tilfælde bevises, at der er tale om forskellig aflønning af kønsbestemte grunde, er dette tilstrækkeligt til, at det retsligt kan fastslås, at der er tale om ulovlig løndiskriminering.

28. Forholdet er anderledes ved *indirekte forskelsbehandling*. En sådan foreligger, når den forskellige behandling beror på neutrale kriterier eller praksis, der typisk finder anvendelse på medlemmerne af det ene køn, hvorved den pågældende persongruppe stilles uforholdsmæssigt dårligt. Positivt kan der dog kun statueres indirekte forskelsbehandling, såfremt ulempen ikke er objektivt berettiget som følge af en nødvendig grund eller betingelse, som intet har med den pågældende persons køn at gøre⁷.

6 — Jfr. dom af 31. marts 1981 i sag 96/80, Jenkins mod Kingsgate, Sml. s. 911, og dom af 27. marts 1980 i sag 129/79, Macarthy's Ltd mod Wendy Smith, Sml. s. 1275.

7 — Jfr. med hensyn til begrebet indirekte forskelsbehandling artikel 5 i Kommissionens forslag til Rådets direktiv om bevisbyrden i forbindelse med løn og ligebehandling for kvinder og mænd (EFT 1988, C 176, s. 5).

29. Udbetaling af en lavere timeløn til deltidsbeskæftigede end til fuldtidsbeskæftigede kan f.eks. være udtryk for indirekte forskelsbehandling, når gruppen af deltidsansatte udelukkende eller hovedsagelig består af kvinder, og der ikke foreligger objektivt begrundede økonomiske grunde til lønforskellen, som f.eks. et ønske om at fremme fuldtidsansættelse⁸.

30. Ved indirekte forskelsbehandling er det langt vanskeligere for en klager at bevise, at der foreligger kønsdiskriminering, idet klageren skal bevise, at et neutralt kriterium, som på samme måde anvendes over for mænd og kvinder, faktisk i den overvejende del af tilfældene anvendes over for kvinder, som således stilles dårligere på grund af deres køn. Såfremt den indklagede arbejdsgiver beviser, at der er økonomiske grunde, som ikke er kønsbestemte, til den forskellige behandling, vil det blive lagt til grund, at der ikke er tale om diskriminering.

31. I den foreliggende sag er det ikke ganske klart, om der er tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling. Den førte lønpolitik bevirker, at det er vanskeligt for ikke at sige umuligt konkret at sammenligne aflønningen af en mandlig og en kvindelig lønmodtager for samme arbejde eller arbejde af samme værdi eller generelt at sam-

8 — Jfr. sag 96/80 (se ovenfor) og dom af 13. maj 1986 i sag 170/84, Bilka Kaufhaus GmbH mod Karin Weber von Hartz, Sml. s. 1607.

menligne aflønningen af medlemmerne af de to køn.

ikke-kønsbestemte grunde til den forskellige aflønning, hvis han vil undgå, at der statueres forskelsbehandling.

32. Fastsættelsen af den løn, der faktisk skal udbetales den enkelte lønmodtager, sker på grundlag af den i landsoverenskomsten fastsatte mindsteløn, som er den samme for kvinder og mænd; hertil kommer personlige tillæg, for hvilke der i overenskomstens § 9 er opstillet subjektive kriterier. Man kan imidlertid ikke se, hvor store tillæg der kan udbetales for hver enkelt af disse personlige egenskaber. De pågældende lønmodtagere modtager heller ikke nogen specifikation heraf i deres løn.

