

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J.-P. WARNER
FREMSAT DEN 28. JANUAR 1981¹

Høje Domstol.

Nærværende sag er forelagt Domstolen ved en anmodning om præjudiciel afgørelse fra Employment Appeal Tribunal i London. Den rejser en række spørgsmål vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikel 119 med henblik på deltidsbeskæftigede arbejdstageres rettigheder. Under en vis synsvinkel rejser den også, med henblik på de samme arbejdstageres rettigheder, en række spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 75/117/EØF, »ligelønsdirektivet«.

Appellanten i sagen ved Employment Appeal Tribunal er Jeanette Pauline Jenkins. Indstævnte er hendes arbejdsgiver, Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.

Indstævnte fremstiller tøj, herunder frakker, til kvinder i en fabrik i Harlow, Essex, og i Milton Constable, Norfolk. Jenkins er deltidsbeskæftiget ved fabrikken i Harlow som operatør. Hun arbejder omkring 30 timer ugentlig, er faglært, i stand til at betjene, og betjener faktisk, flere forskellige maskiner, såsom knaphulsmaskiner, riningmaskiner osv.

Indstævntes fabrik i Milton Constable, der tilsyneladende ikke beskæftiger deltidsansatte, har ingen interesse for den foreliggende sag.

Der er omkring 90 ansatte ved indstævntes fabrik i Harlow. Ifølge indstævntes oplysninger til Industrial Tribunal, for hvem sagen blev indbragt i første instans, var der på dette tidspunkt ved nævnte fabrik ansat 83 fuldtidsbeskæftigede, hvoraf 34 var mænd og 49 kvinder. Deres normale arbejdsuge var 40 timer. Der var også seks deltidsbeskæftigede arbejdstagere, hvoraf fem (heriblandt Jenkins) var kvinder og én mand, A. Kreitzmann. Denne blev betragtet som en undtagelse. Han var for nylig gået på pension og havde undtagelsesvis fået tilladelse til at fortsætte med at arbejde ud over den normale pensionsalder. Han var faguddannet håndværker, og kunne udføre næsten alle former for arbejde i fabrikken. Aftalen mellem ham og indstævnte gik ud på, at han skulle arbejde 16 timer ugentlig over en vis prøveperiode. Det er ikke blevet oplyst for Domstolen, hvad der er sket efter prøveperiodens udløb.

Før november 1975 betalte indstævnte forskellig løn til mænd og kvinder, mens der ikke var nogen forskel i timebetalingen for fuldtidsbeskæftigede og deltidsbeskæftigede arbejdstagere, det være sig mænd eller kvinder. Den britiske lovgivning om ligebehandling af mænd og kvinder (som hovedsagelig består af *Equal Pay Act 1970*, med senere ændringer, og en del af *Sex Discrimination Act 1975*) trådte i kraft den 29. december 1975. I november 1975 indførte indstævnte, efter forhandlinger med virksomhedens personalesammenlutning og vedkommende fagforening, National Union of Tailors and Garment

¹ — Oversat fra engelsk.

Workers, nye lønsatser, hvorefter fuldtidsbeskæftigede mænd og kvinder fik ens timeløn, og også deltidsbeskæftigede mænd og kvinder. De deltidsbeskæftigede — dvs. arbejdstagere, som arbejder mindre end 40 timer om ugen — fik imidlertid efter disse satser udbetalt 10 % mindre i timen end fuldtidsbeskæftigede arbejdstagere. Den lavere timesats fandt altså anvendelse på enhver lønmodtager, som vedvarende arbejdede mindre end 40 timer om ugen, selv om vedkommende var ansat som fuldtidsbeskæftiget arbejdstager. Lørdag formiddag kunne både fuldtids- og deltidsbeskæftigede arbejde på »overtid« efter de højeste satser.

Fra november 1975 fik alle indstævntes ansatte, uanset om de var mænd eller kvinder, altså udbetalt løn efter de samme timesatser, bortset fra at deltidsbeskæftigede fik 10 % mindre pr. time. Dette gjaldt også Jenkins og de andre kvinder, som var deltidsbeskæftiget ved fabrikken i Harlow, og det gjaldt endvidere Kreitzmann.

