

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. O. LENZ

van 31 mei 1989 *

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

A — De feiten

1. De door een Deens categoriaal scheidsrecht voorgelegde prejudiciële vragen hebben betrekking op de uitlegging en de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, zoals neergelegd in artikel 119 EEG-Verdrag en in richtlijn 75/117/EEG¹.

2. Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen het Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (de Deense bond voor handels- en kantoorpersoneel; verzoeker in het hoofdgeding, hierna: verzoeker) en de Dansk Arbejdsgiverforening (de Deense werkgeversorganisatie; verweerster in het hoofdgeding, hierna: verweerster), optredend voor Danfoss A/S. Het geschil draait om de vraag, of een bepaalde beloningspraktijk al dan niet discriminerend moet worden geacht.

3. De omstreden beloningspraktijk is gebaseerd op de landelijke CAO van 9 maart

1983 tussen verzoeker en verweerster. Volgens die CAO ontvangen alle werknemers, ongeacht hun geslacht, hetzelfde minimumloon. Overeenkomstig paragraaf 9 van de CAO kunnen er daarnaast toeslagen worden betaald voor bekwaamheid, zelfstandigheid en verantwoordelijkheid. Wat dit betreft, wordt het loon vastgesteld op basis van afspraken met de individuele werknemer.

4. Het onderhavige geschil was reeds eerder aan een categoriaal scheidsrecht voorgelegd. Verzoeker had voor twee vrouwen uit verschillende groepen van het functie-classificatiesysteem een vordering tot gelijke beloning ingesteld. In die groepen was het gemiddelde loon voor mannen hoger dan dat voor vrouwen. Verzoeker verloor de zaak, aangezien volgens het gerecht het bestaan van ongeoorloofde discriminatie op grond van het geslacht enkel kan worden aangenomen, wanneer wordt bewezen, dat de beloningspraktijk in concreto ongunstig is voor vrouwen en niet kan worden uitgelegd als een toevallig resultaat van de individuele vaststelling van het loon volgens objectieve en geoorloofde richtlijnen.

5. Het categoriaal scheidsrecht heeft het Hof van Justitie de volgende vragen voorgelegd:

6. 1 a) Gesteld dat een mannelijke en een vrouwelijke werknemer gelijke of gelijk-

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — 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).

waardige arbeid verrichten, wie (werkgever of werknemer) moet dan bewijzen, dat de ongelijke beloning van de twee werknemers al dan niet op het geslacht berust?

7. 1 b) Is het in strijd met de richtlijn inzake gelijke beloning, een hoger loon te betalen aan mannelijke werknemers die gelijke arbeid (of arbeid van gelijke waarde) verrichten als vrouwelijke werknemers, enkel onder verwijzing naar subjectieve criteria, zoals flexibiliteit?

8. 2 a) Is het in strijd met de richtlijn dat aan werknemers van verschillend geslacht die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten, naast het in een CAO vastgelegde basisloon bijzondere toeslagen wegens anciënniteit, opleiding en dergelijke worden betaald?

9. 2 b) In geval van een bevestigend antwoord op vraag 2 a: kan een onderneming zonder inbreuk te maken op de richtlijn verschillen in beloning tussen de afzonderlijke werknemers aanbrengen?

10. 2 c) Is het in strijd met de richtlijn, dat werknemers van een verschillend geslacht die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten, een verschillende beloning ontvangen op grond van verschillen in beroepsopleiding?

11. 3 a) Kan een werknemer of een organisatie door aan te tonen, dat een onderneming die een groot aantal (b. v. minstens 100) werknemers in dienst heeft die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten, aan vrouwen gemiddeld lagere lonen betaalt dan aan mannen, bewijzen dat de richtlijn is overtreden?

12. 3 b) Zo vraag 3 a bevestigend moet worden beantwoord, betekent zulks dan dat de twee groepen werknemers (mannen en vrouwen) gemiddeld hetzelfde loon moeten ontvangen?

13. 4 a) Voor zover kan worden vastgesteld dat een verschil in beloning voor gelijke arbeid is terug te voeren op de omstandigheid, dat de twee werknemers onder verschillende overeenkomsten vallen, impliceert zulks dan dat de richtlijn niet van toepassing is?

