

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
L. A. GEELHOED
van 15 maart 2001¹

I — Inleiding

II — De toepasselijke bepalingen

A — *Gemeenschapsrechtelijke bepalingen*

2. Artikel 119 van het Verdrag bepaalt in lid 1:

1. Met het onderhavige krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) geformuleerde verzoek om een prejudiciële beslissing stelt het Oberlandesgericht Wien (Oostenrijk) het Hof zes prejudiciële vragen over de uitlegging van artikel 119 EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136-143 EG) en van richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers. Het Oberlandesgericht Wien wil in wezen weten of identieke inschaling bij collectieve overeenkomst volstaat om te kunnen spreken van gelijke arbeid of gelijkwaardige arbeid, op wie de bewijslast ter zake van de gestelde discriminatie rust, alsmede in hoeverre een naderhand aantoonbaar verschil in arbeidsresultaat, dan wel het ontbreken van resultaat, een criterium kan zijn voor een verschil in beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid.

„Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast.”

3. In artikel 119, lid 2, van het Verdrag wordt bepaald:

„Gelijke beloning zonder onderscheid naar kunne houdt in:

- a) dat de beloning voor gelijke arbeid in stukloon wordt vastgesteld op basis van eenzelfde maatstaf;

¹ — Oorspronkelijke taal: Nederlands.

b) dat de beloning voor arbeid in tijdloon dezelfde is voor eenzelfde functie.”

5. In artikel 4 van richtlijn 75/117 wordt bepaald:

4. Artikel 1 van richtlijn 75/117 luidt als volgt:

„De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat alle met het beginsel van gelijke beloning strijdige bepalingen die voorkomen in collectieve arbeidsovereenkomsten, loonschalen of -akkoorden of individuele arbeidsovereenkomsten nietig worden, nietig kunnen worden verklaard of gewijzigd kunnen worden.”

„Het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, neergelegd in artikel 119 van het Verdrag en hierna te noemen beginsel van gelijke beloning, houdt in dat voor gelijke arbeid of voor arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend ieder onderscheid naar kunne wordt afgeschaft ten aanzien van alle elementen en voorwaarden van de beloning.

B — Nationale bepalingen

In het bijzonder, wanneer voor de vaststelling van de beloning gebruik wordt gemaakt van een systeem van werkclassificatie, dient dit systeem te berusten op criteria die voor mannelijke en vrouwelijke werknemers eender zijn, en zodanig te zijn opgezet dat ieder onderscheid naar kunne is uitgesloten.”

6. Blijkens de verwijzingsbeschikking wordt naar Oostenrijks arbeidsrecht het salaris in beginsel door partijen vastgesteld in het kader van de arbeidsovereenkomst. In veel branches zijn echter in collectieve overeenkomsten minimumlonen vastgelegd. Of deze collectieve overeenkomsten van dwingend recht zijn, hangt ervan af, of de werkgever aangesloten is bij de werkgeversorganisatie die partij is geweest bij de sluiting van de collectieve overeenkomst. Collectieve overeenkomsten worden gewoonlijk van werknemerszijde gesloten door vrijwillige collectieve beroepsorganisaties — vakbonden — en van werkgeverszijde door brancheorganisaties voor wettelijke belangenbehartiging, maar ook wel door vrijwillige verenigingen of publiekrechtelijke rechtspersonen (§§ 4 e.v. Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl. 22/1974).

Doorgaans worden de minimumlonen in collectieve overeenkomsten vastgesteld aan de hand van de concrete werkzaamheden, dus die de werknemer daadwerkelijk verricht, en wordt (met name met betrekking tot hoger personeel) voor deze werkzaamheden veelal een minimumloon vastgesteld rekening houdend met het aantal dienstjaren dat deze die werkzaamheden heeft verricht. De uitlegging van collectieve overeenkomsten geschiedt daarbij op dezelfde wijze als die van wetten.

Overeenkomstig het „beginsel van het gunstigste geval” van § 3 Arbeitsverfassungsgesetz staat het de partijen bij een individuele arbeidsovereenkomst echter vrij, van de minimumlonen af te wijken en een hoger loon of hogere toelagen overeen te komen.