Der er for Domstolen fremlagt omfattende dokumentation til påvisning af, at omkring 90 % af de deltidsbeskæftigede i Fællesskabet som helhed er kvinder, og for det meste gifte kvinder med famillemæssige forpligtelser. Dette materiale består hovedsagelig af en udtalelse fra Det økonomiske og sociale Udvalg af 1. juni 1978 om deltidsbeskæftiget arbejde og dets virkninger (EFT C 269 af 13. 11. 1978 s. 56), en artikel om »Part-time employment in the European Community« offentliggjort af ILO i International Labour Review maj-juni

1979 (Vol. 118, nr. 3, s. 299), en artikel om »Part-time working in Great Britain«, offentliggjort i British Department of Employment Gazette juli 1979 (s. 671) og en meddelelse fra Det stående Udvalg for Beskæftigelse af 17. juli 1980 om »frivillig deltidsbeskæftiget arbejde« (KOM(80) 405 endelig). Antallet af deltidsbeskæftigede kvinder varierer fra den ene medlemsstat til den anden. Tager man f.eks. tallene i oversigten vedrørende arbejdsstyrken for 1977 (tabel 3 i bilaget til meddelelsen fra udvalget, var antallet af kvindelige deltidsbeskæftigede højest i Tyskland og i Det forenede Kongerige (93 %), gennemsnitlig i Danmark og i Belgien (90 % og 88 %), lavere i Frankrig og Nederlandene (81 %) og lavest i Irland og Italien (68 % og 67 %). Der findes ingen tal for Luxembourg. De lave tal for Irland og Italien synes at have sammenhæng med det forhold, at deltidsbeskæftiget arbejde er mindre udbredt i lande, hvor beskæftigelsesgraden for kvinder er lav (se udvalgets meddelelse, s. 3-4). Antallet af kvinder veksler altså fra den ene industri til den anden, og synes lavest inden for landbruget og højest inden for servicefagene. De mandlige deltidsbeskæftigede er normalt studenter, ældre eller delvist uarbejdsdygtige.

Ved afslutningen af skriftvekslingen stillede Domstolen Kommissionen et spørgsmål med henblik på afklaringen af, om der i nogen af medlemsstaterne findes en lovgivning, som kræver, at deltidsbeskæftigede arbejdstagere aflønnes proportionalt med fuldtidsbeskæftigede. Kommissionens svar, som byggede på resultatet af dennes forespørgsler hos medlemsstaternes regeringer, arbejdsgiverorganisationer og fagforeninger, viste, at der ikke i nogen af medlemsstaterne fandtes en sådan

lovgivning, om end den franske regering i september 1980 havde fremsat lovforslag herom. Svaret viste imidlertid også, at dette resultat i mange medlemsstater generelt var opnået ved kollektiv forhandling. I Italien var der endog i visse tilfælde opnået betaling for deltidsbeskæftiget arbejde, som forholdsmæssigt var højere end betaling for fuldtidsbeskæftiget arbejde. Alene i Det forenede Kongerige anerkendtes det, at deltidsbeskæftiget arbejde ikke sjældent blev aflønnet efter en lavere timeløn.

Nærværende sag blev indledt ved den stævning, som Jenkins indleverede til Industrial Tribunal den 3. oktober 1978.