14. 4 b) Speelt het voor de beantwoording van die vraag een rol, dat in de sectoren waarop de twee overeenkomsten van toepassing zijn, alleen of nagenoeg alleen mannen respectievelijk vrouwen werkzaam zijn?

15. Voor de antecedenten van het geding, de nadere uiteenzetting van de feiten en de bij het Hof ingediende opmerkingen wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting.

B — Discussie

I — *De toepasselijkheid van artikel 177 EEG-Verdrag*

16. Er kan twijfel bestaan over de vraag, of een categoriaal scheidsgerecht wel kan worden aangemerkt als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 EEG-Verdrag, en of een dergelijk gerecht het Hof dus wel om een prejudiciële beslissing kan verzoeken.

17. Het Hof heeft in zijn rechtspraak een aantal criteria ontwikkeld, waaraan een verwijzende rechter moet voldoen om te kunnen worden aangemerkt als een rechterlijke instantie in de zin van het gemeenschapsrecht. Het moet gaan om een onafhankelijke instantie, die belast is met de berechting van geschillen. Bovendien moet de betrokken instantie bij wet zijn ingesteld als een permanent orgaan. Tot slot moet zij over bindende rechtsmacht beschikken en gehouden zijn om, na een procedure op een tegenspraak, uitspraak te doen naar de regelen des rechts.²

18. Genoemde criteria zijn aldus geconcretiseerd, dat een rechterlijke instantie haar taken met toestemming van de overheid moet verrichten.³ Het Hof heeft verklaard, dat een commissie van beroep, welke beslissingen, genomen na een procedure op tegenspraak, in feite als definitief worden beschouwd, zodat op een gebied dat de toepassing van het gemeenschapsrecht raakt, een doeltreffende mogelijkheid van beroep op de gewone rechter in de praktijk ontbreekt, moet worden aangemerkt als een rechterlijke instantie.⁴

2 — Arrest van 30 juni 1966, zaak 61/65, Vaassen-Goebbels, Jurispr. 1966, blz. 257.

3 — Zie de arresten van 6 oktober 1981, zaak 246/80, Broekmeulen, Jurispr. 1981, blz. 2311, en 23 maart 1982, zaak 102/81, Nordsee, Jurispr. 1982, blz. 1095.

4 — Zie zaak 246/80, reeds aangehaald.

19. Het verwijzende categoriaal scheidsgerecht is een onafhankelijke instantie, belast met de beslechting van geschillen over de uitlegging van collectieve arbeidsovereenkomsten. Het doet doorgaans in laatste instantie uitspraak overeenkomstig de voor de onderscheiden sectoren overeengekomen procedurevoorschriften. paragraaf 22 van de wet op het Arbeidsret van 13 juni 1973 bepaalt, dat wanneer een CAO geen regels bevat voor de beslechting van uitleggingsgeschillen, de tussen verweerster en de Deense werknemersorganisatie overeengekomen „standaardprocedure” van toepassing is. De procedure voor het categoriaal scheidsgerecht moet in elk geval voldoen aan bepaalde minimumvereisten, waarvan partijen niet mogen afwijken.

20. Al zijn de instelling van het gerecht en de te volgen procedure niet tot in detail bij wet geregeld, toch vormt paragraaf 22 van de wet op het Arbeidsret een dwingend wettelijk kader. Daarmee heeft de Deense wetgever de scheidsgerichten en hun werkzaamheden definitief tot een wetgevingsaanleggenheid gemaakt.

21. Aangezien een categoriaal scheidsgerecht dikwijls ad hoc wordt samengesteld, kan men zich afvragen, of het hier wel een permanente instantie betreft. Ik meen echter, dat men in dit verband niet zozeer gewicht moet hechten aan de concrete instelling met betrekking tot een bepaald geschil, maar veeleer aan het feit, dat deze categoriale scheidsgerichten zeer in het algemeen bevoegd zijn voor de berechting van een bepaald soort geschillen. De in de wet neergelegde bevoegdheid, krachtens welke de scheidsgerichten worden ingesteld en geadieerd, maakt, dat deze vorm van arbeidsrechtelijke scheidsgerichten is geïnstitutionaliseerd. Een dergelijk scheidsgerecht kan

dan ook als een permanente instantie worden aangemerkt.