Normaliter wordt het loon voor hoger personeel vastgesteld voor de normale arbeidstijd (40 uur per week) of een anderszins bij collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidstijd per week, berekend over een gehele maand.

7. Het begrip „overurenvergoeding” betreft de beloning van arbeid verricht buiten de normale arbeidstijd. Deze vergoeding mag gemiddeld niet lager zijn dan de

beloning voor het aantal werkelijk gewerkte overuren.

De verplichting overuren te maken, kan onder meer voortvloeien uit de concrete arbeidsovereenkomst.

Wanneer een vaste overurenvergoeding is overeengekomen, moet ervan worden uitgegaan dat de werknemer inderdaad verplicht is het daarin vastgelegde aantal overuren te maken, indien de werkgever hem zulks opdraagt, maar dat daar dan ook de overeengekomen beloning tegenover staat. De werkgever mag echter niet in eenzijdige afwijking van deze overeenkomst geen overurenvergoeding — dat wil zeggen de overeengekomen beloning — betalen. Wel heeft hij te allen tijde de mogelijkheid, van deze arbeid geen gebruik te maken, bijvoorbeeld wanneer zij voor de onderneming niet noodzakelijk is. Een recht op het verrichten van deze arbeid bestaat in elk geval meestal niet.

8. Wat de vaststelling van de beloning betreft, is in § 2 van de in casu relevante collectieve overeenkomst voor werknemers van banken en bankiers de indeling in functiegroepen neergelegd.

Functiegroep V omvat onder meer werknemers met een „bancaire vakopleiding, die

zelfstandig gekwalificeerde bankzaken afhandelen". De werktijd wordt in § 6 van de collectieve overeenkomst bepaald op 38,5 uur en in § 7 worden regels gesteld voor de beloning van overuren. § 8, sub I, van de collectieve overeenkomst bepaalt ten aanzien van de inschaling, dat deze voor elke nieuwe werknemer moet plaatsvinden en dat onder meer voor functie-groep V moet worden getracht over de inschaling tot overeenstemming te komen tussen ondernemingsraad en personeelszaken. Sub II van deze paragraaf bepaalt voorts, dat daarbij steeds de reële (voornaamste) werkzaamheden als criterium moeten gelden.

III — De feiten

9. Het geschil tussen partijen in het hoofdgeding, te weten S. Brunnhofer en de Bank der österreichischen Postsparkasse (hierna: „Bank”), betreft het verschil in beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid.

10. Onbetwist is, dat Brunnhofer van 1 juli 1993 tot en met 31 juli 1997 als werknemster bij de Bank in dienst is geweest en dat haar aanvangssalaris, inclusief vaste overurenvergoeding, 40 520 ATS bedroeg. Eveneens staat vast dat haar mannelijke collega, die sinds 1 augustus 1994 bij de Bank werkzaam is, werd aangesteld tegen een salaris van 43 871 ATS bruto, inclusief intrekbare overurenvergoeding. Tevens is onbetwist, dat Brunnhofer's basissalaris,

inclusief de bij collectieve overeenkomst vastgestelde verhogingen, gelijk is aan dat van haar mannelijke collega, dat hun beider overurenvergoeding werd berekend overeenkomstig § 7 van de collectieve overeenkomst voor banken en bankiers, en dat noch Brunnhofer noch haar mannelijke collega bijzondere salarisverhogingen — buiten de verhogingen volgens collectieve overeenkomst — heeft ontvangen.

11. Brunnhofer voert aan slachtoffer te zijn van loondiscriminatie op grond van geslacht. Hoewel het basissalaris, inclusief de bij collectieve overeenkomst vastgestelde verhogingen, van betrokken werknemers gelijk was, bestond evenwel een verschil in salaris aangezien haar mannelijke collega een maandelijks toelage genoot waardoor hij circa 2 000 ATS meer dan Brunnhofer ontving. Het staat vast dat sinds de indiensttreding de betrokken werknemers in dezelfde salarisschaal van de collectieve overeenkomst waren ingedeeld.

