

mensætning, idet reglerne herom er fastsat ved lov.

2. Direktiv 75/117 om lige løn til mænd og kvinder skal fortolkes således, at såfremt en virksomhed anvender et helt uigenemskueligt 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.

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; arbejdsgiveren kan ligeledes 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; arbejdsgiveren behøver ikke særligt at begrunde en anvendelse af kriteriet anciennitet, da højere anciennitet er ensbetydende med højere erfaring, og denne normalt sætter lønmodtageren i stand til at udføre sine arbejdsopgaver bedre.

## RETSMØDERAPPORT

i sag 109/88 \*

### I — Faktiske omstændigheder og retshandlinger

På Danfoss er lønningerne til de ansatte fastsat således, at der ud over minimallønningerne kan ydes personlige tillæg. I henhold til §9 i landsoverenskomsten af 9. marts 1983 mellem Dansk Arbejdsgiverforening (herefter benævnt »DA«) og Handels- og Kontorfunktionærenes Forbund (herefter benævnt »HK«) yder virksomheden person-

lige tillæg til de ansatte for dygtighed, selvstændighed, ansvar og kvaliteten af det udførte arbejde. Herudover anvender virksomheden et jobklassificeringssystem, på grundlag af hvilket medarbejderne ydes personlige tillæg, blandt andet under hensyntagen til faglig uddannelse og anciennitet.

Siden 1983 har Danfoss' lønpolitik været genstand for en tvist mellem HK og DA. I-

\* Processprog: dansk.

følge HK indebærer denne lønpolitik en forskelsbehandling på grundlag af køn og dermed en overtrædelse af §1 i lovbekendtgørelse nr. 237 af 5. maj 1986, som er en gennemførelse 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«.

inden for to tilfældigt udvalgte grupper (henholdsvis 16 laboranter og 11 lagermedarbejdere) var gennemsnitslønnen for mænd højere end for kvinder. I sin kendelse af 16. april 1985 fastslog voldgiftsretten, at HK ikke fandtes at have bevist, at der var tale om kønsdiskriminering. Voldgiftsretten ville ikke afvise, at et sådant bevis kunne føres ved en sammenligning af gennemsnitslønningerne for ansatte i samme løngruppe. Den fremhævede dog, at det i sagen fremdragne personmateriale var meget beskedent.

Tvisten blev indbragt for en faglig voldgiftsret, der har kompetence til at træffe afgørelser inden for et overenskomstdækket arbejdsområde. Såfremt to parter i en kollektiv overenskomst strider om, hvorvidt en virksomheds lønpolitik er udtryk for forskelsbehandling, og de ikke i overenskomsten har vedtaget regler til afgørelse af en sådan uenighed, anses bestemmelserne i den til enhver tid mellem DA og LO aftalte »Norm for regler for behandling af faglig strid« at være gældende mellem parterne. Dette følger af artikel 22 i lov nr. 317 af 13. juni 1973 om arbejdsretten. De nævnte regler indeholder to faser. Parterne skal først søge at nå til enighed. Lykkes dette ikke, kan enhver af parterne begære sagen afgjort af en faglig voldgiftsret.

Efter en lønregulering i juni 1985 var HK imidlertid fortsat af den opfattelse, at Danfoss' lønpolitik var udtryk for forskelsbehandling. Sagen blev på ny forelagt en faglig voldgiftsret. HK fremlagde her resultaterne af en mere omfattende statistisk undersøgelse vedrørende de af Danfoss udbetalte lønninger for 157 personer i perioden 1982-1986. Ifølge HK viste undersøgelsen, at der er en gennemsnitlig forskel mellem kvindernes og mændenes lønninger på 6,85%, hvilket ifølge HK i sig selv beviser, at der er tale om forskelsbehandling på grundlag af køn, idet det må anses for usandsynligt, at kvinderne systematisk udviser mindre indsats og dygtighed i deres arbejde og derfor er afskåret fra at opnå personlige tillæg. HK gjorde gældende, at såle-

Til støtte for, at Danfoss' lønpolitik var udtryk for forskelsbehandling, anførte HK, at

des som lønningerne beregnes i Danmark, vil det ofte være umuligt for en kvindelig lønmodtager at påberåbe sig sin ret til lige løn, hvis ikke hun kan fremlægge dokumenterende, statistiske oplysninger til støtte herfor.