33. Når det kan være vanskeligt at kvalificere en eventuel forskelsbehandling, beror dette på, at der kan være tale om direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, såfremt de udbetalte personlige tillæg er forskellige for de to køn. Hvis en mandlig lønmodtager f.eks. automatisk får udbetalt et højere personligt tillæg for fleksibilitet end en kvindelig lønmodtager, må dette antages at være *direkte forskelsbehandling* med de deraf følgende anvendelige bevisbyrder. En konkret sammenligning af forholdene for to lønmodtagere af hvert køn ville i så fald allerede i sig selv skabe en formodning for forskelsbehandling, og her kan det bestemt ikke påhvile klageren at bevise, at der ikke er tale om et tilfældigt udslag af den individuelle lønfastsættelse på grundlag af objektive og lovlige kriterier. Netop muligheden for et »tilfældigt udslag« i den kvindelige lønmodtagers disfavør tyder på, at der foreligger forskelsbehandling på grundlag af køn. Det må her påhvile den indklagede arbejdsgiver at fremføre objektive,

34. Hvis det antages, at de enkelte kriterier for personlige tillæg objektivt set anvendes ens over for mandlige og kvindelige lønmodtagere, men at et eller flere af de nævnte kriterier i langt højere grad omfatter kvinder, kan der være tale om *indirekte forskelsbehandling*. Det samme gælder med hensyn til et jobklassificeringssystem, som har betydning for lønfastsættelsen. En opdeling af de enkelte arbejdspladser arbejdsopgaver ud fra særlige egenskaber, som er nødvendige, er ikke betænkelig, så længe et krav om en bestemt egenskab ikke rammer signifikant flere medlemmer af det ene køn. Et sådant forhold er ikke i sig selv udtryk for forskelsbehandling⁹; hertil kræves en *på grundlag af køn* foretagen differentiering og dermed aflønning, som ikke er begrundet ud fra objektive økonomiske hensyn. Beviset for, at der foreligger indirekte forskelsbehandling, kræver nødvendigvis sammenlignende undersøgelser af virkningerne af den anfægtede lønpraksis for begge køns vedkommende.

35. Det forhold, at den omtvistede lønpraksis er uigennemsigtig, kan i den foreliggende sag ikke komme de kvindelige lønmodtagere til skade, som måtte være udsat for forskelsbehandling. Netop den omstændighed, at der ikke kan foretages en detaljeret sammenligning af lønningerne, må bevirke, at det må være tilstrækkeligt konkret at bevise, at kvinder er lønnet lavere end mænd. Beviskravene kan ikke strækkes ud over de objektive muligheder for at fremskaffe bevismateriale, da princippet om ligebehandling

9 — Jfr. dom af 1. juli 1986 i sag 237/85, Gisela Rummler mod Dato-Druck, Sml. s. 2101.

ellers allerede af processuelle grunde ville blive gjort illusorisk.

36. I henhold til artikel 6 i direktiv 75/117 påhviler det udtrykkeligt medlemsstaterne at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre gennemførelsen af ligelønsprincippet i national ret. Også Domstolens praksis vedrørende den umiddelbare anvendelighed af Traktatens artikel 119 henholdsvis artikel 1 i direktiv 75/117 er udtryk for, at det må sikres, at ligebehandlingsprincippet får gennemslagskraft. I samme retning går også dommen i sag 14/83, som i modsætning til den foreliggende sag drejede sig om en fortolkning af direktiv 76/207. Med hensyn til gennemførelsen af princippet om ligebehandling fastslog Domstolen, at »det tilkommer den nationale domstol, under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret, at fortolke og anvende loven om gennemførelse af direktivet i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav«¹⁰.

37. Som bevis for, at der overhovedet er tale om løndiskriminering, må det ud fra de foreliggende omstændigheder i den konkrete sag efter min opfattelse være tilstrækkeligt, at der består en signifikant forskel mellem lønniveauet for mandlige og kvindelige lønmodtagere, når de udfører samme arbejde eller arbejde af samme værdi. Vurderingen af, om der er tale om samme arbejde eller arbejde af samme værdi, kan foretages ved hjælp af det i praksis anvendte jobklassifikationssystem. Såfremt der er tale om direkte forskelsbehandling, indebærer

dette heller ikke nogen ændring i den normale bevisbyrdefordeling, idet det ikke påhviler klageren at bevise, at der ikke er anvendt andre kriterier end kønsbestemte. Man må under alle omstændigheder ikke glemme, at udgangspunktet for, om der er tale om direkte forskelsbehandling, altid vil være en konkret sammenligning.

