

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
C. O. LENZ
van 14 juli 1993 *

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

geacht gelijkwaardig te zijn, gezien de eisen die zij stellen aan de persoon die de functie uitoefent.

A — Inleiding

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing, dat in deze zaak door de Court of Appeal is ingediend, heeft betrekking op de uitlegging en toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, neergelegd in artikel 119 EEG-Verdrag. De verwijzende rechterlijke instantie heeft de relevante feiten samengevat als volgt:

„1. Eiseres, een vrouw, oefent functie A uit in een beroep (logopedie) waarin het personeel in dienst van werkgever X bijna geheel uit vrouwen bestaat en de personen die functie A uitoefenen, bijna allen vrouw zijn.

2. De referentiepersoon, een man, oefent functie B uit in een beroep (farmacie) waarin de meerderheid van het personeel in dienst van werkgever X uit vrouwen bestaat, maar de meerderheid van de personen die functie B uitoefenen, uit mannen.

3. Functie A en functie B verschillen van elkaar, maar worden voor deze procedure

4. Werknemers die functie B uitoefenen, ontvangen een hogere beloning dan werknemers die functie A uitoefenen.

5. De hoogte van de beloning voor de twee beroepen (waaronder ook de hoogte van de beloning voor functie A en functie B) is evenals in het verleden vastgesteld bij wege van collectieve onderhandelingen tussen de werkgever en de betrokken vakbonden.

6. Dezelfde vakbond (en dezelfde vakbondsvertegenwoordiger) vertegenwoordigt de twee beroepen en de collectieve onderhandelingen over de beloning van logopedisten (waaronder ook werknemers in functie A) worden afzonderlijk en onafhankelijk van de collectieve onderhandelingen voor apothekers (waaronder ook werknemers in functie B) gevoerd.

7. De feitenrechter heeft vastgesteld, dat er geen rechtstreekse of indirecte, opzettelijke of onopzettelijke discriminatie op grond van het geslacht valt te ontwaren in de wijze waarop de collectieve onderhandelingen (afzonderlijk beschouwd) zijn gevoerd, of met betrekking tot de maatregelen inzake

* Oorspronkelijke taal: Duits.

aanwerving, overplaatsing of bevordering binnen een van de twee beroepen.

inhouden en niet tot gevolg hebben dat vrouwen op grond van hun geslacht worden benadeeld?

8. Niettegenstaande het ontbreken van discriminatie op grond van het geslacht in de zin van punt 7, heeft het systeem van afzonderlijke collectieve onderhandelingen voor de twee beroepen in de praktijk nadelige gevolgen gehad voor vrouwen, in die zin dat personen die functie A uitoefenen (vrijwel steeds vrouwen) een lagere beloning ontvangen dan personen die functie B uitoefenen (voornamelijk mannen), ofschoon het werk van functie A gelijkwaardig is aan het werk van functie B.

9. De werkgever heeft aangetoond, dat het verschil in beloning tussen de functies A en B ten dele (en voor meer dan een verwaarloosbaar deel), maar niet volledig objectief kan worden gerechtvaardigd door het tekort aan gekwalificeerde apothekers.”

2. De verwijzende rechterlijke instantie stelt het Hof vervolgens de volgende vragen:

„1) Vereist het in artikel 119 EEG-Verdrag neergelegde beginsel van gelijke beloning dat de werkgever het verschil in beloning tussen functie A en functie B objectief kan rechtvaardigen?

2) Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, kan de werkgever dan als voldoende rechtvaardiging voor het verschil in beloning aanvoeren, dat de respectieve beloningen voor de functies A en B zijn vastgesteld bij wege van afzonderlijke collectieve onderhandelingen die (afzonderlijk beschouwd) geen discriminatie op grond van geslacht

3) Indien de werkgever kan aantonen, dat er soms een ernstig tekort aan geschikte gegadigden voor functie B is en dat hij voor functie B een hogere beloning betaalt om die functie voor eventuele gegadigden aantrekkelijker te maken, maar indien ook kan worden aangetoond, dat slechts een deel van het verschil in beloning tussen functie B en functie A kan worden verklaard door de noodzaak om geschikte gegadigden voor functie B aan te trekken,

a) is dan het gehele verschil in beloning objectief gerechtvaardigd, of

b) is alleen het deel van het verschil dat kan worden verklaard door de noodzaak om geschikte gegadigden voor functie B aan te trekken, objectief gerechtvaardigd, of

c) moet de werkgever de beloning voor de functies A en B gelijktrekken omdat hij niet heeft kunnen aantonen dat het gehele verschil objectief gerechtvaardigd is?”

3. De feitelijke bijzonderheden zoals die blijken uit de uiteenzetting van partijen ¹, en ook de standpunten van de laatstgenoemde worden hierna slechts weergegeven voor zover dat voor het betoog noodzakelijk is.

1 — Vgl. rapport ter terechtzitting.

B — Discussie

Verdrag³ verankerde beginsel van gelijke beloning concreetiseert.

Inleidende opmerkingen

4. De verwijzende rechterlijke instantie heeft een rechtstreekse of indirecte discriminatie op grond van het geslacht uitdrukkelijk uitgesloten. Partijen stellen zich in hun betoog kennelijk binnen de juridische omstandigheden van een indirecte discriminatie op. Volgens de beschrijving van de relevante feiten door de Court of Appeal hebben de feitenrechtters noch een al dan niet opzettelijke rechtstreekse discriminatie noch een al dan niet opzettelijke indirecte discriminatie bewezen geacht. Er kan niet met zekerheid worden vastgesteld, of het voorwerp van het geding tot bepaalde vormen van discriminatie is beperkt, toen verzoekster in het hoofdgeding zich tot de verwijzende rechterlijke instantie wendde. Voor de beoordeling van de zaak is voor het Hof alleen de vaststelling van de feiten door de verwijzende rechterlijke instantie van belang.