Fællesskabsretten synes ikke at være blevet nævnt under retsforhandlingerne for nævnte ret. Jenkins påberåbte sig alene britisk lovgivning. Hun gjorde gældende, at hun var ansat til at udføre lignende arbejde som en fuldtidsbeskæftiget mandlig operatør i samme lønklasse, og at det var i strid med lovgivningen, at hun ikke havde fået udbetalt samme basistimeløn. Indstævnte erkendte, at Jenkins var ansat til at udføre lignende arbejde som den pågældende mand. Indstævnte henviste til en bestemmelse i den britiske lovgivning, nemlig section 1 (3) i *Equal Pay Act 1970*, som ændret ved *Sex Discrimination Act 1975*, hvorefter en lighedsklausul ikke finder anvendelse, »såfremt arbejdsgiveren beviser, at en forskel mellem en kvindelig og en mandlig arbejdstagers ansættelseskontrakt skyldes en væsentlig

forskel mellem de to tilfælde (som ikke har forbindelse med kønsforskellen)«. Grunden til at indstævnte aflønnede deltidsbeskæftigede arbejdstagere efter en lavere sats end fuldtidsbeskæftigede, havde intet at gøre med arbejdstagerens køn, men var, at indstævnte ønskede at undgå hyppigt fravær i sin fabrik og at tilskynde alle ansatte (herunder Jenkins) til at arbejde en fuld arbejdsuge på 40 timer, for at produktionsanlægget kunne udnyttes så mange timer som muligt hver dag.

Industrial Tribunal frifandt indstævnte, efter at have hørt en række vidner. Retten antog, at eftersom Jenkins kun arbejdede 75 % af det antal timer, som indstævnte ønskede, bestod der en væsentlig forskel mellem hendes tilfælde og den pågældende mands, som ikke beroede på kønsforskellen, hvorfor lønforskellen var begrundet. Retten bemærkede imidlertid, at den ganske vist måtte drage en sådan retlig konklusion, men at det — om end det er lovligt at aflønne deltidsbeskæftigede og fuldtidsbeskæftigede efter forskellige lønsatser — »i sig selv smager af kønsdiskrimination, da deltidsbeskæftigede i sagens natur for det meste er kvinder«.

Denne afgørelse har Jenkins herefter anket til Employment Appeal Tribunal.

Ved Employment Appeal Tribunal erkendte Jenkins' advokat, at hun ikke, når henses til de af Industrial Tribunal fastslåede faktiske omstændigheder og til visse tidligere domme afsagt af Employment Appeal Tribunal, kunne føre sit

krav igennem alene på grundlag af den britiske lovgivning. I stedet fremførte advokaten anbringender med støtte i traktatens artikel 119 og artikel 1 i ligelønsdirektivet.

Dette er den faktiske og retlige baggrund for de følgende spørgsmål, som Employment Appeal Tribunal har forelagt Domstolen:

»1. Kræver ligelønsprincippet i EØF-traktatens artikel 119 og i artikel 1 i Rådets direktiv af 10. februar 1975, at lønnen for timelønsarbejde skal være den samme.

a) uanset antallet af ugentlige arbejdstimer, eller

b) uanset om arbejdsgiveren har økonomisk interesse i at tilskynde arbejdstagerne til at arbejde så mange ugentlige timer som muligt, og følgelig vil betale arbejdstagere, som arbejder 40 timer om ugen, højere løn end arbejdstagere, som arbejder under 40 timer om ugen?

2. Såfremt spørgsmål 1, litra a) eller b) besvares benægtende, hvilke kriterier skal da anvendes ved afgørelsen af, om ligelønsprincippet gælder i tilfælde, hvor en forskel i timelønssatserne beror på det samlede antal ugentlige arbejdstimer?

3. Vil besvarelsen af spørgsmål 1, litra a) eller b) eller spørgsmål 2 være anderledes (og i så fald i hvilken henseende), såfremt det påvises, at et væsentligt lavere antal kvindelige end mandlige arbejdstagere er i stand til at arbejde i det mindsteantal ugentlige timer, som kræves for at oppebære den fulde timelønssats?

4. Er de pågældende bestemmelser i EØF-traktatens artikel 119 eller nævnte direktivs artikel 1 umiddelbart anvendelige i medlemsstaterne under de i denne sag foreliggende omstændigheder?»

Indstævnte har desværre ikke afgivet indlæg i sagen. Ved Domstolen er forelagt årsberetningerne og regnskaberne for den periode, som afsluttedes den 30. november 1978, og de viser, at indstævnte er et forholdsvis lille firma, som ikke har nogen stærk økonomisk position. Dette er nok typisk for mange virksomheder i tøjbranchen. Indstævnte mente ikke at have råd til at lade sig repræsentere ved Domstolen, medmindre der blev ydet fri proces. En ansøgning herom blev imidlertid afslået af første afdeling.