38. Såfremt det antages, at kriterierne for at yde personlige tillæg anvendes ens over for mandlige og kvindelige lønmodtagere, opstår det spørgsmål, om der foreligger indirekte forskelsbehandling. Når der skal tages stilling til, hvem der i så fald har bevisbyrden, må det lægges til grund, at der ikke foreligger direkte forskelsbehandling. Efter den almindelige bevisbyrde-regel må klagerne da bevise, at et eller flere af kriterierne for personlige tillæg uforholdsmæssigt hyppigt rammer medlemmer af det ene køn og derved medfører en kønsbestemt dårligere stilling. En sammenligning af, i hvilket omfang de forskellige persongrupper dækker forskellige arbejdsområder, er således uomgængeligt nødvendig. Problemet i den konkrete sag ligger i, at selv om der faktisk måtte foreligge indirekte forskelsbehandling, medfører aflønningssystemets manglende gennemskuelighed, at klagerne ikke vil kunne føre det krævede bevis.

39. Kun under disse forudsætninger kan det spørgsmål rejses, om det kan anses for bevist, at et direktiv er tilsidesat, såfremt det godtgøres, at kvinder med samme arbejde eller arbejde af samme værdi som mænd gennemsnitligt lønnes ringere [spørgsmål 3 a)]. Når henses til, at klagerne reelt ikke kan fremskaffe det nødvendige bevismateriale, bør man her ud fra hensynet til effektiviteten af princippet om ligeløn efter min opfattelse opstille den bevisregel, at såfremt det dokumenteres, at en efter funktionelle

10 — Dom af 10. april 1984 i sag 14/83, Sabine von Colson op Elisabeth Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen, Sml. s. 1891.

kriterier afgrænset lønmodtagergruppe gennemsnitligt lønnes ringere, er der skabt en formodning for forskelsbehandling. En sådan regel betyder ikke, at bevisbyrden vendes om, men indebærer kun et krav til beviset, som er afpasset efter de faktiske forhold. Det påhviler derefter arbejdsgiversiden at modbevise, at den lavere aflønning ikke er udtryk for forskelsbehandling, idet disse må specificere lønudbetalingerne for den pågældende gruppe og anføre objektive, ikke-kønsbestemte grunde til den eventuelt forskellige aflønning.

40. De konkrete forhold i den enkelte virksomhed eller bedrift er afgørende for, hvorledes de lønmodtagere skal udvælges, hvis lønninger skal lægges til grund ved beregningen af de relevante gennemsnitslønnin-
ger. Der skal være tale om repræsentative grupper, hvis arbejdsvilkår i videst muligt omfang er de samme. Et absolut minimumstal for en sådan gruppes størrelse kan ikke opstilles. Udgangspunktet er naturligvis samme arbejde og arbejde af samme værdi, således at lønmodtagere i en bestemt afdeling eller et produktionsled muligvis kan indgå i en sådan sammenligning. Hvis en virksomhed arbejder med et jobklassifikationssystem, således som det er tilfældet i hovedsagen, er det naturligt at foretage sammenligningen af gennemsnitslønningerne for kvindelige og mandlige lønmodtagere inden for den enkelte kategori. I givet fald påhviler det den nationale retsinstans at afgøre, om de grupper, der sammenlignes, er repræsentative.

41. Den ovenfor beskrevne bevisregel ville heller ikke foregribe forslaget til Rådets direktiv om bevisbyrden i forbindelse med ligestem og ligebehandling for kvinder og mænd¹¹, da den af mig foreslåede regel hverken indebærer, at bevisbyrden vendes om, eller at der overhovedet er skabt en generel formodning for, at der foreligger forskelsbehandling. Principielt mener jeg, at den hidtil gældende bevisbyrdefordeling tværtimod må fastholdes, idet arbejdsgiveren dog må have bevisbyrden for forhold, som kun han har rådighed over.