12. Brunnhofer voert aan dat zij gelijke arbeid — althans gelijkwaardige arbeid — als haar mannelijke collega heeft verricht. Zij was werkzaam op de afdeling buitenland van de Bank en had tot taak het controleren van kredieten. Na een niet nader bepaalde inwerkperiode zou Brunnhofer de leiding van deze afdeling op zich nemen. Echter door problemen op haar

werk en in de privé-sfeer is zij niet tot hoofd van de afdeling aangesteld. Naderhand is Brunnhofer op een speciaal voor haar gecreëerde post bij de juridische afdeling geplaatst. Ook daar voldeed zij niet aan de verwachtingen, waarop zij is ontslagen.

13. De Bank spreekt het bestaan van loon-discriminatie tegen en is van mening dat objectieve factoren het verschil in salaris verklaren. Hiertoe voert zij aan dat hoewel de functies van de betrokken werknemers in beginsel als gelijkwaardig waren ingeschaald, de mannelijke collega van Brunnhofer als adviseur van grote klanten ook bindende toezeggingen naar buiten moest doen, waarmee noodzakelijkerwijs een handelingsvolmacht verbonden was. Dit was de reden voor zijn hogere toelage, aldus de Bank. Bij Brunnhofer was het contact met klanten van ondergeschikte betekenis. Ook rechtvaardigen naar het oordeel van de Bank de kwalificaties van de mannelijke collega het iets hogere salaris. Hij had een commerciële opleiding gevolgd in het kader van zijn studie, alsook een werkkring in het buitenland vervuld, zodat hij op het gebied van de klantenadviesing beter gekwalificeerd was. Derhalve verschilde de kwaliteit van het werk naar het oordeel van de Bank.

14. De commissie gelijke behandeling van het Bundeskanzleramt, waarbij Brunnhofer

de zaak aanhangig had gemaakt, was van oordeel dat discriminatie in de zin van de Oostenrijkse wet inzake gelijke behandeling bij de vaststelling van de beloning niet kon worden uitgesloten. Vervolgens heeft Brunnhofer een vordering aanhangig gemaakt ter veroordeling van de Bank tot betaling van 160 000 ATS wegens loon-discriminatie op grond van geslacht. Nadat het gerecht in eerste aanleg deze vordering had verworpen, heeft Brunnhofer beroep ingesteld bij het Oberlandesgericht Wien.

IV — Prejudiciële vragen

15. Van oordeel dat voor de oplossing van het geschil de uitlegging van enkele gemeenschapsrechtelijke bepalingen nodig is, heeft het Oberlandesgericht Wien het Hof bij beschikking van 15 juni 1999 de volgende vragen gesteld:

- „1) a) Is het voor beantwoording van de vraag, of sprake is van ‚gelijke arbeid’ of ‚eenzelfde functie’ in de zin van artikel 119 EG-Verdrag (thans artikel 141 EG) dan wel gelijke arbeid of arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend in de zin van richtlijn 75/117/EEG, met betrekking tot individueel overeengekomen toelagen op de bij collectieve overeenkomst vastgestelde beloning, voldoende dat

wordt nagegaan of de beide werknemers die worden vergeleken, in dezelfde functiegroep van de collectieve overeenkomst zijn ingedeeld?

overeenkomst gebaseerd is op een zeer algemene omschrijving?

- b) Indien het antwoord op vraag 1 a ontkennend luidt, is in het onder 1 a bedoelde geval de indeling in dezelfde functiegroep van de collectieve overeenkomst dan een indicatie dat sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid in de zin van artikel 119 EG-Verdrag (thans artikel 141 EG) en richtlijn 75/117/EEG, zodat het aan de werkgever is, te bewijzen dat de werkzaamheden verschillend zijn?
- c) Kan de werkgever zich ter rechtvaardiging van het verschil in salaris beroepen op factoren die in de collectieve overeenkomst niet in aanmerking zijn genomen?
- 2) a) Gaan artikel 119 EG-Verdrag (thans artikel 141 EG) en richtlijn 75/117/EEG uit van een werknemersbegrip dat althans in zoverre eenduidig is, dat de verplichtingen van de werknemer uit hoofde van de arbeidsovereenkomst niet alleen worden beheerst door algemeen gedefinieerde normen, maar daarbij ook de individuele, persoonlijke geschiktheid van de werknemer moet worden betrokken?
- b) Moet artikel 119 EG-Verdrag (thans artikel 141 EG) dan wel artikel 1 van richtlijn 75/117/EEG aldus worden uitgelegd, dat voor een objectieve rechtvaardiging van een verschil in beloning ook factoren kunnen worden aangevoerd die eerst naderhand te bewijzen zijn, in het bijzonder de arbeidsprestaties van een bepaalde werknemer?"