De stelling inzake de gelijkwaardigheid van de betrokken functies

5. Het Hof is eveneens verplicht uit te gaan van de stelling van de verwijzende rechterlijke instantie, dat de functies A en B voor het doel van deze zaak moeten worden geacht gelijkwaardig te zijn. Het is voor de vaststelling van een loondiscriminatie op grond van het geslacht van fundamenteel belang, dat er gelijke arbeid bestaat of arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend in de zin van artikel 1 van richtlijn 75/117², dat dienaangaande het in artikel 119 EEG-

6. Het feit, dat gelijke arbeid of arbeid waarvan gelijke waarde wordt toegekend, een wezenlijk deel is van de bewijslast die rust op elke persoon die loondiscriminatie aanvoert, is eveneens de oorzaak van de twijfel die de regering van de Bondsrepubliek Duitsland over de veronderstelling van gelijkwaardigheid van de te vergelijken functies heeft.

7. Het feit, dat de verwijzende rechterlijke instantie net als de instanties waar de zaak eerder aanhangig was, van de stelling uitgaat, dat de te vergelijken functies gelijkwaardig zijn, vloeit voort uit de procedurele mogelijkheden die de nationale rechtsorde biedt. Voor de beoordeling van de gelijkwaardigheid van twee functies kan in voorkomend geval een duur deskundigenrapport nodig zijn. Men kan overeenkomstig de nationale regels van de procesvoering van de Lid-Staten afzien van het onderzoek van deze feitelijke vraag ten gunste van het onderzoek van de rechtsvragen.

Vergelijkbaarheid van de functies

8. In het kader van deze procedure is vastgesteld, dat de gelijkwaardigheid van verschillende functies die in een zelfde onderneming of in ieder geval in opdracht van dezelfde werkgever worden uitgeoefend, kan worden onderzocht in de nationale rechtsorde, waarbij de rechter enkel kan weigeren de vergelijkbaarheid van de functies te onderzoeken indien deze duidelijk onvergelijkbaar zijn.

2 — Richtlijn van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PB 1975, L 45, blz. 19).

3 — Vgl. arrest van 31 maart 1981 (zaak 96/80, Jenkins, Jurispr. 1981, blz. 911, r. o. 22).

9. Het voorbehoud van de Duitse regering, dat men enkel feitelijk vergelijkbare situaties kan en moet vergelijken, moet enerzijds voor de toestemming voor het onderzoek naar de vergelijkbaarheid en anderzijds in het kader van het eigenlijke vergelijkende onderzoek in aanmerking worden genomen.

10. In de omstandigheden van dit geval mag men niet uitgaan van de opvatting, dat de betrokken functies duidelijk onvergelijkbaar van aard zijn. In het hoofdgeding gaat het ook niet om de abstracte vergelijking van de functies van personen uit twee beroeps-categorieën, namelijk logopedisten enerzijds en apothekers anderzijds, maar om de vergelijking van bepaalde functies die zijn gespecificeerd door de benoeming van concrete personen die deze functies uitoefenen. De te vergelijken functies worden, afgezien van het feit dat zij tot een beroepsgroep behoren, eveneens gekenmerkt door andere wezenlijke elementen zoals de positie binnen de hiërarchie, de leidinggevende kwaliteiten, de verantwoordelijkheid enzovoort, voor zover het uitdrukkelijk gaat om *het vergelijken van leidinggevende functies*. Deze vergelijkingen zijn overigens gebruikelijk bij classificaties van functies bij de overheid, ongeacht of het ambtenaren of militairen betreft.

11. In deze omstandigheden kan de feitelijke veronderstelling van de verwijzende rechterlijke instantie niet als abusief worden aange-merkt. Het getuigt in ieder geval niet van een oppervlakkige houding bij het onderzoek — dat met zorg moet worden verricht — van de elementen van loondiscriminatie.

12. Daar het bovendien in beginsel onder de bevoegdheid van de verwijzende rechterlijke instantie valt om het belang van de prejudiciële vraag voor de beslissing in het aldaar

aanhangig geding te onderzoeken⁴ en er niets is waardoor misbruik van deze bevoegdheid kan worden vastgesteld⁵, kan het Hof niet afwijken van de gegevens die door de verwijzende rechterlijke instantie zijn geleverd in het verzoek om een prejudiciële beslissing, dat de feitelijke en juridische omstandigheden van de door het Hof te beantwoorden vragen bepaalt.⁶

*De eerste vraag*⁷

— Inleidende opmerkingen

13. De eerste prejudiciële vraag heeft betrekking op de bewijslast in een geschil inzake loondiscriminatie. De bewijslast kan voor de partijen in een geschil met betrekking tot een loondiscriminatie op grond van geslacht verder of minder ver gaan naargelang het gaat om een geval van rechtstreekse of indirecte discriminatie. Wat de basiscriteria voor het onderscheid van deze twee vormen van discriminatie op grond van het geslacht en de bewijsvoorwaarden die daarop betrekking hebben betreft, verwijs ik naar mijn conclusie in zaak 109/88.⁸

14. Door de beschrijving van de feiten in het hoofdgeding kan niet duidelijk worden

4 — Arresten van 29 november 1978 (zaak 83/78, Figs Marketing Board, Jurispr. 1978, blz. 2347), en 6 oktober 1982 (zaak 283/81, Cilfit, Jurispr. 1982, blz. 3415).

