CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL L. A. GEELHOED

van 14 maart 2002 [1]

I — Inleiding

1. In deze zaak staat de vraag centraal of vrouwelijke werknemers, die na een openbare aanbesteding van de aanbestedende instelling waar zij werkten zijn overgegaan naar de werkgevers aan wie de opdracht is gegund, zich ten behoeve van een vordering tot gelijke beloning voor mannen en vrouwen tegen hun huidige werkgevers mogen vergelijken met mannelijke referentiepersonen werkzaam bij hun vorige werkgever.

II — Het juridisch kader

A — *Het gemeenschapsrecht*

2. Het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid is neergelegd in artikel 141 EG. De eerste zin van artikel 141, lid 2, EG bepaalt:

„Onder beloning in de zin van dit artikel dient te worden verstaan het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt."

3. De eerste zin van artikel 1 van richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers [2] bepaalt:

„het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers,

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.

2 — PB L 45, blz. 19.

neergelegd in artikel 119 [3] 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".

4. Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan [4], gewijzigd bij richtlijn 98/50/EG [5], is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst, of een fusie. Artikel 3, lid 1, bepaalt dat de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding door deze overgang op de verkrijger overgaan.

Artikel 3, lid 2, luidt:

„Na de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, handhaaft de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate als deze voorwaarden in deze overeenkomst waren vastgesteld voor de vervreemder tot het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een nadere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast.

De lidstaten mogen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken mits dit tijdvak niet korter wordt dan een jaar."

B — *Nationaal recht*

5. In het Verenigd Koninkrijk is het beginsel van gelijke beloning neergelegd in de Equal Pay Act 1970 (wet op de gelijke beloning; hierna: „1970 Act"). Section 1 (2) houdt in dat een vrouw die soortgelijk werk verricht als een man „in eenzelfde dienstbetrekking" of werk dat als gelijkwaardig met dat van een dergelijke man wordt aangemerkt, de wijziging kan eisen van elke voorwaarde in haar arbeidsovereenkomst die minder gunstig is of wordt dan een vergelijkbare voorwaarde in de arbeidsovereenkomst van de mannelijke referentiepersoon.

6. Volgens section 1 (3) kan de werkgever zich hiertegen verweren door te bewijzen dat het verschil tussen de overeenkomst van de vrouw en die van de man werkelijk te wijten is aan een andere materiële factor dan het verschil in geslacht.

3 — Thans, na wijziging, artikel 141 EG.

4 — PB L 61, blz. 26.

5 — Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen (PB L 201, blz. 88).

7. Het begrip „in eenzelfde dienstbetrekking" wordt in section 1 (6) (c) als volgt omschreven:

„Twee werkgevers moeten als verbonden ondernemingen worden aangemerkt wanneer de ene onderneming (direct of indirect) controle heeft over de andere of wanneer een derde (direct of indirect) controle heeft over beide ondernemingen, en mannen worden geacht dezelfde dienstbetrekking uit te oefenen als een vrouw wanneer zij in dienst zijn van dezelfde werkgever of een daarmee verbonden werkgever in dezelfde onderneming of in ondernemingen in Groot-Brittannië die deze onderneming omvatten en waar gemeenschappelijke arbeidsvoorwaarden gelden, hetzij algemeen, hetzij voor werknemers van dezelfde categorie."

III — Feiten en procedure

8. Regent Office Care Ltd, Commercial-Catering Group en Mitie Secure Services, verweerders in het bodemgeschil, verzorgen de catering in en schoonmaak van scholen en onderwijsinstellingen ten behoeve van de North Yorkshire County Council (hierna: „Council").

9. Tot het eind van de jaren tachtig werd het verschaffen van maaltijden aan schoolkinderen en het schoonhouden van schoolgebouwen verricht door werknemers in dienst van de Council. Echter, ingevolge de Local Government Act 1988, was de Council nadien verplicht deze diensten openbaar te gaan aanbesteden.

10. Teneinde haar „eigen" diensten ook aan de aanbesteding te kunnen laten deelnemen, werd een intern verzelfstandigde, „direct service organisation" (DSO), opgericht. Deze DSO kon op gelijke voet met private cateraars en schoonmaakdiensten aan de aanbesteding deelnemen.