På den anden side er Jenkins under hele sagen blevet støttet af sin fagforening, National Union of Tailors and Garment Workers, og af Equal Opportunities Commission, der, som Domstolen ved, er et offentligretligt organ, nedsat i Storbritannien ved *Sex Discrimination Act 1975*, som blandt andet har kompetence til at yde bistand i retssager, der har til

formål at ophæve forskelsbehandling af mænd og kvinder. Hendes sag er derfor blevet grundigt belyst ved Domstolen.

»Lige løn uden forskelsbehandling med hensyn til køn indebærer:

Ellers har kun den belgiske og britiske regering indgivet skriftlige indlæg, og Kommissionen har afgivet såvel skriftligt som mundtligt indlæg. Indlægget fra den belgiske regering var meget kort og indeholdt kun oplysninger om deltidsbeskæftigede arbejdstageres retsstilling i Belgien. Den britiske regering støttede alt i alt indstævnte, mens Kommissionen støttede Jenkins.

a) at den løn, der ydes for samme arbejde, der aflønnes i akkord, fastsættes på samme beregningsgrundlag;

b) at den løn, der ydes for arbejde, betalt efter tid, er den samme for samme slags arbejde«.

Jeg skal først, i lighed med parternes advokater, behandle den del af spørgsmålene fra Employment Appeal Tribunal, der vedrører traktatens artikel 119, og senere komme ind på, hvorvidt ligelønsdirektivets artikel 1 har betydning.

Argumentet byggede på den antagelse, at udtrykket »samme slags arbejde« i artikel 119, stk. 3, litra b), betyder, at arbejdet er det samme, uanset om det udføres på deltid eller fuldtid. At antage dette er imidlertid efter min opfattelse ensbetydende med at gå ud fra, at begrebet »samme slags arbejde« i litra b) har samme betydning som begrebet »samme arbejde« i artikel 119, stk. 1, og som begrebet »samme arbejde« i stk. 3, litra a).

Det første spørgsmål fra Employment Appeal Tribunal afspejler det tosidede argument, som Jenkins satte i første række, og som blev støttet af Kommissionen. Det går ud på, for det første, at der efter selve ordlyden af artikel 119, skal gives samme løn for arbejde, betalt efter tid uanset hvor mange timer, der arbejdes om ugen, og for det andet, at arbejdsgiverens eventuelle økonomiske fordel i at tilskynde til fuldtidsbeskæftigelse, ved at betale højere timesatser, ikke kan tillægges betydning efter artikel 119.

Der er ingen tvivl om, at Jenkins udførte »samme arbejde« som de fuldtidsbeskæftigede, der var ansat i hendes lønklasse. Hvis hun ikke havde været det, ville hendes sag ikke være opstået. At fremføre under disse forhold, at hun og de andre udførte »samme slags arbejde«, på trods af at de andre var fuldtidsbeskæftigede og hun kun deltidsbeskæftiget, er for mig at se ensbetydende med at forudsætte, at »samme arbejde« og »samme slags arbejde« anvendes som synonymer i artikel 119.

Det første led i dette argument var, som jeg forstod det, støttet på ordlyden af artikel 119, stk. 3, der er som følger:

Efter min opfattelse har forskellen mellem udtrykket »equal work« i artikel 119, stk. 1, og »the same work« i stk. 3,

litra a), ingen betydning, da denne forskel kun findes i de engelske og irske versioner af traktaten. Derimod findes forskellen mellem »equal« (eller »the same«) »work« og »the same job« i alle versioner af traktaten og synes indføjet med forsæt. Det kan måske være til hjælp for Domstolen at se de tilsvarende udtryk i de andre sprog. De lyder således:

- *Dansk*: »samme arbejde« og »samme slags arbejde«;
- *Tysk*: »gleiche Arbeit« og »gleicher Arbeitsplatz«;
- *Græsk*: »omoia ergasia« og »omoia thesi«;
- *Fransk*: »même travail« og »même poste de travail«;
- *Irsk*: »obair chomhionann« og »ceann oibre céanna«;
- *Italiensk*: »stesso lavoro« og »posto di lavoro uguale«;
- *Nederlandsk*: »gelijke arbeid« og »zelfde functie«.