22. De categorale scheidsgerichten moeten ook worden geacht bindende rechtsmacht te bezitten, aangezien zij bij uitsluiting bevoegd zijn voor de berechting van geschillen over de uitlegging van collectieve arbeidsovereenkomsten. Zoals de Commissie onweersproken heeft gesteld, kan een arbeidsrechtbank waarbij in weerwil van deze bevoegdheidsverdeling een zaak aanhangig is gemaakt, zich onbevoegd verklaren met een beroep op de bevoegdheid van de scheidsgerichten.

23. Tot slot moet het gerecht volgens het recht en niet bij voorbeeld uitsluitend op grond van billijkheidsoverwegingen beslissen. In de procedure voor het categorale scheidsgerecht gaat het om de uitlegging en de toepassing van bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst. De toe te passen rechtsregels hoeven niet noodzakelijkerwijs wettelijke bepalingen te zijn; ook collectieve arbeidsovereenkomsten kunnen bindend recht creëren. Dat geldt uiteraard in de eerste plaats voor de partijen bij de CAO en hun leden. Afhankelijk van de wijze waarop het arbeidsrecht in de betrokken Lid-Staat is geregeld, kunnen collectieve arbeidsovereenkomsten daarnaast evenwel ook rechten en verplichtingen voor derden creëren, bij voorbeeld door een algemeen-verbindend-verklaring.

24. Dat ook de gemeenschapswetgever ervan is uitgegaan, dat collectieve arbeidsovereenkomsten op geldige en rechtens verbindende wijze uitvoering kunnen geven aan het beginsel van gelijke beloning, blijkt bij voorbeeld uit artikel 4 van richtlijn 75/117 en uit de artikelen 3, 4 en 5 van richtlijn 76/207.⁵ Ook het Hof gaat in zijn arresten in de zaken 143/83 en 165/82 ervan uit, dat het beginsel van gelijke behandeling door collectieve arbeidsovereenkomsten op rechtens verbindende wijze kan worden ten uitvoer gelegd. Een categoriaal scheidsgerecht beslist dus naar de regelen des rechts en bezit derhalve alle kenmerken van een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 177 EEG-Verdrag. Tot besluit wil ik er nog op wijzen, dat de uitspraken van een categoriaal scheidsgerecht definitief zijn, aangezien zij in de regel niet vatbaar zijn voor hoger beroep.

II — *Beantwoording van de prejudiciële vragen*

25. Alvorens een antwoord te geven op de vraag betreffende de bewijslast in een geschil over ongelijke beloning op grond van geslacht, wil ik een aantal algemene opmerkingen maken.

26. Er moet in beginsel een onderscheid worden gemaakt tussen rechtstreekse en onrechtstreekse discriminatie. Aan het bewijs van deze twee vormen van discriminatie worden verschillende eisen gesteld. Van *rechtstreekse discriminatie* is sprake, wanneer gelijke of gelijkwaardige arbeid verschillend wordt beloond op grond van met het geslacht verband houdende factoren. Dit beginsel van gelijke beloning volgt overigens reeds uit het rechtstreeks toepasselijke arti-

5 — Richtlijn 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).

kel 119 EEG-Verdrag⁶, tot uitvoering waarvan de in zoverre eveneens rechtstreeks toepasselijke richtlijn 75/117/EEG is vastgesteld.

27. In een dergelijk geval moet de partij die stelt het slachtoffer van discriminatie te zijn, bewijzen, dat er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid, waarvoor een mannelijke en een vrouwelijke werknemer in hetzelfde bedrijf verschillend worden beloond. In geval van rechtstreekse discriminatie is het dus zaak, de beloningen van twee werknemers van verschillende kunne in concreto met elkaar te vergelijken. Het bewijs van één enkel geval van een verschil in beloning op grond van het geslacht volstaat dan reeds voor de rechter om het bestaan van een ongeoorloofde discriminatie op het gebied van de beloning te kunnen vaststellen.