11. Om bij de aanbesteding een kans te maken verlaagde de Council, die werkgever bleef, de lonen van de werknemers van de DSO [6].

12. De betrokken werknemers dienden vervolgens met een beroep op de 1970 Act een vordering in tot gelijke beloning tegen hun werkgever, de Council. Daarbij dienden mannelijke werknemers van de Council als referentiepersoon. In een in 1987 verrichte arbeidsevaluatiestudie, die ook door de

6 — De concurrenten hadden enkel vrouwen in dienst, en tegen een lagere beloning.

Council is aanvaard, was namelijk vastgesteld dat het door verzoeksters verrichte werk gelijkwaardig was aan de verschillende door mannen uitgevoerde taken, zoals tuinonderhoud, het ophalen van huisvuil en het onderhoud van rioleringen.

13. De betrokken werknemers werden uiteindelijk in hoogste instantie in het gelijk gesteld.[7] Het verweer van de Council dat lagere beloning voor betrokken werkneemsters nodig was om bij een openbare aanbesteding op een open markt te kunnen concurreren met commerciële ondernemingen werd door het House of Lords verworpen. Het House of Lords oordeelde dat onmogelijk kon worden gesteld dat het verschil in beloning werkelijk te wijten was aan een andere materiële factor dan verschil in geslacht. De vrouwelijke werknemers mochten hun arbeidsvoorwaarden vergelijken met die van mannelijke werknemers werkzaam bij andere onderdelen van de Council, en die, zoals in de arbeidsevaluatiestudie was vastgesteld, gelijkwaardig werk verrichtten.

14. De Council moest daarop aan betrokken werkneemsters het te weinig betaalde uitkeren voor de periode dat ze nog bij de betrokken DSO in dienst waren gebleven.

15. Terwijl de procedure tegen de Council nog niet tot een eindbeslissing was gekomen, verloor DSO bij een tweede aanbestedingsronde, die in 1993 plaatsvond, het overgrote deel van de caterings- en schoonmaakcontracten aan de in punt 8 genoemde verweerders. Twee van de drie verweerders onderkenden niet dat deze transactie mogelijk zou kunnen vallen onder de Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations, waarbij het Verenigd Koninkrijk richtlijn 77/187 had geïmplementeerd. Daarom werden de desbetreffende werkneemsters door de Council ontslagen en vervolgens weer in dienst genomen door deze private ondernemingen. Daarbij moesten dezen genoegen nemen met ongunstiger arbeidsvoorwaarden dan die welke DSO hun tot op dat moment had geboden (arbeidsvoorwaarden die al ongunstiger waren dan die van „gewone" Council werknemers; de einduitspraak in de zaak North Yorkshire County Council v. Ratcliffe was namelijk nog niet gedaan).

16. Enkel Commercial-Catering Group was van mening dat er wel sprake was van een overgang van een onderneming. Zij nam derhalve de betrokken werkneemsters zonder tussentijds ontslag rechtstreeks in dienst.

17. Een groot aantal werkneemsters van de private ondernemingen stelde beroep in tegen de hun opgelegde arbeidsvoorwaarden, die duidelijk ongunstiger waren dan

7 — North Yorkshire County Council v. Ratcliffe [1995] ICR 833.

die welke voor gelijkwaardige arbeid golden — en gelden — bij de Council. Zij beriepen zich daarbij op artikel 141 EG.

18. Ruwweg vallen verzoeksters in het hoofdgeding in vier groepen uiteen:

— verzoeksters die vroeger bij de Council in dienst waren en vervolgens rechtstreeks in dienst zijn genomen door een verwerende partij;

— verzoeksters die in dienst waren bij de Council en niet in dienst zijn gekomen bij een verwerende partij, of wel bij een verwerende partij in dienst zijn gekomen, maar al meer dan zes maanden voor het instellen van het beroep in het hoofdgeding die betrekking hebben verlaten;

— verzoeksters die in dienst zijn genomen door een verwerende partij, maar die nooit in dienst zijn geweest bij de Council;

— verzoeksters die voorheen in dienst waren bij de Council en later werkneemsters werden van een verwerende partij, doch niet onmiddellijk bij de overdracht van de werkzaamheden overgingen.