Jeg mener derfor ikke, det kan antages, at artikel 119's ordlyd tvinger til det resultat, som Jenkins og Kommissionen har gjort gældende. Det kan dog i hvert fald med støtte i artiklens ordlyd gøres gældende, at en deltidsbeskæftiget og fuldtidsbeskæftiget arbejdstager ikke har »samme slags arbejde«, selv om de har »samme arbejde«.

Der var forskel mellem Jenkins og Kommissionen i den anden del af argumentationen.

Jenkins' advokat henviste til det han kaldte »the *Clay Cross* approach«, efter afgørelsen fra Court of Appeal of England and Wales i sagen *Clay Cross (Quarry Services) Ltd. mod Fletcher* (1979), ICR, s. 1. I denne sag krævede en kvindelig salgsfunktionær samme løn som en mand, der var blevet ansat til at udføre lignende arbejde på et senere tidspunkt end hende. Hun måtte endda vise ham, hvordan han skulle udføre arbejdet. Han fik udbetalt en større ugeløn end hende, fordi han, på det tidspunkt hvor den stilling, som han bestred, var blevet opslået ledig, var den eneste egnede ansøger, og fordi han havde krævet den samme løn, som han tjente i sin tidligere stilling. Det var underordnet for arbejdsgiverne, om der blev ansat en mand eller en kvinde, og de gjorde, i henhold til section 1, stk. 3, i *Equal Pay Act 1970*, med senere ændringer, gældende, at der var en væsentlig forskel mellem de to tilfælde, som ikke beroede på kønsforskellen. Dette forkastede Court of Appeal med en begrundelse, som lord Denning udtrykte således:

»Det kan tænkes, at en arbejdsgiver ikke har til hensigt at forskelsbehandle en kvinde ved at betale hende mindre. Er resultatet af hans handlinger imidlertid, at hun forskelsbehandles, er arbejdsgiverens handlemåde ulovlig, uanset om den har været tilsigtet eller ej.

En arbejdsgiver kan ikke unddrage sig sine forpligtelser i henhold til *Equal Pay Act* ved at sige: 'Jeg giver ham mere i løn, fordi han bad om mere,' eller 'jeg gav hende mindre i løn, fordi hun var villig til at arbejde for en mindre løn.' Accepterede man sådanne undskyldninger, ville *Equal Pay Act* ikke have nogen virkning. Det var sådanne grunde

som førte til, at der var ulige løn før loven blev indført, og det var disse forhold loven skulle rette op på.

De nævnte betragtninger har efter min opfattelse lige så stor gyldighed i relation til traktatens artikel 119 som i relation til de britiske lovgivningsbestemmelser i den af lord Denning behandlede sag. Jeg kan imidlertid ikke i *Clay Cross*-sagen finde støtte for den vidtgående antagelse, som Jenkins' advokat forsøgte at udlede af denne dom, nemlig at det ikke har nogen betydning, om en arbejdsgiver eventuelt vil kunne drage økonomisk fordel af at gøre forskel mellem forskellige grupper af arbejdstagere. Dette spørgsmål giver *Clay Cross*-dommen, som skal ses på baggrund af dens faktiske omstændigheder, ikke efter min opfattelse noget svar på. Det gør den derimod nok, såfremt man kan drage den slutning, at indstævntes egentlige grund til at aflønne de deltidsbeskæftigede efter en lavere timesats end de fuldtidsbeskæftigede var, at de deltidsbeskæftigede normalt var kvinder, som normalt har en svagere forhandlingsposition end mænd, eller den slutning, at en sådan forskel i behandlingen var et levn fra den tid, hvor indstævnte betalte de kvindelige ansatte efter en lavere sats end de mandlige. En sådan slutning kan imidlertid ikke drages af de faktiske omstændigheder, som de er fastslået af Industrial Tribunal.