Den faglige voldgiftsret besluttede herefter at udsætte sagen og forelægge Domstolen en række præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af ligelønsdirektivets artikel 1. 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 stillingtagen 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 om-

fattet af forskellige overenskomster, vil denne konstatering da indebære, at direktivet ikke finder anvendelse?

advokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse. Parterne er blevet anmodet om skriftligt at besvare visse spørgsmål, hvilket de har gjort inden for de fastsatte frister.

- 4 b) Spiller det ved vurderingen af dette spørgsmål en rolle, om de 2 overenskomstråder helt eller i helt overvejende grad samtidig er dækket af henholdsvis mandlige og kvindelige lønmodtagere?»

## II — Skriftlige indlæg indgivet til Domstolen

*A — Er en faglig voldgiftsret en ret i den i Traktatens artikel 177 forudsatte betydning?*

I medfør af artikel 20 i Protokollen vedrørende Statutten for EØF-Domstolen er der indgivet følgende skriftlige indlæg: den 5. juli 1988 af sagsøgeren i hovedsagen, HK, ved advokat Lars Svenning Andersen, den 7. juli 1988 af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved J. Currall og Ida Langermann, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, den 13. juli 1988 af den danske regering ved juridisk rådgiver Peter Vesterdorf, den 14. juli 1988 af sagsøgte i hovedsagen, DA, ved advokat Helge Werner, den 15. juli 1988 af den britiske regering ved S. J. Hay, som befuldmægtiget, og af den portugisiske regering ved L. Fernandez og M. J. Leitao, som befuldmægtigede, og den 21. juli 1988 af den italienske regering ved avvocato dello Stato P. G. Ferri.

Den danske regering har anført, at faglige voldgiftsretter må anses for retter efter Traktatens artikel 177, fordi de er oprettet ved lov og udgør en permanent institution i den danske retspleje. Det er herved uden betydning, at den enkelte faglige voldgiftsret ikke er permanent, men træder sammen, når parter er uenige og beslutter at lade deres uenighed afgøre ved faglig voldgift.

Den danske regering har desuden anført, at i henhold til §20, stk. 2, i lov om arbejdsretten træffer faglige voldgiftsretter afgørelser efter en kontradiktorisk procedure, og afgørelserne er bindende og eksigible.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt general-

Endelig har den danske regering henledt opmærksomheden på en erklæring, den afgav i forbindelse med udarbejdelsen i Rådet

af ligelønsdirektivet. Erklæringen har følgende ordlyd:

B — *Den faglige voldgiftsrets spørgsmål vedrørende rækkevidden af ligelønsprincippet*

»De fagretlige instanser kan i henhold til den danske lovgivning, for så vidt angår arbejdstagere, der på grundlag af kollektive overenskomster har ret til ligeløn, anses for retslige instanser i medfør af artikel 2 i direktiv 75/117/EØF om ligeløn.«

*Kommissionen* er ligeledes af den opfattelse, at en faglig voldgiftsret er en ret i den i Traktatens artikel 177 forudsatte betydning. Ifølge Kommissionen er det i den forbindelse afgørende, at en part i henhold til §5 i Norm for regler for behandling af faglig strid kan kræve en endelig afgørelse ved faglig voldgift, uanset om den anden part ikke er enig heri. Kommissionen har påpeget, at såfremt overenskomstparterne ikke selv har vedtaget regler for afgørelse af uenighed af faglig karakter, anses ovennævnte Norm at være gældende, jfr. §22 i lov nr. 317 af 13. juni 1973.