19. Voor de eerste van genoemde categorieën werkneemsters geldt dat zij in het hoofdgeding slechts subsidiair een beroep op artikel 141 EG doen. In eerste instantie beroepen zij zich op richtlijn 77/187, zoals deze in het Britse recht is omgezet bij de Transfer of Undertakings Regulations.

20. De interpretatie en de toepassing van die richtlijn, casu quo van de Transfer of Undertakings Regulations is echter in deze prejudiciële zaak in geen enkel opzicht in het geding.

21. Partijen in het hoofdgeding kwamen voorts onderling overeen dat er van moet worden uitgegaan, dat er een negatief verschil bestaat tussen de arbeidsvoorwaar-

den van verzoeksters en die van de referentiepersonen. Verder gaan zij uit van de volgende veronderstellingen:

a) De uitbesteding van de betrokken catering- en schoonmaakovereenkomsten aan verweerder dient te worden aangemerkt als de overdracht van een activiteit.

b) Het door verzoeksters verrichte werk was op de respectieve data van de overdracht gelijkwaardig met dat van de gekozen referentiepersoon.

c) Het door verzoeksters verrichte werk was op de respectieve data waarop de inleidende verzoekschriften werden ingediend, nog steeds gelijkwaardig met dat van de gekozen referentiepersonen.

d) De referentiepersonen waren tijdens de relevante periode in dienst van North Yorkshire County Council.

22. Het door verzoeksters bij het Employment Tribunal [8] aangespannen geding tegen hun huidige werkgever werd echter op 16 april 1997 in voor verzoeksters negatieve zin beslist. In beroep bevestigde het Employment Appeal Tribunal de conclusie van het Employment Tribunal en verwierp op 5 november 1998 het beroep van verzoeksters. Uiteindelijk werden verzoeksters toegelaten tot hoger beroep bij de Court of Appeal. Zij stellen dat artikel 141 EG hun in de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval een rechtstreeks recht verleent om tijdens hun dienstbetrekking bij verweerders dezelfde beloning als die van de mannelijke werknemers in dienst van de Council te vorderen.

23. De vraag die nu bij de Court of Appeal voorligt is of verzoeksters ter ondersteuning van hun aanspraken op gelijke beloning jegens de drie verweerders de arbeidsvoorwaarden van mannelijke werknemers van de Council als vergelijkingsmaatstaf mogen hanteren, ook al werken deze voorgestelde mannelijke referentiepersonen niet voor een van verweerders.

IV — Prejudiciële vragen

24. De Court of Appeal (England & Wales) heeft bij beschikking van 20 juli 2000, ingekomen ter griffie van het Hof van

8 — Toen nog Industrial Tribunal geheten.

Justitie op 22 augustus 2000, verzocht om een prejudiciële beslissing over de navolgende vragen:

„1) Heeft artikel 141[9] in de omstandigheden van het onderhavige geval (zoals uiteengezet in deze beschikking) rechtstreekse werking, zodat verzoeksters zich in procedures voor de nationale rechter hierop kunnen beroepen om hun loon te kunnen vergelijken met dat van mannelijke werknemers van North Yorkshire County Council die gelijkwaardig werk verrichten als dat van verzoeksters?

2) Is een dergelijk beroep op de rechtstreekse werking van artikel 141 enkel mogelijk, indien de verwerende werkgever kan verklaren waarop het door de werkgever van de gekozen referentiepersonen aan zijn werknemers betaalde loon is gebaseerd?"

V — Beoordeling

Prealabele opmerkingen

25. De feiten die aan het hoofdgeding ten grondslag liggen, zijn exemplarisch voor de reorganisaties die in de jaren tachtig en negentig in tal van overheidsdiensten zijn doorgevoerd. Daarbij werden activiteiten, waarvan men oordeelde dat zij ook door marktpartijen konden worden verricht, uitbesteed en geprivatiseerd. Men hoopte door de introductie van marktwerking kosten te besparen en meer efficiëntie te bereiken. De mate waarin dit is geschied, loopt overigens van lidstaat tot lidstaat uiteen. In het Verenigd Koninkrijk werden de gedecentraliseerde overheden, de Counties, verplicht een groot aantal activiteiten, welke zij voordien in eigen beheer hadden uitgevoerd, uit te besteden.