Hvad Kommissionen anførte til støtte for den anden del af det nævnte argument var ikke efter min mening overbevisende, dels fordi indholdet var mere politisk end juridisk, dels fordi det syntes at være støttet på den antagelse, at forskelsbehandling af fuldtids- og deltidsbeskæftigede arbejdstagere altid må sidestilles med en forskelsbehandling af mænd og kvinder, uanset den enkelte sags

konkrete omstændigheder. Imidlertid kan der meget vel tænkes tilfælde, hvor de særlige forhold i en bestemt industri medfører, at de deltidsbeskæftigede arbejdstagere overvejende eller udelukkende er mænd, eller at de fuldtidsbeskæftigede er det. En eventuel forskelsbehandling mellem dem ville da næppe kunne anses for begrundet i deres køn.

Den argumentation vedrørende det første spørgsmål, som Jenkins og Kommissionen har fremført, overser efter min opfattelse, at artikel 119 kun angår forskelsbehandling »med hensyn til køn«. Den vedrører ikke en evt. forskelsbehandling på grundlag af andre kriterier. Forholdet er det, at indstævnte ved fabrikken i Harlow havde ansat flere fuldtidsbeskæftigede kvinder end mænd på det pågældende tidspunkt, og at de fuldtidsbeskæftigede af begge køn blev aflønnet efter samme takster. På grundlag af den foretagne bevisførelse anså Industrial Tribunal det desuden som en fastslået kendsgerning, at indstævnte virkelig havde rimelige grunde til at aflønne de deltidsbeskæftigede med en lavere timeløn end de fuldtidsbeskæftigede, uanset deres køn.

I sag 129/79, *Macarthy's Ltd. mod Smith* (Sml. 1980, s. 1275), fastslog Domstolen:

»Det må imidlertid erkendes, ... at det ikke kan udelukkes, at en forskel i den løn, der udbetales til to arbejdstagere, som beklæder samme stilling, men på forskellige tidspunkter, kan forklares ved faktorer, som ikke har nogen forbindelse med forskelsbehandling på grund af køn. Dette er et rent faktisk spørgsmål, der skal afgøres af den pågældende ret.« (Dommens præmis 12).

Efter min opfattelse har dette også gyldighed for forskellen i timelønnen mellem to arbejdstagere, som udfører samme arbejde, men et forskelligt antal timer hver uge.

Herefter kommer jeg til det andet og tredje spørgsmål fra Employment Appeal Tribunal, som jeg anser for sigtssædligt at behandle under ét.

Disse spørgsmål, navnlig det tredje, afspejler et subsidiært argument, som Jenkins fremsatte for det tilfælde, at hun ikke skulle få medhold i sit første anbringende. Dette gik ud på, at såfremt det blev påvist, at en bestemt betingelse for at opnå lige løn for lige arbejde, såsom et vist antal minimumstimer pr. uge, var urimelig i sin virkning overfor arbejdstagere af det ene køn, ville det være i strid med ligelønsprincippet at anvende denne betingelse, medmindre det påvistes, at betingelsen »klart skyldtes forhold i den pågældende tjeneste«. Under den mundtlige forhandling forklarede Jenkins' advokat, at meningen med dette udsagn var, »sagt med jævne ord«, at såfremt kvinder, hvilket åbenbart var tilfældet, ikke var ligeså egnede til at arbejde 40 timer om ugen som mænd på grund af deres familiemæssige forpligtelser, ville den betingelse, at en ansat skulle arbejde 40 timer om ugen for at få udbetalt den fulde timeløn, ramme kvinder urimeligt i forhold til mænd. Det var ikke nødvendigvis ensbetydende med, at der forelå diskrimination, men betød dog umiddelbart en diskriminerende virkning, som krævede »en særlig begrundelse fra arbejdsgiveren«. Dette kaldte Jenkins' advokat for »the Griggs approach« efter afgørelsen fra De forende Staters høje-

steret i sagen *Griggs mod Duke Power Company* (1971) 401 U.S. 424.