5 — Arrest van 8 november 1990 (zaak C-231/89, Gmurzynska-Bscher, Jurispr. 1990, blz. I-4003, r. o. 15 e. v.).

6 — Arrest van 26 januari 1993 (gevoegde zaken C-320/90, C-321/90 en C-322/90, Telemarsicabruzzo, Jurispr. 1993, blz. I-393, r. o. 6).

7 — Zie punt 2 supra.

8 — Conclusie van 31 mei 1989 in zaak 109/88 (Danfoss, Jurispr. 1989, blz. 3199, 3209, punt 25 e. v.).

vastgesteld of het gaat om een geval van rechtstreekse of indirecte discriminatie. De juridische grondslag ligt in het feit, dat artikel 119 EEG-Verdrag en de bepalingen van de richtlijnen voor de toepassing daarvan⁹, zoals opgevat en toegepast door de rechtspraak van het Hof, iedere vorm van loondiscriminatie op grond van geslacht verbieden.¹⁰ Loondiscriminatie op grond van het geslacht kent veel verschillende vormen en het is een juridisch probleem ze alle te registreren. De rechtspraak maakt gebruik van de begrippen rechtstreekse en indirecte discriminatie om ze in bestaande juridische categorieën onder te brengen. De begripvorming in deze context mag in geen geval worden opgevat in de zin van uitsluiting van bepaalde vormen van discriminatie op grond van het geslacht. Een blik op dit begrip in het Britse recht, zoals het in deze procedure is uiteengezet, bevestigt dat. Wanneer er in dat kader sprake is van al dan niet opzettelijke rechtstreekse discriminatie en van al dan niet opzettelijke indirecte discriminatie, toont dit aan dat er voor hetzelfde verschijnsel vier mogelijke juridische categorieën zijn.

15. De begripvorming heeft tot doel de wijzen van discriminatie van vrouwen in het beroepsleven af te bakenen en niet bij voorbeeld de acties in rechte tegen loondiscrimi-

naties op grond van het geslacht verder te belemmeren. Daarom mag men bij de classificatie van de vormen die de discriminatie van vrouwen in het beroepsleven daadwerkelijk aanneemt, niet van een formeel standpunt uitgaan. Overeenkomstig de op het resultaat gerichte benadering van het Hof¹¹ moet men een pragmatische weg volgen.

16. In zijn arrest van zaak 109/88 (Danfoss) heeft het Hof zich bij voorbeeld uitdrukkelijk niet gebaseerd op één van de begrippen die tot dan toe door de rechtspraak voor de discriminatie op grond van geslacht zijn gebruikt, maar heeft het een algemeen geformuleerd antwoord gegeven op de daar gestelde vraag over de bewijslast, hoewel dit geval grote twijfel wekt over de vraag of het om rechtstreekse of indirecte discriminatie op grond van geslacht ging.

17. De zaak waarom het hier gaat, is een duidelijk voorbeeld van de moeilijkheden die de classificatie van een reëel verschijnsel binnen één van de bestaande begrippen oplevert, terwijl het tastbare resultaat een voor een vrouw duidelijk lagere beloning is ten opzichte van een man, voor gelijkwaardige arbeid in opdracht van dezelfde werkgever.

18. In de nadere beschouwingen moet nochtans worden uitgegaan van begrippen die het Hof tot op heden heeft ontwikkeld.

9 — Zie in het bijzonder artikel 1 van richtlijn 75/117 en artikel 2 van richtlijn 76/207 van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekanalen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB 1976, L 39, blz. 40).

10 — In de voorafgaande rechtspraak van het Hof was het ten minste twijfelachtig of zowel de rechtstreekse als de indirecte discriminaties onder het rechtstreekse toepassingsgebied van artikel 119 EEG-Verdrag vielen. Vgl. arresten van 8 april 1976 (zaak 43/75, Defrenne, Jurispr. 1976, blz. 455, r. o. 23), en 27 maart 1980 (zaak 129/75, Macarthy, Jurispr. 1980, blz. 1275, r. o. 15). Sinds de arresten van 11 maart 1981 en 31 maart 1981 (zaken 69/80, Worringham, Jurispr. 1981, blz. 767, r. o. 23, en 96/80, reeds aangehaald, r. o. 17), is het Hof van oordeel, dat ook indirecte discriminatie uitdrukkelijk onder artikel 119 EEG-Verdrag valt.

11 — Voor de resultaatsverplichting van artikel 119 EEG-Verdrag zie arresten van 8 april 1976 (zaak 43/75, reeds aangehaald), en 13 juli 1989 (zaak 171/88, Rinner-Kühn, Jurispr. 1989, blz. 2743, r. o. 9), en ook de rechtspraak over indirecte discriminatie: arresten van 31 maart 1981 (zaak 96/80, reeds aangehaald); 13 mei 1986 (zaak 170/84, Bilka, Jurispr. 1986, blz. 1607); 27 juni 1990 (zaak C-33/89, Kowalska, Jurispr. 1990, blz. I-2591); 7 februari 1991 (zaak C-184/89, Nimz, Jurispr. 1991, blz. I-297), en 4 juni 1992 (zaak C-360/90, Bötel, Jurispr. 1992, blz. I-3591).