V — Onderzoek der prejudiciële vragen

A — De vragen 1 a en 1 b

- d) Indien het antwoord op vraag 1 a of 1 b bevestigend luidt, geldt dit dan ook, indien de indeling in de functiegroep van de collectieve

16. De eerste twee onderdelen van de eerste vraag zal ik hieronder tezamen behandelen.

In wezen komt het op twee aspecten neer. Zij kunnen als volgt worden toegesplitst:

- 1) is er, gelet op de feiten, zoals zij in de verwijzingsbeschikking zijn beschreven, sprake van gelijke arbeid,

en

- 2) op wie rust de bewijslast om dat aan te tonen.

17. Het gaat hier om twee werknemers, een mannelijke en een vrouwelijke werknemer die beiden in eenzelfde functieschaal van een collectieve arbeidsovereenkomst zijn ingedeeld. Volgens de Oostenrijkse arbeidswetgeving worden, zoals in punt 6 is uiteengezet, bij een collectieve arbeidsovereenkomst minimum-arbeidsvoorwaarden voorgeschreven. Gunstigere bedingen zijn mogelijk op basis van individuele arbeidsovereenkomsten. Zowel Brunnhofer als haar mannelijke collega aan wie zij refereert, ontvangen beiden hetzelfde basissalaris. Daarnaast ontvangen beiden een overurenvergoeding, die bij Brunnhofer onherroepelijk is en bij haar mannelijke collega niet. Voorts ontvangen beiden een extra maandelijkse toelage. Deze extra toelage valt bij Brunnhofer lager uit dan bij haar mannelijke collega.

Zo op het eerste gezicht is er dus sprake van loondiscriminatie op grond van geslacht, immers Brunnhofer ontvangt 2 000 ATS minder toelage per maand dan haar mannelijke collega. Voor het antwoord op de vraag of er werkelijk sprake is van discriminatie op grond van geslacht ten aanzien van beloning, is bepalend of het om gelijke of gelijkwaardige arbeid gaat. Het antwoord hierop hangt af van de waardering van de feiten. Zou de verwijzende rechter tot de conclusie komen dat het hier om gelijke arbeid zou gaan, dan is het evident dat er in casu sprake is van een verboden discriminatie in de zin van artikel 119 van het Verdrag.

18. Het feit dat beide personen zijn ingedeeld in eenzelfde functiegroep van een collectieve arbeidsovereenkomst, vormt een aanwijzing dat het mogelijk om gelijke of gelijkwaardige arbeid gaat. Het is echter niet voldoende om te spreken van gelijke of gelijkwaardige arbeid enkel vanwege het feit dat er sprake is van een indeling in eenzelfde functiegroep van een collectieve arbeidsovereenkomst, ook al bepaalt § 8, sub II, van de in casu relevante collectieve overeenkomst voor werknemers van banken en bankiers dat bij de indeling van functiegroep V steeds de reële (voornaamste) werkzaamheden als criterium moeten gelden. De werkzaamheden kunnen desalniettemin binnen een bepaalde functiegroep verschillen. De collectieve arbeidsovereenkomst waarom het hier gaat, is een raamovereenkomst met ruim omschreven categorieën of functiegroepen. Daarbinnen kunnen bijzondere arbeidsvoorwaarden

van geval tot geval worden overeengekomen. In deze zaak is dat, zoals hierboven al weergegeven, ook gebeurd. De vraag hier is dus, of verschil in beloning ook wordt gedekt door verschil in werk. Als er verschil in beloning is, zal dit in beginsel tot uiting moeten komen in verschillende werkzaamheden. Is echter geen verschil vast te stellen, dan behoort de beloning ook gelijk te zijn, tenzij de werkgever aannemelijk maakt dat het verschil in beloning objectief is te rechtvaardigen.

aan de nationale rechter om te bepalen hoeveel gewicht toegekend moet worden aan het feit dat de collega van Brunnhofer een handelingsvolmacht heeft. Impliceert dit, dat het om zodanig andere werkzaamheden gaat dat zij een verschil in beloning kunnen rechtvaardigen?