Kommissionen afviste denne måde at angribe problemet på og beskrev den som en halv løsning, der ville føre til en ordening, som meget vel kunne tænkes vanskelig at administrere i praksis.

Efter min opfattelse er det imidlertid den rigtige måde at angribe problemet på. Det er den eneste løsning, som forener nødvendigheden af at undgå en forskelsbehandling af kvinder, der fremstilles som en forskellig aflønning af fuldtids- og deltidsbeskæftigede, og nødvendigheden af at undgå en uretfærdig behandling af en arbejdsgiver, som har gode grunde til at aflønne fuldtids- og deltidsbeskæftigede forskelligt, uafhængigt af deres løn. Jeg tror heller ikke på det argument, at denne løsning ville føre til en vanskeligt administrerbar ordening. Det vil være de nationale domstole, der skal administrere ordeningen, og de må efter min opfattelse være de bedst egnede til at varetage opgaven.

Som det mere end én gang har været sagt, sker det ofte, at Domstolen stilles over for tilsvarende problemer som De forende Staters højestetret. Selv om de bestemmelser i United States' Civil Rights Act 1964, som var omhandlet i *Griggs*-sagen, var anderledes udformet end traktatens artikel 119, havde de dog samme hovedformål, bortset fra at bestemmelsen i *Griggs*-sagen handlede

om racediskrimination. Men i sagen *Dothard mod Rawlinson* (1977) 433 U.S. 321, anvendte Supreme Court samme ræsonnement ved kønsdiskrimination. Det har været mig til støtte at erfare, at denne ret i de nævnte sager nåede frem til samme resultat, som jeg er kommet til.

På lignende måde har det været mig til støtte, at dette resultat er i overensstemmelse med en velkendt linje i Domstolens praksis i sagerne 152/73, *Sotgiu mod Deutsche Bundespost* (Sml. 1974, s. 153), 61/77, *Kommissionen mod Irland* (Sml. 1978, s. 417) og 237/78, *CRAM mod Toia* (Sml. 1979, s. 2645). Disse sager handlede som bekendt om forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, og ikke på grundlag af køn. Det blev ved disse domme fastslået, at en bestemmelse, som, ved en umiddelbar betragtning, sondrer mellem personer efter et andet kriterium end nationalitet, dog er i strid med fællesskabsrettens forbud mod en sådan forskelsbehandling, såfremt anvendelsen heraf i realiteten fører til samme resultat, medmindre sondringen kan begrundes »objektivt«. Der er efter min opfattelse grund til også at anvende dette princip på kønsdiskrimination.

Herefter kan Employment Appeal Tribunal's fjerde spørgsmål koges ned til dette: har bestemmelserne i traktatens artikel 119 direkte virkning i medlemsstaterne for så vidt som en arbejdsgiver, som betaler forskellige timesatser til fuldtidsbeskæftigede og deltidsbeskæftigede arbejdstagere, efter disse bestemmelser skal påvise, at lønforskellen ikke beror

på kønsdiskrimination, men er objektivt begrundet?

Efter min opfattelse må dette spørgsmål utvetydigt besvares bekræftende. Jeg var ovenfor inde på, at de nationale domstole er de bedst egnede til at foretage en undersøgelse i hver enkelt sag. Hertil kræves der desuden ej heller yderligere fællesskabsbestemmelser eller bestemmelser i den nationale lovgivning. Der er tale om en undersøgelse på et klart grundlag, som alene kræver en bedømmelse af den enkelte sags faktiske omstændigheder.