42. I almindelighed kan en arbejdsgiver frit — og i §9 i landsoverenskomsten af 9. marts 1983 er det også udtrykkeligt fastsat — yde tillæg for nærmere angivne individuelle egenskaber hos lønmodtageren. Tillæggene skal dog ydes på objektivt grundlag, og de anvendte kriterier skal være lovlige. En generel henvisning til, at der foreligger subjektive hensyn, der kan begrunde en højere løn, er i det konkrete tilfælde ikke tilstrækkelig som begrundelse for en forskellig aflønning [spørgsmål 1 b)], da lønfastsættelsen i så fald hverken kan objektiveres eller kontrolleres.

43. I almindelighed er både fleksibilitet, anciennitet og faglig uddannelse lovlige som kriterier for at yde personlige tillæg, såfremt de ydes neutralt i relation til lønmodtagernes køn og objektivt set står i et rimeligt forhold til de arbejdsopgaver, der skal udføres. Den økonomiske værdi af den pågældende personlige egenskab i relation til det arbejde, der skal udføres, gør ovennævnte

11 — EFT 1988, C 176, s. 5.

kriterier objektivt begrundede [spørgsmål 2 a), b) og c)].

virksomhed anvendes én eller flere forskellige overenskomster.

44. Da forholdet i hovedsagen er det, at landsoverenskomsten af 9. marts 1983 omfatter både kvindelige og mandlige lønmodtagere, er det efter min opfattelse uforment at besvare spørgsmål 4 a) og b), idet det ikke under en præjudiciel sag tilkommer Domstolen at tage stilling til hypotetiske retsspørgsmål, som er uden betydning for afgørelsen i hovedsagen. Da den forelæggende retsinstans imidlertid har et vidt skøn med hensyn til vurderingen af, hvilken betydning de præjudicielle spørgsmål har for dens afgørelse, og det ikke af den præjudicielle anmodning udtrykkeligt fremgår, at besvarelsen af spørgsmål 4 a) og 4 b) ikke er relevant for rettens afgørelse, skal jeg subsidiært fremkomme med følgende betragtninger vedrørende disse spørgsmål:

45. I almindelighed må det antages, at principperne om lige løn (EØF-Traktatens artikel 119 og direktiv 75/117/EØF) og om lige behandling (direktiv 76/207/EØF) også er bindende for overenskomstparterne. Medlemsstaterne er forpligtet til at sikre dette i deres lovgivning. Dette følger allerede af direktivernes ordlyd (jfr. artikel 4 i direktiv 75/117/EØF og artiklerne 3, 4 og 5 i direktiv 76/207/EØF) og er bekræftet af Domstolen i dommene i sagerne 165/82, 143/83 og 312/86. Overenskomstparterne kan således ikke ved aftale fravige ligelønsprincippet. Dette gælder uanset om der i en

46. Man må imidlertid ikke glemme, at der ofte — alt efter branche — forhandles og indgås forskellige overenskomster. Det objektive kriterium for en sådan forskel ville da i tilfælde af forskellig aflønning være det respektive branchetilhørsforhold. En sådan opdeling kan være lovlig, såfremt lønmodtagerne efter en overenskomsts forskellige anvendelsesområder ikke behandles forskelligt på grundlag af køn. Det er en betingelse, at den enkelte overenskomst er udformet på en sådan måde, at der ikke foreligger forskelsbehandling, hverken direkte eller indirekte. Når lønmodtagere har forskelligt branchetilhørsforhold, vil forholdet i øvrigt ofte være det, at de ikke har samme arbejde eller udfører arbejde af samme værdi.

47. Den blotte omstændighed, at en overenskomst hovedsagelig omfatter kvindelige eller mandlige arbejdstagere, er ikke i sig selv noget holdepunkt for, at der foreligger forskelsbehandling. Det er imidlertid vanskeligt så generelt at udtale sig om, hvorvidt overenskomster, der er opdelt efter lønmodtagergrupper, er lovlige. Spørgsmålet afhænger i øvrigt også først og fremmest af national arbejdsret. Efter fællesskabsretten kræves det dog, at ligelønsprincippet også gennem overenskomster konkret slår igennem på arbejdsmarkedet.