— De bewijslast in geval van rechtstreekse discriminatie

19. In de gevallen van rechtstreekse discriminatie is het noodzakelijk en voldoende om een concrete vergelijking te maken tussen de beloning van een werknemster en van een werknemer die dezelfde of gelijkwaardige arbeid bij dezelfde werkgever verrichten. Verzoekster moet bij het proces melding maken van een referentiepersoon van het mannelijk geslacht van dezelfde onderneming die dezelfde of gelijkwaardige arbeid verricht en die beter wordt betaald.¹²

20. Daar per definitie in geval van rechtstreekse discriminatie, het behoren tot het geslacht de oorzaak van een minder hoge beloning of van een slechtere behandeling is, moet er ook een causaal verband bestaan tussen het behoren tot het geslacht en de lagere beloning.

21. Men kan zich afvragen of verzoekster dit causale verband eveneens moet aantonen. Zoals het voorbeeld van de onbewuste of onopzettelijke rechtstreekse discriminatie laat zien, kunnen er zeer goed vormen van rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht bestaan zonder dat het geslacht waartoe de betrokkenen behoren, in het arbeidscontract, de loontabel of de collectieve arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk als criterium voor hogere of lagere beloning is aangegeven. De vorming van deze categorie laat duidelijk zien dat de discriminatie niet opzettelijk behoeft te zijn geweest.

22. Het feit dat bepaalde looncategorieën of behandelingen aan bepaalde functies zijn toe-

gekend, kan een rechtstreeks discriminerende werking hebben. Ik haal hier enkel het klasieke voorbeeld aan van fysiek zware arbeid waarvoor veel kracht is vereist, in vergelijking met arbeid waarvoor een grote handvaardigheid nodig is.¹³ Zulk een onderscheidscriterium bij beloning kan *rechtstreekse* discriminatie op grond van het geslacht tot gevolg hebben. Om dit te voorkomen heeft men het criterium *gelijkwaardige arbeid* uitdrukkelijk in artikel 1 van richtlijn 75/117 opgenomen.¹⁴ Daarom heeft de Commissie bij de controle van de toepassing van de richtlijn in het nationale recht veel belang gehecht aan het feit, dat het criterium gelijkwaardige arbeid is opgenomen in de wettelijke bepalingen van de Lid-Staten, waarbij zij volledig wordt gesteund door het Hof.¹⁵

23. Doordat men zich voor deze vorm van rechtstreekse loondiscriminatie niet uitdrukkelijk baseert op het geslacht van de werknemer, is een werknemster die dezelfde beloning vordert, beroofd van de mogelijkheid om het causale verband tussen haar geslacht en de lagere beloning die zij ontvangt, aan te tonen.

24. Het bewijs kan evenmin worden geleverd door vast te stellen, dat andere redenen voor de ongelijke behandeling ontbreken. Dat zou neerkomen op een negatief bewijs, dat in beginsel niet mag worden geëist. Om deze redenen moet men, wanneer het erom

12 — In geval van rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht kan het vereiste van een referentiepersoon van het mannelijk geslacht zelfs vervallen. Vgl. arrest van 8 november 1990 (zaak C-177/88, Dekker, Jurispr. 1990, blz. I-3941, r. o. 17 e. v.).

13 — Vgl. wat de binnen de loonschaal toegestane differentiaties en de niet discriminerende vorm van het classificatiestelsel binnen een looncategorie betreft, arrest van 1 juli 1986 (zaak 237/85, Rummler, Jurispr. 1986, blz. 2101, r. o. 24 e. v.).

14 — Vgl. arrest van 1 juli 1986 (zaak 237/85, reeds aangehaald, r. o. 11 e. v.).

15 — Arresten van 6 juli 1982 (zaak 61/86, Commissie/Verenigd Koninkrijk, Jurispr. 1982, blz. 2601), en 30 januari 1985 (zaak 143/83, Commissie/Denemarken, Jurispr. 1985, blz. 427).

gaat alle objectieve elementen van een discriminatie op het gebied van beloning (gelijke of gelijkwaardige arbeid, lagere beloning voor een vrouw in vergelijking met een man binnen dezelfde onderneming) aan te tonen, uitgaan van discriminatie op grond van het geslacht totdat het tegendeel wordt bewezen.

25. Het volstaat derhalve, zoals ik reeds hierboven heb gezegd ¹⁶, dat verzoekster een voorbeeld van gelijke (of gelijkwaardige) arbeid waarvoor de mannen beter worden beloond dan de vrouwen, heeft gegeven. Dan staat het aan de werkgever het bewijs van het tegendeel te leveren, bij voorbeeld door het verschil in beloning te rechtvaardigen door objectieve redenen die los staan van het geslacht.

26. Bij wijze van voorlopige conclusie moet derhalve worden vastgesteld, dat het in geval van rechtstreekse discriminatie aan de werkgever staat de verschillen in beloning objectief te rechtvaardigen.

— De indirecte discriminatie

27. Door het begrip indirecte discriminatie kan van de objectief gerechtvaardigde ongelijke behandeling die uiteindelijk toch in het nadeel van de vrouw is, ook een element van een verboden discriminatie op grond van geslacht worden gemaakt.