Der er imidlertid visse vanskeligheder forbundet med undersøgelsen på grund af visse af Domstolens udsagn i sag 43/75, den *anden Defrenne-sag* (Sml. 1976, s. 455) og i sagen *Macarthy's Ltd. mod Smith* (som jeg har nævnt ovenfor). Jeg henlede opmærksomheden på denne vanskelighed i mit forslag til afgørelse i sag 69/80, *Worringham mod Lloyds Bank Ltd.*, som stadig verserer ved Domstolen. Disse udsagn kan fortolkes således, at undersøgelsen af, hvorvidt der foreligger en »skjult« forskelsbehandling i den betydning, som er forudsat i sagerne *Sotgiu, Kommissionen mod Irland* og *Toia*, er den samme som undersøgelsen af, hvorvidt der foreligger den form for forskelsbehandling, som artikel 119 ikke har direkte virkning for. Efter min opfattelse er der ikke tale om samme form for undersøgelse, og jeg tvivler på, at Domstolen nogen sinde kan have ment, at dette skulle være tilfældet. Jenkins' advokat anførte under den mundtlige forhandling, som svar på et spørgsmål, jeg havde stillet, at han mente der forelå et terminologisk problem, og

det tror jeg er rigtigt. Forvirringen kan hovedsageligt tilskrives den engelske version af de pågældte afgørelser fra Domstolen, hvori navnlig de modstående udtryk »overt« og »disguised«, i forbindelse med forskelsbehandling anvendes til betegnelse af begreber, som efter min opfattelse er forskellige. En gennemgang af de franske versioner af disse domme viser, at Domstolen konsekvent har benyttet udtrykket »ostensibles« og »dissimulées«, og anvendt denne dikotomi i sagerne *Sotgiu, Kommissionen mod Irland og Toia*, mens den i den anden *Defrenne*-sag og i sagen *Macarthys mod Smith* benyttede de modstående udtryk »directes et ouvertes« og »indirectes et déguisés«. Imidlertid er det ikke min opfattelse, om det må være mig tilladt, at sidstnævnte sætning, hvordan den end gengives på engelsk, giver en træffende beskrivelse af de former for forskelsbehandling, som artikel 119 ikke har direkte virkning for. Det er efter min opfattelse mere præcist at beskrive artikel 119 sådan, at den ikke kan have direkte virkning, når en ret ikke kan anvende den efter de enkle kriterier, der findes i selve artiklen, og når det følgelig er nødvendigt at udstede gennemførelsesbe-

stemmelser til fastlæggelse af de relevante kriterier, det være sig på fællesskabsplan eller nationalt plan. Det ville, om De tillader mig, være nyttigt, om Domstolen i afgørelsen i nærværende sag, eller måske i dommen i sagen *Worringham mod Lloyds Bank*, afklarede dette punkt.

Til sidst skal jeg behandle ligelønsdirektivets artikel 1. Det kan gøres ganske kort. Artikel 1, stk. 1, bestemmer:

»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«.

Jeg mener ikke dette tilføjer noget nyt til artikel 119, som har relevans i denne forbindelse. Stk. 2 handler om faglige klassifikationssystemer og har ikke betydning for sagen.

Sammenfattende er jeg af den opfattelse, at Domstolen, som svar på de spørgsmål, der er forelagt af Employment Appeal Tribunal, bør statuere følgende:

- 1) Hverken EØF-traktatens artikel 119 eller artikel 1 i ligelønsdirektivet kræver, at den løn, der ydes for arbejde, betalt efter tid, er den samme uanset det ugentlige antal arbejdstimer, og uanset arbejdsgiverens eventuelle fordele ved at tilskynde til fuldtidsbeskæftigelse.
- 2) Når der er forskel i den løn, der ydes for arbejde, betalt efter tid, i forhold til det samlede antal ugentlige arbejdstimer, kræver traktatens

artikel 119, at arbejdsgiveren beviser, at forskellen er objektivt begrundet, og ikke beror på nogen form for kønsdiskrimination.

- 3) I det omfang artikel 119 opstiller dette krav, har den direkte virkning i medlemsstaterne, således at den giver rettigheder til private, som de nationale retter skal beskytte.
- 4) Ligelønsdirektivets artikel 1 berører ikke virkningen af artikel 119 i disse henseender.