28. Dit ligt anders bij *onrechtstreekse discriminatie*. Hiervan is sprake, wanneer de ongelijke beloning berust op neutrale maatstaven of handelwijzen, die typisch genoeg de leden van één geslacht treffen, die daardoor worden benadeeld. Voorwaarde is echter wél, dat die benadeling niet objectief gerechtvaardigd is door een dwingende reden of een noodzakelijke voorwaarde die los staat van het geslacht van de betrokkene.⁷

29. Zo kan bij voorbeeld het feit, dat deeltijdwerknemers een lager uurloon ontvangen dan voltijdwerknemers, als onrechtstreekse discriminatie worden aangemerkt, wanneer de groep deeltijdwerknemers uitsluitend of overwegend uit vrouwen bestaat en dat verschil in beloning zijn verklaring niet vindt in objectief gerechtvaardigde economische factoren, zoals bijvoorbeeld de wens om voltijdarbeid te stimuleren.⁸

30. In geval van onrechtstreekse discriminatie is het voor een vrouw veel lastiger om te bewijzen, dat zij het slachtoffer van discriminatie is. Zij moet dan namelijk aantonen, dat een neutraal criterium, dat zonder onderscheid naar kunne op de werknemers van toepassing is, in feite overwegend vrouwen treft, die daardoor als groep worden benadeeld. De werkgever kan het verwijt van discriminatie op grond van het geslacht weerleggen door te stellen en te bewijzen, dat het verschil in behandeling berust op economische factoren, die niets van doen hebben met het geslacht.

31. Het is niet helemaal duidelijk, of er in de onderhavige zaak sprake is van rechtstreekse dan wel onrechtstreekse discriminatie. De gevolgde beloningspraktijk maakt het moeilijk — zo niet volstrekt onmogelijk — om de door een mannelijke respectievelijk een vrouwelijke werknemer voor gelijke of gelijkwaardige arbeid ontvangen beloningen in concreto met elkaar te vergelijken, en

6 — Zie de arresten van 31 maart 1981, zaak 96/80, Jenkins, Jurispr. 1981, blz. 911, en 27 maart 1980, zaak 129/79, Macarthy's, Jurispr. 1980, blz. 1275.

7 — Zie voor het begrip onrechtstreekse discriminatie artikel 5 van het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de bewijslast op het gebied van de gelijke beloning voor en de gelijke behandeling van vrouwen en mannen, PB 1988, C 176, blz. 5.

8 — Zie zaak 96/80, reeds aangehaald, en het arrest van 13 mei 1986, zaak 170/84, Bilka, Jurispr. 1986, blz. 1607.

om een algemeen beeld te krijgen van het verschil in beloning tussen de beide seksen.

32. Het aan de individuele werknemer feitelijk uit te betalen loon bestaat uit het in de CAO neergelegde minimumloon, dat voor mannen en vrouwen gelijk is, vermeerderd met individuele toeslagen, waarvoor in paragraaf 9 van de CAO abstracte criteria zijn opgesteld. Daaruit valt echter niet op te maken, hoe hoog de voor elk van de persoonlijke eigenschappen toegekende toeslag precies is. Zelfs de betrokken werknemer ontvangt geen loonspecificatie.

33. Het probleem van de kwalificatie van een eventuele discriminatie is hierin gelegen, dat er sprake is van rechtstreekse discriminatie, wanneer bij de toekenning van de individuele toeslagen wordt onderscheiden naar kunne. Wanneer bij voorbeeld een mannelijke werknemer voor flexibiliteit automatisch een hogere toeslag ontvangt dan zijn vrouwelijke collega, moet dit worden aangemerkt als een geval van *rechtstreekse discriminatie*, met alle gevolgen die dat voor de bewijslast meebrengt. Een concrete vergelijking van twee werknemers van beiderlei kunne volstaat dan reeds om de gestelde discriminatie hard te maken, waarbij het bepaald niet aan de verzoekster staat om te stellen en te bewijzen, dat er geen sprake is van een toevallig resultaat van de individuele loonvaststelling volgens objectieve en geoorloofde criteria. Juist de mogelijkheid van een toevallig resultaat ten nadele van de vrouwelijke werknemer wijst erop, dat er sprake is van discriminatie naar kunne. Wanneer de werkgever de hem verweten discriminatie wenst te weerleggen, zal hij moeten aantonen, dat de ongelijke beloning haar rechtvaardiging vindt in objectieve fac-

toren, die niets van doen hebben met het geslacht.