19. Zoals uit de rechtspraak van het Hof blijkt, gaat het bij het begrip gelijke arbeid om een kwalitatief begrip, dat wil zeggen dat het uitsluitend betrekking heeft op de aard van de betrokken werkzaamheden.² Derhalve ligt het enige criterium om te bepalen of het gaat om gelijke of gelijkwaardige arbeid dus in de door de werknemers feitelijk verrichte werkzaamheden. Om uit te maken of werknemers gelijke arbeid verrichten, dient te worden onderzocht of deze werknemers, gelet op een reeks van factoren, zoals de aard van het werk, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden, kunnen worden geacht zich in een vergelijkbare situatie te bevinden.³ Derhalve zal de verwijzende rechter aan de hand hiervan moeten beoordelen of het werk van Brunnhofer (het controleren van kredieten) gelijk of gelijkwaardig is aan dat van haar mannelijke collega (beheer van belangrijke klanten). Het is eveneens

20. Vervolgens komt het vraagstuk van de bewijslastverdeling aan de orde. Zoals uit het bovenstaande blijkt, gaat het hier om rechtstreekse discriminatie. Het Hof heeft reeds in eerdere rechtspraak uitgemaakt dat in het geval van rechtstreekse discriminatie de bewijslast rust op degene die discriminatie op grond van geslacht ter zake van beloning stelt.⁴ Alleen bij indirecte discriminatie, die in het algemeen moeilijker door slachtoffers van de vermeende discriminatie is aan te tonen, kan de bewijslast worden omgekeerd.⁵ In casu gaat het echter om directe discriminatie, zodat op Brunnhofer de bewijslast rust. Derhalve is het aan Brunnhofer om aan te tonen dat er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid en dat hiervoor ongelijke beloning wordt gegeven. Het feit dat een indeling in eenzelfde functiegroep een aanwijzing kan opleveren dat het om gelijke of gelijkwaardige arbeid gaat, ontheft degene die meent slachtoffer te zijn van loondiscriminatie niet van de verplichting met nadere feiten en omstandigheden te staven dat het in casu werkelijk gelijke of gelijkwaardige arbeid

2 — Arrest van 27 maart 1980, *Macarthy's* (129/79, Jurispr. blz. 1275, punt 11).

3 — Arresten van 31 mei 1995, *Royal Copenhagen* (C-400/93, Jurispr. blz. I-1275), en 11 mei 1999, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse* (C-309/97, Jurispr. blz. I-2865, punt 17).

4 — Arrest van 27 oktober 1993, *Enderby* (C-127/92, Jurispr. blz. I-5535).

5 — Arresten van 17 oktober 1989, *Danfoss* (109/88, Jurispr. blz. 3199), en 13 mei 1986, *Bilka* (170/84, Jurispr. blz. 1607).

betreft. Het is dan aan de werkgever om aannemelijk te maken dat er gronden zijn die het verschil in beloning kunnen rechtvaardigen. Zoals uit de verwijzingsbeschikking van het Oberlandesgericht blijkt, zijn de gegevens over de beloning zelf dermate transparant dat het aantonen van een verschil in beloning geen bewijstechnische problemen oplevert. Brunnhofer lijkt dit voldoende aannemelijk te hebben gemaakt. Echter ter staving van haar stelling dat er sprake is van een door het relevante gemeenschapsrecht verboden ongelijke beloning, zal zij verder primair moeten aantonen dat er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid. Op basis van de door haar aangevoerde feiten en omstandigheden, zal uiteindelijk de verwijzende rechter moeten vaststellen of er sprake is van ongelijke beloning die niet wordt gerechtvaardigd door objectieve verschillen in de door Brunnhofer en de door de mannelijke werknemer, aan wie zij refereert, werkelijk verrichte arbeid.

B — *Vraag 1 d*

21. Het vierde onderdeel van de eerste vraag is slechts gesteld, in het geval onderdeel 1 a of 1 b bevestigend zijn beantwoord. Aangezien dit niet het geval is, behoeft deze vraag geen beantwoording.