Kommissionen har i øvrigt anført, at nævnte Norm principielt kun finder anvendelse på tvister vedrørende fortolkning af kollektive overenskomster, men fremhævet, at det dog er sædvane også at lade den finde anvendelse på spørgsmål om lovfortolkning (der normalt afgøres ved de almindelige domstole), som har relation til et overenskomstdækket område.

a) *Hvem har bevisbyrden?* [spørgsmål 1 a)]

*HK* har anført, at ordningen med minimal-løn og personlige tillæg bevirker, at det er umuligt for en kvindelig lønmodtager at dokumentere årsagerne til, at hun og en mandlig lønmodtager, der udfører samme arbejde, aflønnes forskelligt. Hun vil følgelig ikke kunne bevise, at der i givet fald foreligger kønsdiskrimination. Derfor må der fastsættes en bevisbyrdefordeling, hvorefter den kvindelige lønmodtager først må bevise, at samme arbejde eller arbejde af samme værdi aflønnes forskelligt, mens arbejdsgiveren derefter må bevise, at en sådan forskel ikke beror på kønsdiskrimination.

*DA* vil ikke afvise, at det kan være vanskeligt for en lønmodtager at bevise, at der foreligger forskelsbehandling, men har anført, at en ændret bevisbyrdefordeling indebærer en risiko for misbrug. Lønmodtageren må derfor have bevisbyrden for, at en forskellig aflønning skyldes kønsbestemte forhold. *DA* har endvidere henvist til, at Kommissionen den 24. maj 1988 forelagde et forslag til direktiv, som har til formål at lempe bevisbyrden i forbindelse med ligeløn (EFT C 176 af 5.7.1988, s. 5). Ifølge direktivforslaget skal lønmodtageren skabe en formodning for direkte eller indirekte forskelsbehandling

ved at fremlægge en eller flere kendsgerninger, og en sådan formodning påhviler det arbejdsgiveren at modbevise. Så længe direktivforslaget ikke er vedtaget, påhviler bevisbyrden derfor lønmodtageren.

Den *britiske, portugisiske og italienske regering* er alle af den opfattelse, at der i et tilfælde som det foreliggende allerede nu må anvendes den i direktivforslaget anførte bevisbyrdefordeling. Når lønmodtageren godtgør, at der er en vægtig formodning for forskelsbehandling, må det påhvile arbejdsgiveren at bevise, at den forskellige behandling skyldes hensyn, der ikke er kønsbestemte. Både den britiske og den italienske regering har henvist til, at lønmodtageren sjældent vil have kendskab til de faktorer, der har haft betydning for beregningen af lønnen.

Den britiske regering har anført, at det allerede følger af Domstolens dom af 13. maj 1986 (Bilka mod Weber von Hartz, 170/84, Sml. s. 1607), at når en lønmodtager har skabt en vægtig formodning for, at der sker en indirekte forskelsbehandling, påhviler det arbejdsgiveren at godtgøre, at den førte lønpolitik kan forklares ved objektive begrundede faktorer, som ikke er kønsbestemte. Den britiske regering har erkendt, at det ikke er klart, om tvisten for den faglige voldgiftsret vedrører direkte eller indirekte forskelsbehandling. Under alle omstændigheder må dommen i Bilka-sagen også finde anvendelse ved direkte forskelsbehandling.

Også *Kommissionen* er af den opfattelse, at Domstolens praksis allerede indeholder alle de elementer, der er nødvendige for besva-

relsen af spørgsmålet om bevisbyrden. Kommissionen har henvist såvel til dommen i Bilka-sagen (jfr. ovenfor) som til Domstolens dom af 31. marts 1981 (Jenkins mod Kingsgate, 96/80, Sml. s. 911). Ovennævnte direktivforslag er i øvrigt baseret på de nævnte to afgørelser.

b) *Er den omstændighed, at gennemsnitslønnen for kvindelige lønmodtagere er lavere end for mandlige, i sig selv bevis for, at der foreligger en i henhold til direktivet forbudt forskelsbehandling med hensyn til ligeløn?* [spørgsmålene 3 a) og 3 b)]

Ifølge *HK* skaber en sådan omstændighed formodning for, at direktivet er overtrådt. Det påhviler herefter arbejdsgiveren konkret at godtgøre, at den gennemsnitlige forskel i aflønningen af mandlige og kvindelige lønmodtagere ikke er kønsrelateret.