26. Voor de betrokken werknemers brengt een en ander mee dat zij van een publieke arbeidsverhouding overgaan naar een private arbeidsverhouding. Dat heeft in de regel gevolgen voor hun arbeidsvoorwaarden. De rechtspositie, beloning en secundaire arbeidsvoorwaarden plegen in de publieke sector anders te zijn dan in de private sector gebruikelijk is. Dit houdt in dat de overgang van een publieke naar een private werkgever voor de daarbij betrokken werknemers, om het even of het mannen dan wel vrouwen zijn, sociale gevolgen kan meebrengen.

27. Zowel in de nationale arbeidswetgeving als in de communautaire regelgeving zijn voorzieningen getroffen voor de sociale gevolgen van een dergelijke overgang. In casu is duidelijk sprake van een overgeno-

9 — Van het EG-Verdrag.

men onderneming zoals bedoeld in richtlijn 77/187. Op deze richtlijn is ook in het hoofdgeding een beroep gedaan. Uit de onderliggende stukken blijkt dat partijen over de toepasselijkheid van deze richtlijn onderling verdeeld zijn en dat er bovendien verschil van inzicht bestaat over de toepasselijkheid van deze richtlijn over de verschillende categorieën verzoeksters. Deze en andere mogelijk daarmee samenhangende vragen zijn in de bodemprocedure echter apart gezet. Partijen in het hoofdgeding zijn overeengekomen dat de verwijzende rechter uitsluitend het Hof een prejudiciële vraag zou stellen die beperkt blijft tot de uitleg van artikel 141 EG. Nu de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeschikking expliciet mogelijke vragen over de toepasselijkheid van de richtlijn uitsluit, moeten deze buiten beschouwing blijven.

28. In het onderhavige geval betreft de uitbesteding toevallig een dienst waarbij veel vrouwelijke werknemers zijn betrokken. Vooral uit de stellingen en de argumenten van verzoeksters in het hoofdgeding valt op te maken dat zij in het feit dat de uitbestede activiteiten of diensten voornamelijk door vrouwelijke werknemers worden verricht een aanleiding zien om na te gaan of in casu artikel 141 EG van toepassing is. Een aanleiding daartoe ligt waarschijnlijk in het gegeven dat richtlijn 77/187 zeker niet op alle betrokken verzoeksters van toepassing is.

Argumenten van verzoeksters

29. Verzoeksters stellen dat artikel 141 EG steeds rechtstreekse werking heeft indien op basis van de feiten van het specifieke geval met behulp van de criteria gelijke arbeid en gelijke beloning loondiscriminatie op grond van geslacht kan worden vastgesteld. Nationale wetgeving mag daarbij geen kunstmatige hindernissen opwerpen. Zij refereren hierbij aan het bepaalde in section 1 (6) van de 1970 Act.

30. Zij menen dat zij, gezien de bijzondere omstandigheden van dit geval, zich moeten kunnen mogen vergelijken met de mannelijke werknemers bij de Council. Het enige dat is gewijzigd is de identiteit van de werkgever. Zij zijn echter nog steeds in „dezelfde dienst" werkzaam en zij doen nog steeds hetzelfde werk. Werk dat als gelijkwaardig is aangemerkt aan het werk dat wordt verricht door mannelijke werknemers in dienst van de Council. Uit punt 23 van het arrest Worringham en Humphreys [10] menen zij te mogen afleiden dat personen die werkzaam zijn in dezelfde dienst zeer wel verschillende werkgevers kunnen hebben. Weliswaar zijn in het onderhavige geval verzoeksters van werkgever veranderd, dit mag echter geen effect hebben op de vergelijkbaarheid van hun werk en arbeidsvoorwaarden met die van werknemers die wel in dienst van de Council zijn gebleven. Zou dit wel het geval zijn dan zou er een lacune ontstaan in de bescherming die artikel 141 EG beoogt te bieden.