Sagens omkostninger

48. 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. De udgifter, der er af-

holdt af den danske, britiske, portugisiske og italienske regering samt af Kommissionen, kan ikke godtgøres.

C — Forslag til afgørelse

49. På baggrund af ovennævnte betragtninger skal jeg foreslå, at de præjudicielle spørgsmål besvares således:

50. »1 a) Når samme arbejde eller arbejde af samme værdi af kønsbestemte grunde aflønnes forskelligt (direkte forskelsbehandling), har lønmodtageren bevisbyrden for, at der er tale om samme arbejde eller arbejde af samme værdi, og for, at en kvindelig og en mandlig lønmodtager i samme bedrift eller virksomhed aflønnes forskelligt. Arbejdsgiveren kan undgå, at der statueres kønsdiskriminering, ved at bevise, at den forskellige aflønning skyldes neutrale, ikke kønsbestemte kriterier.

51. Når en forskellig behandling skyldes neutrale kriterier, der typisk rammer medlemmerne af det ene køn, som derved stilles uforholdsmæssigt dårligt (indirekte forskelsbehandling), har lønmodtageren bevisbyrden for, at den på grundlag af neutrale kriterier foretagne løndifferentiering overvejende eller udelukkende omfatter lønmodtagere af det ene køn, som derved stilles uforholdsmæssigt dårligt. Arbejdsgiveren kan undgå, at der statueres forskelsbehandling ved at bevise, at differentieringen skyldes objektive, økonomisk begrundede hensyn, som ikke er kønsbestemte.

52. Såfremt en lønmodtager ikke kan skaffe sig de oplysninger, der er nødvendige for at bevise, at der foreligger indirekte forskelsbehandling, finder den bevisregel anvendelse, at en dokumenteret lavere gennemsnitsløn for kvindelige arbejdstagere inden for en repræsentativ lønmodtagergruppe skaber formodning for, at der foreligger forskelsbehandling.

53. 1 b), 2 a), b) og c) Det er i strid med ligelønsprincippet, jfr. EØF-Traktatens artikel 119 og direktiv 75/117/EØF, at mandlige lønmodtagere, som udfører samme arbejde / arbejde af samme værdi som kvindelige lønmodtagere, får udbetalt højere løn alene under henvisning til subjektive kriterier. Det er ikke i strid med ovennævnte princip at yde tillæg for individuelle egenskaber som f.eks. an-

ciennitet, faglig uddannelse eller fleksibilitet, forudsat at nævnte kriterier er objektivt begrundede, står i et rimeligt forhold til de arbejdsopgaver, der skal udføres, og anvendes uden hensyntagen til lønmodtagerens køn.

54. 3 a) og b) Såfremt det dokumenteres, at kvinder inden for en repræsentativ lønmodtagergruppe gennemsnitligt er lønnet lavere end mænd, kan dette være en formodning for, at der foreligger forskelsbehandling. Spørgsmålet om, hvorledes en repræsentativ gruppe skal være sammensat, afhænger af de konkrete forhold i den enkelte virksomhed eller bedrift og må afgøres af den nationale retsinstans. Heraf følger dog ikke, at gennemsnitslønningerne for kvinder og mænd altid skal være de samme, idet en forskel kan skyldes kriterier, der ikke er kønsbestemte.

55. 4 a) Ligelønsprincippet er også bindende for overenskomstparterne. De kan heller ikke ved aftale fravige nævnte princip.

56. 4 b) Den omstændighed, at en overenskomst hovedsagelig omfatter mandlige eller kvindelige lønmodtagere, er ikke i sig selv i strid med forbuddet mod forskelsbehandling. Den endelige vurdering afhænger imidlertid af, hvorledes overenskomsten konkret er udformet.«