28. Wanneer men zegt, dat voor het aantonen van indirecte discriminatie de vaststelling nodig is van een voorwaarde ¹⁷ waaraan door vrouwen moeilijker kan worden voldaan of een belemmering die zij moeilijker overwinnen en waardoor zij derhalve worden bena-

deeld, raakt men enkel gedeeltelijk het wezen van de indirecte discriminatie. Doordat het erop neerkomt, dat men de vrouw benadeelt door een objectief criterium te gebruiken, is het om dit nadeel ongedaan te maken, noodzakelijk het beroep op het objectieve criterium te kenmerken als reeds deel uitmakend van de onwettige gedraging. In de gevallen waarin is aangetoond, dat de groep vrouwen in vergelijking met de vergelijkbare groep mannelijke werknemers (met gelijke of gelijkwaardige arbeid bij dezelfde onderneming) is benadeeld, is het niet noodzakelijk een extra element waardoor deze ongelijke behandeling tot stand komt, te vereisen.

29. In de gevallen van indirecte discriminatie ¹⁸ die het Hof tot nu toe heeft moeten beoordelen, is de discriminatie van werknemers van het vrouwelijk geslacht tot stand gekomen door deze in verband te brengen met een objectief criterium.

30. De discriminatie vloeide voort uit het feit, dat vrouwen zwaarder door het criterium waren getroffen. Volgens het Hof waren zij getroffen om redenen die verband houden met hun sociale rol. Wanneer volgens het Hof bij voorbeeld indirecte discriminatie van vrouwen in verband met deeltijdwerk „met inachtneming van de door vrouwen ondervonden moeilijkheden om voltijds te kunnen werken” ¹⁹ mogelijk is, erkent het Hof, dat vrouwen in de regel door hun rol in het gezin en de opvoeding van de

18 — Arresten van 31 maart 1981 (zaak 96/80, reeds aangehaald); 13 mei 1986 (zaak 170/84, reeds aangehaald); 13 juli 1989 (zaak 171/88, reeds aangehaald); 27 juni 1990 (zaak C-33/89, reeds aangehaald); 7 februari 1991 (zaak C-184/89, reeds aangehaald), en 4 juli 1992 (zaak C-360/90, reeds aangehaald).

19 — Arrest van 13 mei 1986 (zaak 170/84, reeds aangehaald, r. o. 29) en met een vergelijkbare inhoud reeds daarvoor in het arrest van 31 maart 1981 (zaak 96/80, reeds aangehaald, r. o. 13); zie eveneens arrest van 4 juni 1992 (zaak C-360/90, reeds aangehaald, r. o. 18), dat verwijst naar het arrest van 13 juli 1989 (zaak 171/88, reeds aangehaald).

16 — Zie punt 19 supra.

17 — Dit is in het kader van deze procedure het standpunt van de regering van het Verenigd Koninkrijk en van verweerders.

kinderen grote moeilijkheden ondervinden bij het vervullen van een voltijdbetrekking. Indien in deze omstandigheden vrouwen naar een deeltijdbetrekking worden verwezen, heeft de samenhang met deeltijdarbeid specifiek voor vrouwen gevolgen.

31. Uit de feiten die aan het verzoek om een prejudiciële beslissing ten grondslag liggen, blijkt op het eerste gezicht geen samenhang met een objectief criterium waardoor de discriminatie tot stand komt. Deze zaak onderscheidt zich nochtans door de bijzonderheid, dat de beroepscategorie waartoe verzoekster behoort, een „zuiver vrouwelijk beroep” is. Wanneer 98 % van alle personen die dit beroep uitoefenen, vrouwen zijn, kunnen de regels die verband houden met het behoren tot die beroepsgroep, een voor vrouwen specifieke regeling zijn.

32. Dienaangaande moet men het standpunt van de raadsman van verzoekster delen, dat in geval van een zuiver vrouwelijk beroep de samenhang met het behoren tot een beroepscategorie vergelijkbaar kan zijn met de samenhang met een deeltijdfunctie. Volgens de gegevens die aan het Hof zijn overgelegd, berust het feit dat logopedisten vrijwel uitsluitend vrouwen zijn, ten minste gedeeltelijk ook op het verband tussen de sociale rol van de vrouw en het beroepsleven. De mogelijkheden van deeltijdarbeid en flexibele uren trekken vooral vrouwen aan.

33. Een collectieve arbeidsovereenkomst die in deze omstandigheden bepalingen bevat die uitsluitend aan deze beroepscategorie zijn voorbehouden, kan eveneens een voor vrouwen specifieke regeling zijn.

34. Voor zover men vanuit een zuiver formeel standpunt in het kader van het onderzoek van een indirecte discriminatie een criterium van samenhang vereist dat specifiek voor vrouwen als leden van het zwakke geslacht geldt, kan dat in het geval van een „zuiver vrouwelijk beroep” zowel de samenhang met de beroepscategorie als met de op deze categorie toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst zijn.

35. Zoals ik reeds heb uiteengezet in mijn principiële overwegingen over de aard van de indirecte discriminatie, moet men minder hechten aan het bestaan van een criterium of een belemmering die de vrouwen benadeelt, dan aan het discriminerende resultaat.²⁰ In dit verband volgt uit de aard van de indirecte discriminatie juist, dat men een vergelijking moet maken tussen de *groepen naar geslacht*²¹ om de aangevoerde discriminerende werking vast te stellen. Dat heeft op het gebied van de bewijslast tot gevolg, dat de concrete vergelijking van twee activiteiten niet volstaat. Er is veeleer een vergelijking nodig van *representatieve groepen werknemers* die gelijkwaardige arbeid verrichten.