31. Zij wijzen erop dat bij de openbare aanbesteding van werkzaamheden, zoals in

10 — Arrest van 11 maart 1981 (69/80, Jurispr. blz. 767).

het onderhavige geval, de werknemers welke die werkzaamheden feitelijk verrichten om praktische redenen gewoonlijk dezelfde blijven, als de aanbesteding ertoe leidt dat de ene concessionaris door een andere wordt vervangen. De feitelijke voorwaarden waaraan de werkzaamheden moeten voldoen, blijven dezelfde. Deze zijn ten dele vastgelegd in de wetgeving die tot openbare aanbesteding verplicht. De bron waaruit de werkzaamheden worden gefinancierd blijft ook dezelfde, namelijk de door de belastingbetalers in North Yorkshire opgebrachte openbare middelen. Onder deze omstandigheden kan worden volgehouden dat het verband waarbinnen verzoeksters werken de facto hetzelfde blijft en dat zij zich voor hun arbeidsvoorwaarden kunnen blijven vergelijken met mannelijke werknemers die bij de Council in dienst zijn gebleven.

32. Verzoeksters herinneren eraan dat het Hof, in het licht van de dubbele — economische en sociale — doelstelling van artikel 141 EG, zoals die in het arrest Defrenne II [11] is verduidelijkt, steeds elke poging om kunstmatige hindernissen op te werpen bij de verwezenlijking van het beginsel van gelijke beloning heeft afgewezen. Zij beroepen zich, onder andere, op het arrest Macarthys [12] waarin het Hof het nationale wettelijke vereiste van gelijktijdigheid als een ongeoorloofde beperking van de strekking van artikel 141 EG heeft aangemerkt.

33. Voorts verwijzen verzoeksters naar de conclusie van advocaat-generaal Verloren van Themaat in de zaak Commissie/Denemarken. [13] In die conclusie ging hij in op de vraag of Deense wetgeving die inhield dat het beginsel van gelijke beloning slechts van toepassing was op dezelfde arbeid op eenzelfde werkplaats wel verenigbaar was met artikel 119 van het Verdrag (thans, na wijziging, artikel 141 EG) en met richtlijn 75/117. De advocaat-generaal was hier van oordeel dat de beperking van de vergelijkbaarheid van beloningsverhoudingen tot „eenzelfde werkplaats" strijdig was met het Verdrag:

"— [...] een functievergelijking binnen dezelfde vaste inrichting van een onderneming of zelfs binnen één onderneming niet altijd voldoende zijn. Onder omstandigheden zal ook een vergelijking met werk van gelijke waarde in andere ondernemingen die onder een collectieve arbeidsovereenkomst vallen noodzakelijk zijn.

— In sectoren met een traditioneel vrouwelijk werknemersbestand zal een vergelijking met andere sectoren zelfs vereist kunnen zijn [...];

— dat onder omstandigheden de toegevoegde vergelijkingsmaatstaf van ‚de-

11 — Arrest van 8 april 1976 (43/75, Jurispr. blz. 455).

12 — Arrest van 27 maart 1980 (129/79, Jurispr. blz. 1275).

13 — Arrest van 30 januari 1985 (143/83, Jurispr. blz. 427).

zelfde werkplaats' voor arbeid van gelijke waarde dus tot een beperking van het in artikel 141 EG neergelegde en de onderhavige richtlijn verduidelijkte beginsel van gelijke beloning [kan] leiden. Het enkele feit van de toevoeging van een dergelijke bijkomende voorwaarde voor gelijke beloning, die noch in artikel 141, noch in de richtlijn een grondslag vindt, moet in elk geval als een verdragsinbreuk worden beschouwd."

Verzoeksters ontlenen hieraan een argument dat het principe van gelijke beloning vergelijkingen buiten een onderneming noodzakelijk kunnen maken, in het bijzonder in sectoren waar voornamelijk vrouwen werkzaam zijn, zoals schoonmaak en catering, en dat bijkomende beperkingen om het recht op gelijke beloning te kunnen effectueren in beginsel ontoelaatbaar zijn.

34. Ook advocaat-generaal Lenz zou volgens verzoeksters een formalistische aanpak afwijzen. Zij wijzen op zijn conclusie bij het arrest Enderby [14], waarin hij in punt 15 van zijn conclusie stelt: „De begripsvorming [rechtstreekse en indirecte discriminatie] heeft tot doel de wijzen van discriminatie van vrouwen in het beroepsleven af te bakenen en niet bijvoorbeeld de acties in rechte tegen loondiscriminaties 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."