34. Wanneer de verschillende toeslagcriteria objectief gezien ten aanzien van mannelijke en vrouwelijke werknemers op dezelfde wijze worden toegepast, maar een of meer van die criteria in feite aanzienlijk meer vrouwen dan mannen treffen, hebben we te maken met het probleem van de *onrechtstreekse discriminatie*. Dit geldt ook voor het functie-classificatiesysteem, dat bepalend is voor de vaststelling van het loon. De indeling van de arbeidsplaatsen aan de hand van bijzondere eigenschappen levert geen enkel probleem op, zolang het maar niet zo is, dat door het vereisen van een bepaalde eigenschap aanzienlijk meer personen van één geslacht worden getroffen. Dit is overigens op zichzelf nog geen discriminatie⁹, doch slechts een onderscheid *op grond van* het geslacht en derhalve een verschil in beloning dat niet berust op objectieve economische gronden. Voor het bewijs van onrechtstreekse discriminatie is het noodzakelijk een vergelijkend onderzoek te verrichten naar de gevolgen van de bestreden beloningspraktijk voor de beide seksen.

35. Het gebrek aan doorzichtigheid van de omstreden beloningspraktijk mag in casu niet in het nadeel werken van de vrouwelijke werknemers die zich gediscrimineerd voelen. Juist vanwege de onmogelijkheid om de verschillende individuele lonen met elkaar te vergelijken, moeten de vrouwelijke werknemers kunnen volstaan met te stellen en te bewijzen, dat zij in absolute cijfers een lagere beloning ontvangen dan hun mannelijke collega's. Men mag niet méér bewijs verlangen dan hetgeen objectief gezien binnen het bereik ligt, omdat anders de verwezenlijking van het beginsel van gelijke be-

⁹ — Zie het arrest van 1 juli 1986, zaak 237/85, Rummler, Jurispr. 1986, blz. 2101.

handeling reeds op procedurele gronden zou stuklopen.

36. Artikel 6 van richtlijn 75/117 draagt de Lid-Staten uitdrukkelijk op, de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling in hun rechtsstelsels te waarborgen. Het streven, een doeltreffende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren, ligt ook ten grondslag aan de rechtspraak van het Hof over de rechtstreekse werking van artikel 119 en van artikel 1 van richtlijn 75/117. In dezelfde lijn ligt ook het arrest in zaak 14/83, waar het, anders dan in ons geval, ging om de uitlegging van richtlijn 76/207. In dat arrest verklaarde het Hof in verband met de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling: „Het staat aan de nationale rechter om, ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid, de ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde wet in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht uit te leggen en toe te passen.”¹⁰

37. Ten bewijze van enigerlei discriminatie bij de beloning, is het onder de in casu gegeven omstandigheden voldoende dat er een aanzienlijk verschil bestaat tussen de hoogte van het loon van mannelijke respectievelijk vrouwelijke werknemers die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten. De vraag, of er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid, kan worden beantwoord aan de hand van een in de praktijk gehanteerd functieclassificatiesysteem. Ook wanneer er sprake zou zijn van rechtstreekse discriminatie, wordt hiermee niet afgeweken van de gebruikelijke bewijslastverdeling, te meer daar de verzoekende partij niet behoeft te bewijzen, dat er geen andere dan op het geslacht

gebaseerde onderscheidingscriteria worden gebezigd. Men mag evenwel niet uit het oog verliezen, dat het bewijs van rechtstreekse discriminatie steeds op een concrete vergelijking moet berusten.