36. Dat zou in het hoofdgeding een vergelijking van verschillende leidinggevende functies noodzakelijk maken, hetgeen klaarblijkelijk is gebeurd. Indien hieruit in dit verband een aanzienlijk nadeel voortvloeit voor de groep die hoofdzakelijk uit vrouwen bestaat in vergelijking tot de mannelijke referentiegroep, is er een vermoeden van indirecte discriminatie op grond van geslacht.

20 — Over de resultaatsverplichting, zie arresten van 8 april 1976 (zaak 43/75, reeds aangehaald), en 13 juli 1989 (zaak 171/88, reeds aangehaald, r. o. 9).

21 — Vgl. arrest van 13 juli 1989 (zaak 171/88, reeds aangehaald).

37. Volgens de rechtspraak van het Hof²² moet de werkgever, om zich aan de klacht van discriminatie op grond van het geslacht te onttrekken, bewijzen dat de maatregelen die tot dit resultaat hebben geleid, „hun verklaring vinden in factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht”²³, of hun verklaring vinden „in factoren die discriminatie op grond van geslacht uitsluiten”.²⁴

38. Verzoekster kan derhalve in het kader van een indirecte discriminatie ook op grond van objectieve feiten een weerlegbaar vermoeden van discriminatie op grond van geslacht aanvoeren.

39. De context van het betoog zowel in het kader van de rechtstreekse discriminatie als van de indirecte discriminatie, is voor de bewijsvoering vergelijkbaar voor zover men een weerlegbaar vermoeden van discriminatie kan aanvoeren, in het eerste geval door een concrete vergelijking en in het andere geval door een vergelijking van groepen, welk vermoeden de werkgever verplicht het *bewijs van het tegendeel* te leveren of een *rechtvaardiging* te geven.

40. Op de eerste prejudiciële vraag moet derhalve worden geantwoord, dat het in artikel 119 EEG-Verdrag neergelegde beginsel van gelijke beloning vereist, dat de werkge-

ver het verschil in beloning tussen de functies A en B objectief kan rechtvaardigen.

De tweede vraag

41. De tweede vraag van de verwijzende rechterlijke instantie is gericht op de middelen om deze rechtvaardiging aan te voeren. De Court of Appeal wenst te vernemen, of als voldoende rechtvaardiging voor het verschil in beloning kan worden aangevoerd, dat „de respectieve beloningen voor de functies A en B zijn vastgesteld bij wege van afzonderlijke collectieve onderhandelingen die (afzonderlijk beschouwd) geen discriminatie op grond van het geslacht opleveren en niet tot gevolg hebben dat vrouwen op grond van hun geslacht worden benadeeld”.

42. Ten eerste staat het beginsel van gelijke behandeling van artikel 119 EEG-Verdrag zoals dat naar voren komt in artikel 1 van richtlijn 75/117, als hoger rechtsbeginsel, niet ter beschikking van partijen bij collectieve arbeidsovereenkomsten. Het beginsel van gelijke beloning is niet alleen bindend voor de wetgever²⁵, maar is volgens de rechtspraak van het Hof eveneens rechtstreeks van toepassing.²⁶ Dit beginsel heeft derhalve gevolgen ten opzichte van derden in de verhouding tussen werkgever en werknemer.²⁷ De collectieve arbeidsovereenkomsten moe-

22 — Arresten van 31 maart 1981 (zaak 96/80, reeds aangehaald, r. o. 13); 13 mei 1986 (zaak 170/84, reeds aangehaald, r. o. 31); 13 juli 1989 (zaak 171/88, reeds aangehaald, r. o. 12); 27 juni 1990 (zaak C-33/89, reeds aangehaald, r. o. 13); 7 februari 1991 (zaak C-184/89, reeds aangehaald, r. o. 14), en 4 juni 1992 (zaak C-360/90, reeds aangehaald, r. o. 11).

23 — Arrest van 13 mei 1986 (zaak 170/84, reeds aangehaald).

24 — Arresten van 31 maart 1981 (zaak 96/80, reeds aangehaald, r. o. 13) en 13 mei 1986 (zaak 170/84, reeds aangehaald, r. o. 29).

25 — Arresten van 13 juli 1989 (zaak 171/88, reeds aangehaald) en 4 juni 1992 (zaak C-360/90, reeds aangehaald).

26 — Arrest van 8 april 1976 (zaak 43/75, reeds aangehaald, r. o. 39).

27 — Arresten van 8 april 1976 (zaak 43/75, reeds aangehaald) en 27 juni 1990 (zaak C-33/89, reeds aangehaald, r. o. 12). Vgl. artikel 4 van richtlijn 75/117 en artikel 5 van richtlijn 76/207.

ten ook aan de vereisten van artikel 119 EEG-Verdrag voldoen.²⁸ Het feit dat de partijen bij de collectieve overeenkomsten zelfstandig handelen, staat hun niet toe het beginsel van gelijke beloning niet na te leven.

43. Met deze vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie te vernemen of het feit, dat de vergeleken activiteiten onder het toepassingsgebied van afzonderlijke collectieve arbeidsovereenkomsten vallen, als zodanig voldoende rechtvaardiging is voor het vastgestelde loonverschil dat verband houdt met het geslacht.