C — *De overige vragen*

22. De vragen gesteld onder 1 c, 2 a en 2 b hebben gemeen dat de verwijzende rechter daarmee een nader houvast zoekt bij het beantwoorden van de vraag of en onder welke voorwaarden een gebleken verschil in beloning in het licht van artikel 119 en richtlijn 75/117 te rechtvaardigen is.

23. Het antwoord op vraag 1 c valt uit de beschouwingen naar aanleiding van de vragen 1 a en 1 b af te leiden. Daar merkte ik op, dat in het Oostenrijkse arbeidsrecht collectieve arbeidsovereenkomsten een bodem leggen in de arbeidsvoorwaarden en verder een, menigmaal ruim omschreven, kader geven waarbinnen de individuele arbeidsvoorwaarden met de betrokken werknemers moeten worden overeengekomen. In zo een wettelijk en contractueel kader kunnen de arbeidsvoorwaarden van individuele werknemers die tot eenzelfde functie- of beloningscategorie behoren, onderling verschillen. Dergelijke verschillen kunnen ook bij toetsing aan het hier relevante gemeenschapsrecht te rechtvaardigen zijn, mits zij berusten op objectieve criteria als leeftijd, opleiding en ervaring van de betrokken werknemers en verder op vergelijkbare gevallen gelijk worden toegepast.⁶

⁶ — Arrest van 31 maart 1981, Jenkins (96/80, Jurispr. blz. 911, punten 11-14).

Uit het hierboven aangehaalde arrest Bilka⁷ leid ik af, dat de objectieve rechtvaardigingsgronden voor dergelijke verschillen in beloning zich moeten lenen voor transparante toepassing, dat wil zeggen, zij moeten herleidbaar zijn tot objectieve economische redenen en passen bij de door de onderneming nagestreefde doeleinden.

24. Met vraag 2 a informeert de verwijzende rechter of aan artikel 119 van het Verdrag en richtlijn 75/117 een vergelijkbaar werknemersbegrip ten grondslag ligt en of de verplichtingen van de werknemer uit hoofde van de arbeidsovereenkomst niet alleen worden beheerst door algemeen gedefinieerde normen, maar daarbij ook de individuele, persoonlijke geschiktheid van de werknemer moet worden betrokken. Het antwoord op het eerste deel van deze vraag vergt geen lange beschouwingen. Uit de hierboven geciteerde rechtspraak in het arrest Jenkins⁸ en voorts uit de arresten Kowalska⁹ en Newstead¹⁰ valt af te leiden dat richtlijn 75/117 in essentie ertoe strekt het in artikel 119 genoemde beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen te helpen verwezenlijken door de concrete toepassing van dat beginsel te vergemakkelijken. Gelet op deze beperkte, de verwezenlijking van artikel 119 dienende strekking van de richtlijn, kan daaruit niet anders voortvloeien dan dat de kernbegrippen van artikel 119 en die van de richtlijn inhoudelijk congruent zijn. Dit geldt uiteraard ook voor het begrip „werknemer”.

25. Lastiger is het antwoord op de tweede helft van deze vraag, omdat uit de verwijzingsbeschikking niet ondubbelzinnig valt af te leiden op welke feitelijke omstandigheden deze vraag gericht is. Zuiver hypothetisch opgevat, zou het verwijzende gerecht op een situatie kunnen doelen, waarin feitelijk wordt vastgesteld dat de vergeleken werknemers weliswaar „gelijke arbeid” verrichten, maar dat hun prestatieniveau bij het verrichten van die arbeid uiteenloopt. Zoals ook de Commissie opmerkt, ontbreekt in de verwijzingsbeschikking een vaststelling en kwalificatie van de feiten, op grond waarvan deze vraag als niet-hypothetisch kan worden opgevat. Bij gebrek aan nadere feitelijke aanknopingspunten moeten wij voor het antwoord op de vraag of verschillen in individuele geschiktheid verschillen in beloning kunnen rechtvaardigen, terugvallen op artikel 119, lid 2. Volgens deze bepaling kan de beloning worden uitgedrukt in stukloon of tijdloon. In het eerste geval bepaalt artikel 119, lid 2, sub a, dat eenzelfde maatstaf dient te worden gehanteerd. Afhankelijk van de inzet en de individuele productiviteit van de betrokken werknemers, zijn er dus verschillen in beloning al naar gelang van de objectief verifieerbare resultaten van de individueel gepleegde inspanningen mogelijk. Dit ligt in het tweede geval anders. Artikel 119, lid 2, sub b, bepaalt dat indien er sprake is van beloning voor arbeid in tijdloon, de beloning dezelfde dient te zijn voor dezelfde functie. Aangezien het in het onderhavige geval gaat om naar tijd betaalde arbeid, mogen eventuele verschillen in het individuele prestatieniveau geen aanleiding geven tot beloningsverschillen, aangezien gelijke arbeid in eenzelfde functie wordt verricht. Of in casu inderdaad sprake is van gelijke arbeid zal, naar hierboven al is uiteengezet bij de beantwoording van de vragen 1 a en 1 b, moeten worden uitgemaakt op basis van de objectieve feiten en omstandigheden die de