*DA* har anført, at det fremgår af Domstolens dom af 27. marts 1980 (Macarthy mod Smith, 129/79, Sml. s. 1275), at direkte forskelsbehandling kun kan bevises ud fra en konkret vurdering af det arbejde, der udføres af lønmodtagere af forskelligt køn, som beklæder samme stilling, eller som arbejder i samme driftstekniske enhed. Det er derfor ikke tilstrækkeligt blot at foretage en sammenligning mellem gennemsnitslønnen for mandlige og kvindelige lønmodtagere i samme virksomhed.

Den *britiske regering* er enig med *HK*, mens den *portugisiske regering* har samme opfattelse som *DA*.

Den italienske regering har anført, at hvis der i den foreliggende sag er tale om forskelsbehandling, er den indirekte, idet den er en følge af en lønpolitik, hvorved kvindelige lønmodtagere systematisk stilles ringere. Begrebet indirekte forskelsbehandling hænger logisk sammen med begrebet statistisk bevis. En systematisk forskelsbehandling kan således kun bevises i kraft af statistisk materiale vedrørende dens virkninger.

Kommissionen har bemærket, at det følger af ovennævnte dom i Macarthys-sagen, at en forskel i gennemsnitslønnen for henholdsvis mænd og kvinder ikke i sig selv udgør et bevis for forskelsbehandling, idet denne altid må bevises i relation til individuelle sager. En sådan forskel skaber dog en formodning for, at det anvendte jobklassifikationssystem ikke udelukker enhver form for forskelsbehandling på grundlag af køn. Det påhviler arbejdsgiveren at gendrive formodningen ved at bevise, at forskellen i lønnen for mandlige og kvindelige lønmodtagere kan forklares ud fra objektive begrundede forhold.

c) Kan f. eks. en medarbejders fleksibilitet, anciennitet eller faglige uddannelse begrunde, at mandlige og kvindelige lønmodtagere aflønnes forskelligt? [spørgsmålene 1 b), 2 a), 2 b) og 2 c)]

HK har anført, at en arbejdsgiver ikke uden videre kan aflønne lønmodtagere forskelligt alene ved at henvise til ikke-målelige, subjektive kriterier, som f.eks. fleksibilitet. Der-

imod kan arbejdsgiveren give personlige tillæg ud fra objektive kriterier, som f.eks. anciennitet. Faglig uddannelse kan principielt ikke begrunde, at samme arbejde aflønnes forskelligt, medmindre arbejdsgiveren kan godtgøre, at der er tale om midlertidigt arbejde, der skal føre til et for den pågældende mere kvalificeret arbejde.

DA har gjort gældende, at en arbejdsgiver kan fastsætte lønmodtagernes løn ud fra subjektive kriterier, når det oplyses, hvilke kriterier der er lagt til grund. DA har understreget, at alle de kriterier, der opregnes i den kollektive overenskomsts §9, dvs. dygtighed, selvstændighed, ansvar og kvaliteten af det udførte arbejde, tildels er subjektive, men at overenskomstsparterne HK og DA må antages at have været enige om, at overenskomsten indeholder en pligt for arbejdsgiveren til at yde mænd og kvinder lige løn. En arbejdsgiver må desuden kunne yde højere løn til en lønmodtager med en særlig faglig uddannelse, som i kraft heraf vil kunne udføre funktioner, som andre lønmodtagere, der udfører samme arbejde, ikke vil være i stand til at udføre.

Ifølge den britiske regering følger det af ovennævnte dom i Bilka-sagen, at en arbejdsgiver kan betale lønmodtagere særlige tillæg for fleksibilitet eller faglig uddannelse, såfremt han godtgør, at sådanne egenskaber opfylder et virkeligt behov i virksomheden, og at de må honoreres, for at virksomheden kan opnå, hvad den ønsker.