44. De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft ter terechtzitting naar mijn conclusie in zaak 109/88 verwezen.²⁹ Daar is mijn standpunt uiteengezet, dat wanneer het gaat om *collectieve arbeidsovereenkomsten per sector*, het werkzaam zijn in deze of gene sector kan dienen als objectief differentiatiecriterium voor het verschil in beloning.

45. De vertegenwoordiger van de Duitse regering heeft ter terechtzitting de *collectieve arbeidsovereenkomsten per vakbond* die in Duitsland gebruikelijk zijn, aangevoerd en is van mening, dat men twee functies die onder het toepassingsgebied van afzonderlijke collectieve arbeidsovereenkomsten vallen, niet als vergelijkbaar kan beschouwen.

46. Zoals ik reeds heb uiteengezet in mijn conclusie in zaak 109/88, ontbreekt bij dit soort collectieve arbeidsovereenkomsten reeds het criterium van gelijke of gelijkwaardige arbeid. Anderzijds kan men uit het voeren van collectieve onderhandelingen evenals uit de collectieve arbeidsovereenkomst zelf een objectieve rechtvaardiging van een eventueel verschil in beloning afleiden.

47. De rechtvaardiging kan echter niet zover gaan, dat zij het verschil in beloning dat is ingevoerd in het kader van de toepassing van *collectieve arbeidsovereenkomsten*, op algemene wijze aan elke controle onttrekt. Dat geldt a fortiori voor de *collectieve arbeidsovereenkomsten per bedrijf*, waarbij aan één element van het beginsel van gelijke beloning is voldaan doordat het *dezelfde werkgever* betreft.

48. Uit de feiten van het hoofdgeding blijkt juist, hoe een collectieve arbeidsovereenkomst die enkel voor een beroepscategorie is afgesloten, een bijzondere regeling kan instellen die in het onderhavige geval zelfs de werking van een voor vrouwen specifieke regeling kan hebben. Voor zover de collectieve arbeidsovereenkomst als zodanig een ongelijke behandeling schept, kan zij niet tegelijkertijd die ongelijke behandeling rechtvaardigen. In deze omstandigheden is het bestaan van de collectieve arbeidsovereenkomst geen reden om van verder onderzoek af te zien.

28 — Arrest van 30 januari 1985 (zaak 143/83, reeds aangehaald, r. o. 8) over de relevante bepalingen van richtlijn 75/117; arresten van 8 november 1983 (zaak 165/82, Commissie/Verenigd Koninkrijk, Jurispr. 1983, blz. 3431, r. o. 11), en 25 oktober 1980 (zaak 312/86, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1980, blz. 6315, r. o. 23) over de relevante bepalingen van richtlijn 76/207; arresten van 17 oktober 1989 (zaak 109/88, reeds aangehaald); 27 juni 1990 (zaak C-33/89, reeds aangehaald) en 7 februari 1991 (zaak C-184/89, reeds aangehaald).

29 — Conclusie van 31 mei 1989 in zaak 109/89 (reeds aangehaald in voetnoot 8, punt 46).

49. De vaststelling dat de collectieve onderhandelingen zonder discriminatie zijn gevoerd en dat de gesloten arbeidsovereenkomsten geen discriminatie opleveren, is niet

voldoende om het verschil in beloning voor gelijkwaardige arbeid die in opdracht van dezelfde werkgever wordt verricht, te rechtvaardigen. Daar het gaat om de rechtvaardiging van het discriminerende resultaat³⁰, kan de verklaring van de oorzaken van de discriminatie niet volstaan. In het bijzonder kunnen de verwijzingen naar historische en sociale redenen in een zaak als in het hoofdgeding niet worden erkend als factoren „die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht”.³¹ De historische en sociale context van een „zuiver vrouwelijk beroep” houdt naar alle waarschijnlijkheid verband met het geslacht. Indien wij aanvaarden dat deze verklaring volstaat, zou dat leiden tot de voortzetting van de rollen van elk geslacht in het beroepsleven. In plaats van de nagestreefde gelijke behandeling te bevorderen, zou dat neerkomen op het scheppen van een juridisch argument om de status quo te handhaven.

50. De tweede vraag moet derhalve als volgt worden beantwoord: de *gemeenschappelijke* werkgever kan als voldoende rechtvaardiging voor het verschil in beloning dat verband houdt met het geslacht, geen afzonderlijke collectieve arbeidsovereenkomsten aanvoeren, ook niet indien elk daarvan afzonderlijk beschouwd geen discriminatie op grond van het geslacht oplevert.

De derde vraag

51. Met zijn derde vraag ten slotte wenst de verwijzende rechterlijke instantie te verne-

men, of en in hoeverre andere redenen voor de objectieve rechtvaardiging van het verschil in beloning kunnen worden aangevoerd.

52. Ten eerste staat het vast, dat een werkgever door de situatie op de arbeidsmarkt kan worden gedwongen om in een hogere beloning voor een bepaalde beroepscategorie te voorzien teneinde geschikte kandidaten aan te trekken. Voor zover de noodzaak van deze extra beloning gerechtvaardigd lijkt, moet deze ook in aanmerking worden genomen bij de vergelijking van de beloning voor de functies A en B in de zin van het prejudiciële verzoek. De vraag is dan, in hoeverre de objectieve reden als rechtvaardiging van het verschil in beloning kan dienen.