38. Gesteld dat de toelagcriteria ten aanzien van mannelijke en vrouwelijke werknemers gelijkelijk worden toegepast, dan rijst de vraag, of er sprake is van onrechtstreekse discriminatie. Voor de beantwoording van de vraag naar de bewijslastverdeling in een dergelijk geval moet worden aangenomen, dat er geen sprake is van rechtstreekse discriminatie. Volgens de algemene regels ter zake van de bewijslastverdeling moeten de verzoekende partijen dan bewijzen, dat door een of meer van die toelagcriteria onevenredig veel personen van één geslacht worden getroffen, wat leidt tot een benadeling op grond van het geslacht. Het is in een dergelijk geval dan ook absoluut noodzakelijk, een vergelijking te maken tussen alle groepen werknemers in de betrokken sector. Het probleem in de onderhavige zaak is, dat zelfs wanneer er daadwerkelijk sprake is van onrechtstreekse discriminatie, verzoeksters vanwege het gebrek aan doorzichtigheid van het beloningsstelsel niet in staat zijn het noodzakelijke bewijs te leveren.

39. Alleen in de zojuist geschetste situatie is de vraag relevant, of men door aan te tonen, dat bij gelijke of gelijkwaardige arbeid vrouwen gemiddeld een lagere beloning ontvangen dan mannen, kan bewijzen dat de richtlijn is overtreden (vraag 3 a). Aangezien het verzoeksters feitelijk onmogelijk is, het benodigde bewijsmateriaal te verschaffen, moet hier met het oog op de doeltreffende toepassing van het beginsel van gelijke beloning een bewijsregeling worden toege-

10 — Arrest van 10 april 1984, zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jurispr. 1984, blz. 1891.

staan, waarbij het enkele bewijs, dat een op grond van functionele criteria afgebakende groep werknemers gemiddeld een lagere beloning ontvangt, reeds een vermoeden van discriminatie kan opleveren. Een dergelijke regeling houdt geen omkering van de bewijslast in, doch betekent alleen, dat het vereiste bewijs wordt afgestemd op de feitelijke omstandigheden. Het staat dan aan de werkgever aan te tonen, dat die lagere beloning niet als discriminatie kan worden aangemerkt. Daartoe zal hij de aan de betrokken groep uitbetaalde lonen moeten specificeren en aantonen, dat een eventueel verschil in beloning zijn verklaring vindt in objectieve factoren, die niets van doen hebben met het geslacht.

40. De wijze van selectie van de werknemers wier lonen in aanmerking worden genomen voor de berekening van de met elkaar te vergelijken gemiddelde lonen, is afhankelijk van de concrete situatie in de onderneming of het bedrijf. Het moet in elk geval gaan om representatieve groepen van werknemers, wier arbeidsvoorwaarden zoveel mogelijk gelijk zijn. Voor de grootte van een dergelijke groep kan hier geen absoluut minimum worden opgesteld. Het uitgangspunt moet uiteraard gelijke of gelijkwaardige arbeid zijn, zodat de werknemers uit een bepaalde afdeling of produktiefase eventueel een vergelijkingsgroep kunnen vormen. Wanneer een onderneming, zoals in casu, een functie-classificatiesysteem hanteert, dan ligt de vergelijking van de gemiddelde lonen van de vrouwelijke respectievelijk mannelijke werknemers van een bepaalde categorie voor de hand. Het staat aan de nationale rechter om in elk afzonderlijk geval te bepalen, of de bij de vergelijking in aanmerking genomen groepen al dan niet representatief moeten worden geacht.

41. De hierboven beschreven bewijsregeling loopt ook niet vooruit op het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de bewijslast op het gebied van de gelijke beloning voor en de gelijke behandeling van vrouwen en mannen¹¹, aangezien er noch een omkering van de bewijslast plaatsvindt, noch ook een algemeen vermoeden van discriminatie wordt geschapen. Er wordt in beginsel immers vastgehouden aan de gebruikelijke bewijslastverdeling, met dien verstande dat de werkgever wordt opgezadeld met de bewijslast voor gegevens die uitsluitend voor hem toegankelijk zijn.