7 — Aangehaald in voetnoot 5, punt 36.

8 — Aangehaald in voetnoot 6.

9 — Arrest van 27 juni 1990 (C-33/89, Jurispr. blz. I-2591).

10 — Arrest van 3 december 1987 (192/85, Jurispr. blz. 4753).

functies van de vergeleken werknemers bepalen.

26. Vraag 2 b verdient naar mijn opvatting een ontkennend antwoord. Indien voor gelijke arbeid een verschillende beloning wordt gegeven op grond van feitelijke gegevens, zoals de bijzondere geschiktheid van een bepaalde werknemer, waarvan het evident is dat zij eerst na het sluiten van de

arbeidsovereenkomst, in de werkelijke uitoefening van de functie kunnen worden vastgesteld, is er sprake van ongelijke behandeling. Verwachtingen kunnen geen reden opleveren voor beloningsverschillen ter zake van nog te verrichten overigens gelijke of gelijkwaardige arbeid. Indien naderhand op grond van reeds verrichte arbeid wordt vastgesteld dat er objectieve verschillen in persoonlijk prestatieniveau zijn, kan dat uiteraard aanleiding geven tot verschillen in carrièreverloop. Echter dan is er geen sprake meer van gelijke arbeid.

VI — Conclusie

27. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Wien als volgt te beantwoorden:

„1) a) Bij de beoordeling van de vraag, of sprake is van gelijke arbeid of eenzelfde functie in de zin van artikel 119 EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG), dan wel gelijke arbeid of arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend in de zin van richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, met betrek-

king tot individueel overeengekomen toelagen op de bij collectieve overeenkomst vastgestelde beloning, is het niet voldoende om na te gaan of beide werknemers die worden vergeleken, in dezelfde functiegroep van een collectieve overeenkomst zijn ingedeeld.

b) Een indeling in dezelfde functiegroep van een collectieve overeenkomst, ook al vormt het een indicatie dat sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid in de zin van artikel 119 van het Verdrag en richtlijn 75/117, heeft niet tot gevolg dat in het geval van directe discriminatie op de werkgever de bewijslast ligt om aan te tonen dat de werkzaamheden verschillend zijn.

c) Een werkgever kan zich ter rechtvaardiging van een verschil in beloning beroepen op factoren die in de collectieve arbeidsovereenkomst niet in aanmerking zijn genomen, voorzover ze op objectief gerechtvaardigde gronden berusten.

1) d) Deze vraag is slechts gesteld indien het antwoord op vraag 1 a of 1 b bevestigend luidt en behoeft derhalve geen beantwoording.

2) a) De bepalingen van artikel 119 van het Verdrag en richtlijn 75/117 hebben een eenduidig werknemersbegrip gemeen. Volgt uit de waardering van de verrichte werkzaamheden dat het gaat om gelijke arbeid of arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend, dan geldt op basis van het principe gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers dat geen enkel

onderscheid van beloning is toegestaan, ook niet indien er verschillen zijn in het prestatieniveau van de vergeleken werknemers.

- 2) b) Artikel 119 van het Verdrag dan wel artikel 1 van richtlijn 75/117 moet aldus worden uitgelegd, dat een verschil in beloning niet gerechtvaardigd kan worden op gronden waarvan het bestaan eerst naderhand aantoonbaar is.”