53. Om de rechtvaardiging van een deel van het verschil toe te staan, moet de invloed van het objectieve criterium op de samenstelling van de beloning kwantificeerbaar zijn. Het Employment Appeal Tribunal en ook de regering van het Verenigd Koninkrijk en verweerder zijn van mening, dat de samenstelling van de beloning afhankelijk is van een reeks factoren, zonder dat aan één van deze factoren een bepaald bedrag kan worden toegerekend. Overigens is daarentegen gesteld, dat de situatie op de arbeidsmarkt het verschil in beloning hoogstens voor 10 % rechtvaardigt.³² Derhalve is een kwantificering kennelijk mogelijk. Juist doordat verscheidene factoren een rol spelen bij de vorming van het loon, kan het loon naar de verschillende factoren worden uitgesplitst.

30 — Arresten van 8 april 1976 (zaak 43/75, reeds aangehaald), en 13 juli 1989 (zaak 171/88, reeds aangehaald).

31 — Arrest van 27 juni 1990 (zaak 170/84, reeds aangehaald, r. o. 31).

32 — Argument van verzoekster, dat eveneens in deze vorm is weergegeven in de beschikking van de verwijzende rechterlijke instantie die aan het verzoek om een prejudiciële beschikking voorafging; bijlage 2 bij memorie van verzoekster.

54. Mijns inziens is het toelaten van de rechtvaardiging van een deel van het verschil in beloning de enige juiste beslissing. De werkgever onbeperkt verplichten tot aanpassing van de beloning ondanks de rechtvaardiging van een deel van het verschil in loon (oplossing c) zou neerkomen op de miskenning van de objectieve rechtvaardiging die naar voren is gebracht en moet worden erkend. Een totale rechtvaardiging van ieder verschil in beloning (oplossing a) zou nochtans veel verder gaan dan de toegestane en erkende rechtvaardiging. Voor zover men van de opvatting moet uitgaan, dat meerdere factoren invloed hebben op de samenstelling van het loon, zou een totale rechtvaardiging eveneens andere redenen insluiten, wat dienovereenkomstig betekent, dat wordt afgezien van de controle op de objectieve rechtvaardiging, die op haar beurt geheel door andere factoren tot stand kan komen.

55. Indien men toestaat, dat een factor die niet de oorzaak is van het gehele verschil in loon, het totale verschil kan rechtvaardigen, wordt de deur naar mogelijke discriminaties opnieuw opengezet.

56. Ik kan het voorbehoud dat de Commissie kennelijk maakt wanneer zij verklaart, dat de gedeeltelijke rechtvaardiging neerkomt op een hypothetische vergelijking die in een andere context door het Hof niet is toegestaan, niet delen.³³

57. Indien het Hof in een geding over ongelijke behandeling niet heeft toegestaan, dat de verzoekster de beloning of de arbeidsvoorwaarden vergelijkt met een hypothetische referentiepersoon³⁴, gaat het in wezen om een andere situatie dan die waarin op grond van de uitgevoerde vergelijking en de dien-aangaande geleverde bewijzen, de werkgever is gehouden het tegengestelde aan te tonen of zijn loonpraktijk te rechtvaardigen, waarbij de draagwijdte van een werkelijk bestaand rechtvaardigend element moet worden beoordeeld.

58. Een rechterlijke instantie die met de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging is belast, moet de relevante factoren trachten te kwantificeren. Indien cijfermatige gegevens moeilijk zijn te bewijzen, valt het onder de bevoegdheid van de rechterlijke instantie om de verhouding volgens de regels van de vrije waardering van het bewijs vast te stellen.

59. Derhalve moet de derde vraag worden beantwoord als volgt: indien de werkgever kan aantonen, dat er soms een ernstig tekort aan geschikte kandidaten voor functie B is en dat hij voor functie B een hogere beloning betaalt om die functie voor eventuele kandidaten aantrekkelijker te maken, maar indien ook kan worden aangetoond, dat slechts een deel van het verschil in beloning tussen functie B en functie A kan worden verklaard door de noodzaak om geschikte kandidaten voor functie B aan te trekken, dan is alleen het deel van het verschil dat kan worden verklaard door de noodzaak om geschikte kandidaten voor functie B aan te trekken, objectief gerechtvaardigd.

33 — Arrest van 27 maart 1980 (zaak 129/75, reeds aangehaald, r. o. 15).

34 — Arrest van 27 maart 1980 (zaak 129/75, reeds aangehaald).

C — Conclusie

60. Mitsdien geef ik in overweging de prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

- „1) Het in artikel 119 EEG-Verdrag neergelegde beginsel van gelijke beloning vereist, dat de werkgever het verschil in beloning tussen de functies A en B objectief kan rechtvaardigen.
- 2) De *gemeenschappelijke* werkgever kan als voldoende rechtvaardiging voor het verschil in beloning naar het geslacht, geen afzonderlijke collectieve arbeidsovereenkomsten aanvoeren, ook niet indien elk daarvan afzonderlijk beschouwd geen discriminatie op grond van het geslacht oplevert.
- 3) Indien de werkgever kan aantonen dat soms een ernstig tekort aan geschikte kandidaten voor functie B is en dat hij voor functie B een hogere beloning betaalt om die functie voor eventuele kandidaten aantrekkelijker te maken, maar indien ook kan worden aangetoond, dat slechts een deel van het verschil in beloning tussen functie B en functie A kan worden verklaard door de noodzaak om geschikte kandidaten voor functie B aan te trekken, dan is alleen het deel van het verschil dat kan worden verklaard door de noodzaak om geschikte kandidaten voor functie B aan te trekken objectief gerechtvaardigd.”