42. Het staat de werkgever in de regel vrij — en in paragraaf 9 van de CAO van 9 maart 1983 is dit ook uitdrukkelijk bepaald —, toeslagen toe te kennen voor bepaalde individuele eigenschappen van de werknemer. De toekenning van die toeslagen moet evenwel volgens objectieve en geoorloofde criteria plaatsvinden. Een algemene verwijzing naar het bestaan van subjectieve criteria voor het verlenen van loontoeslagen is in een concreet geval niet voldoende om een verschil in beloning te kunnen rechtvaardigen (vraag 1 b), aangezien de beloningspraktijk dan kan worden geobjectiveerd noch gecontroleerd.

43. Flexibiliteit, anciënniteit en beroepsopleiding zijn in het algemeen stuk voor stuk criteria op basis waarvan individuele toeslagen mogen worden toegekend, zolang zij maar ongeacht het geslacht worden toegepast en objectief gezien verband houden met de te verrichten werkzaamheden. Hun objectieve rechtvaardiging vloeit voort uit de economische waarde van die individuele ei-

11 — PB 1988, C 176, blz. 5.

genschappen voor het te verrichten werk (vragen 2 a, b en c).

44. Aangezien in de onderhavige zaak uitsluitend de CAO van 9 maart 1983 van toepassing is en deze zowel voor vrouwelijke als voor mannelijke werknemers geldt, behoeven de vragen 4 a en b mijns inziens geen beantwoording, omdat het niet aan het Hof staat zich in het kader van een prejudiciële procedure uit te spreken over abstracte rechtsvragen, die niet van belang zijn voor de oplossing van het hoofdgeding. Aangezien de verwijzende rechter evenwel over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt ten aanzien van de vraag, of de door hem gestelde prejudiciële vragen relevant zijn voor de beslechting van het bij hem aanhangig geding, en uit de verwijzingsuitspraak zelf niet duidelijk blijkt, dat de beantwoording van de vragen 4 a en b in dat opzicht irrelevant is, wil ik hierover subsidiair nog het volgende opmerken.

45. In het algemeen kan worden gesteld, dat ook de partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst gebonden zijn aan de beginselen van gelijke beloning (artikel 119 EEG-Verdrag, richtlijn 75/117/EEG) en gelijke behandeling (richtlijn 76/207/EEG). De Lid-Staten zijn verplicht in hun wettelijke regeling de daartoe nodige bepalingen op te nemen. Dat volgt reeds uit de bewoordingen van de richtlijnen (vgl. artikel 4 van richtlijn 75/117/EEG en de artikelen 3, 4 en 5 van richtlijn 76/207/EEG) en wordt bevestigd door de arresten van het Hof in de zaken 165/82, 143/83 en 312/86. De partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst kunnen dus niet op eigen houtje van het beginsel van gelijke beloning afwijken. Dit geldt zowel wanneer er in een onderneming slechts één CAO van toepassing is, als wanneer er meer overeenkomsten gelden.

46. Men mag echter niet vergeten, dat er veelal per sector een collectieve arbeidsovereenkomst wordt opgesteld. Het aan een verschil in beloning ten grondslag liggende objectieve criterium zal dan bestaan in het werkzaam zijn in deze of gene sector. Een dergelijk verschil kan geoorloofd zijn, mits er maar niet binnen een en dezelfde collectieve arbeidsovereenkomst een onderscheid wordt gemaakt op grond van het geslacht. Het gaat erom, dat de collectieve arbeidsovereenkomst zodanig is opgesteld, dat zij geen aanleiding kan geven tot rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie. Wanneer de werknemers in verschillende sectoren werkzaam zijn, kan het overigens ook zo zijn, dat er al niet eens sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid.

47. Het enkele feit, dat onder een bepaalde collectieve arbeidsovereenkomst overwegend vrouwelijke of mannelijke werknemers vallen, is als zodanig nog geen aanwijzing voor het bestaan van discriminatie. Het heeft echter niet veel zin, zich in zo algemene termen uit te spreken over de toelaatbaarheid van collectieve arbeidsovereenkomsten die alleen voor bepaalde groepen van werknemers gelden. Overigens moet deze vraag in eerste instantie naar nationaal arbeidsrecht worden beoordeeld. Het gemeenschapsrecht vereist, dat aan het beginsel van gelijke beloning ook gestalte wordt gegeven in de concrete organisatie van de arbeidsvoorwaarden via collectieve arbeidsovereenkomsten.