Den portugisiske regering har anført, at lønfastsættelsen ikke kan baseres på subjektive kriterier, som f. eks. fleksibilitet hos lønmodtageren. En arbejdsgiver kan derimod tage hensyn både til lønmodtagerens anciennitet og faglige uddannelse.

Ifølge den italienske regering kan kriterier som f. eks. fleksibilitet eller faglig uddannelse begrunde en løndifferentiering under forudsætning af, at arbejdsgiveren beviser, at det arbejde, lønmodtageren faktisk udfører, kræver, at han opfylder de nævnte kriterier. Anciennitet er et objektivt kriterium, som uden videre kan begrunde, at den ansatte får højere løn.

Kommissionen har anført, at der må sondres mellem de tre kriterier, spørgsmålene fra den forelæggende retsinstans vedrører, dvs. fleksibilitet, faglig uddannelse og anciennitet. Medarbejderfleksibilitet er et kriterium, der normalt er til ugunst for kvinder. Som Domstolen i princippet fastslog i dommen i Bilka-sagen, må arbejdsgiveren i så fald godtgøre, at en sådan fleksibilitet er i overensstemmelse med og nødvendig ud fra virksomhedens virkelige behov. Faglig uddannelse kan tages i betragtning under forudsætning af, at den objektivt set er relevant for det arbejde, den pågældende lønmodtager rent faktisk udfører. Dette vil f. eks. være tilfældet, såfremt en faglig uddannelse har direkte betydning for den effektivitet, hvormed lønmodtageren udfører sit job. Anciennitet må antages objektivt at kunne begrunde en løndifferentiering, idet anciennitet

nesten altid vil have betydning for, hvor effektivt en lønmodtager udfører sit arbejde.

d) Kan den omstændighed, at forskellige kollektive overenskomster finder anvendelse, begrunde en forskellig aflønning, f. eks. når en af overenskomsterne udelukkende omfatter kvindelige lønmodtagere? [spørgsmål 4 a) og 4 b)]

HK har gjort gældende, at den omstændighed, at mandlige og kvindelige lønmodtagere aflønnes i henhold til forskellige overenskomster, ikke i sig selv kan begrunde en forskellig aflønning.

DA har erkendt, at arbejdsgiveren i princippet ikke fritages for sin forpligtelse til at udbetale lige løn, blot fordi forskellige grupper af lønmodtagere er omfattet af forskellige overenskomster. Såfremt to overenskomster indeholder forskellige minimallønsstatter, må der dog være en formodning for, at parterne har været enige om, at der ikke er tale om samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

Den britiske regering har anført, at det forhold, at lønningerne er reguleret af forskellige overenskomster, ikke i sig selv kan begrunde en forskel i aflønningen. Den har imidlertid påpeget, at medlemsstaterne i henhold til artikel 4 i ligelønsdirektivet er forpligtet til at træffe de nødvendige foranstaltninger til, at bestemmelser i kollektive overenskomster, som strider mod ligelønsprincippet, kan erklæres ugyldige eller ændres.

Den *portugisiske regering* har bemærket, at en forskel i aflønning, som beror på anvendelse af forskellige kollektive overenskomster, er udtryk for forskelsbehandling, såfremt en af overenskomsterne udelukkende omfatter kvindelige lønmodtagere.

Den *italienske regering*, som opfatter spørgsmålene på den måde, at de vedrører overenskomster dækkende forskellige erhverv, vil ikke afvise, at overenskomstparterne under lønforhandlingerne endnu engang konsekvent har undervurderet arbejde, der hovedsagelig udføres af kvinder. Efter den italienske regerings opfattelse kan ligelønsdirektivets anvendelsesområde imidlertid ikke

udvides til også at omfatte overenskomster på forskellige erhvervsområder.

*Kommissionen* er af den opfattelse, at det forhold, at en mandlig og kvindelig lønmodtager, der er ansat af den samme arbejdsgiver, er omfattet af to forskellige overenskomster, hvoraf den ene udelukkende omfatter kvinder, ikke er en lovlig begrundelse for at udbetale forskellig løn for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

R. Joliet

Refererende dommer