Kosten

48. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar

gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechter over de kosten heeft te beslissen. De kosten van de Deense, de Britse, de Portugese en de Italiaanse regering alsmede van de Commissie kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen.

C — Conclusie

49. Op grond van een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

50. „1 a) Wanneer gelijke of gelijkwaardige arbeid verschillend wordt beloond op grond van factoren die verband houden met het geslacht (rechtstreekse discriminatie), staat het aan de werknemer te bewijzen, dat er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid en dat een vrouwelijke en een mannelijke werknemer in hetzelfde bedrijf of dezelfde onderneming daarvoor een verschillende beloning ontvangen. De werkgever kan het verwijt van discriminatie op grond van het geslacht weerleggen door aan te tonen, dat het verschil in beloning berust op neutrale criteria, die niets van doen hebben met het geslacht.

51. Wanneer een ongelijke behandeling berust op neutrale criteria waaraan typisch genoeg wordt voldaan door de leden van één geslacht, die daardoor worden benadeeld (onrechtstreekse discriminatie), staat het aan de werknemer te bewijzen, dat door dit op neutrale criteria berustende verschil in beloning overwegend of uitsluitend werknemers van hetzelfde geslacht worden getroffen, die daardoor worden benadeeld. De werkgever kan het verwijt van discriminatie op grond van het geslacht weerleggen door aan te tonen, dat het verschil in beloning berust op objectieve, economisch gefundeerde overwegingen, die geen verband houden met het geslacht van de werknemer.

52. Ingeval de werknemer geen toegang heeft tot de feitelijke gegevens die nodig zijn om het bestaan van onrechtstreekse discriminatie te kunnen bewijzen, dient een zodanige bewijsregeling te gelden, dat het bewijs van een lager gemiddeld loon voor vrouwelijke werknemers binnen een representatieve groep van werknemers, een vermoeden van discriminatie oplevert.

53. 1 b, 2 a, b en c) Het in artikel 119 EEG-Verdrag en richtlijn 75/117/EEG neergelegde beginsel van gelijke beloning staat eraan in de weg, dat een mannelijke werknemer bij gelijke of gelijkwaardige arbeid op basis van louter subjectieve criteria een hoger loon ontvangt dan een vrouwelijke werknemer. Het is echter niet in strijd met dit beginsel, toeslagen toe te kennen voor individuele eigenschappen, zoals anciënniteit, beroepsopleiding of flexibiliteit, voor zover die criteria ob-

jectief gerechtvaardigd zijn, verband houden met de te verrichten werkzaamheden en zonder onderscheid naargelang van het geslacht van de werknemer worden toegepast.

54. 3 *a en b*) Het bewijs van een lager gemiddeld loon voor vrouwen binnen een representatieve groep van werknemers kan een vermoeden van discriminatie opleveren. De wijze van samenstelling van een representatieve groep is afhankelijk van de feitelijke omstandigheden in de onderneming of in het bedrijf en staat ter beoordeling van de nationale rechter. Dit betekent evenwel niet, dat de gemiddelde lonen voor vrouwen en mannen altijd gelijk moeten zijn, aangezien een verschil in beloning kan berusten op criteria die niets van doen hebben met het geslacht.

55. 4 *a*) Ook partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst zijn gebonden aan het beginsel van gelijke beloning. Zij mogen ook niet door middel van een collectieve arbeidsovereenkomst van dit beginsel afwijken.

56. 4 *b*) Het feit, dat onder een collectieve arbeidsovereenkomst overwegend mannelijke respectievelijk vrouwelijke werknemers vallen, is op zichzelf nog niet in strijd met het discriminatieverbod. De uiteindelijke beoordeling hangt immers af van de wijze waarop aan de overeenkomst concreet gestalte is gegeven.”