Dat deze „pragmatische" aanpak niet zonder belang is, illustreren verzoeksters door erop te wijzen dat meer dan 25 jaar na het in werking treden van gelijke beloningswetgeving het gemiddelde uurloon van vrouwen in het Verenigd Koninkrijk 82 % bedraagt van dat van mannen en dat het gemiddelde weekloon van vrouwelijke fulltime werknemers 74,5 % is van dat van mannen. Dit heeft, voor een groot deel, te maken met het feit dat veel vrouwen laagbetaald werk doen, in sectoren waar van oudsher vrouwen overwegen, zoals schoonmaken en koken. Daar is het moeilijk om een mannelijke referentiepersoon te vinden.

35. Verzoeksters wijzen ten slotte op het effectiviteitsbeginsel en op het recht op toegang tot de rechter. Lidstaten zijn verplicht passende maatregelen te treffen om het recht op gelijke beloning voor de rechter aanhangig te kunnen maken. Een bepaling als section 1 (6) van de 1970 Act, volgens welke een vrouwelijke werknemer zich enkel mag vergelijken met een mannelijke referentiepersoon werkzaam in dezelfde dienstbetrekking, heeft tot gevolg dat, indien zij niet in staat is een mannelijke

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

referentiepersoon te vinden, haar de mogelijkheid om haar recht tot gelijke beloning te effectueren wordt ontnomen. Verzoeksters menen dat een dergelijke regeling de bij het Verdrag en richtlijn 75/115 toegekende rechten verhindert uit te oefenen en ook strijdig is met artikel 6 van het EVRM.

Argumenten van verweerders, de Commissie en het Verenigd Koninkrijk

36. Zowel Mitie Secure Services Ltd (hierna: „Mitie"), een van de verweerders in het bodemgeschil, als de Commissie, als de regering van het Verenigd Koninkrijk menen dat in het onderhavige geval verzoeksters geen beroep op artikel 141 EG kunnen doen. De Commissie sluit een vergelijking met werknemers bij andere werkgevers niet principieel uit. Onder verwijzing naar punt 60 van de conclusie van advocaat-generaal Cosmas in het arrest Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse [15], meent zij dat het inherent is aan het begrip discriminatie dat dezelfde particulier of entiteit verantwoordelijk moet zijn voor het verschil in beloning. Ook de regering van het Verenigd Koninkrijk en Mitie wijzen een vergelijking met werknemers werkzaam bij andere werkgevers als zodanig niet af, echter, er moet wel een gemeenschappelijke bron zijn waaruit de in concreto gehanteerde arbeidsvoorwaarden zijn te herleiden, zoals dat het geval is als verschillende werkgevers dezelfde CAO moeten toepassen, als sprake is van een groep van ondernemingen of overheidslichamen onder gemeenschappelijke controle, dan wel als arbeidsvoorwaarden bij wet of regeling zijn vastgesteld. In dergelijke gevallen zijn er inderdaad „kruisvergelijkingen" mogelijk waarbij werknemers van meer dan één inrichting of onderneming kunnen zijn betrokken. In die zin interpreteren zij ook de conclusie van advocaat-generaal Verloren van Themaat. Zij zijn het er echter over eens dat in het onderhavige geval de verschillen in beloningsvoorwaarden niet te herleiden zijn tot één gemeenschappelijke „bron".

37. De regering van het Verenigd Koninkrijk wijst ook op het arrest Defrenne II. [16] Daaruit volgt haars inziens dat de rechtstreekse werking van artikel 141 EG begrensd is tot die gevallen waarin de rechter op basis van een juridische analyse discriminatie kan vaststellen. Deze discriminatie kan direct of indirect zijn, echter cruciaal is dat er een referentiekader is dat de rechter in staat stelt vast te stellen dat discriminatie op grond van geslacht plaatsvindt. Indien de loonvoorwaarden van verschillende werkgevers niet te herleiden zijn tot één bron, aldus de regering van het Verenigd Koninkrijk, kan loondiscriminatie op grond van geslacht niet op basis van een zuivere juridische analyse worden vastgesteld. Ter illustratie wijst de regering van het Verenigd Koninkrijk op de situatie

15 — Arrest van 11 mei 1999 (C-309/97, Jurispr. blz. I-2865). De Commissie verwijst naar de passage waarin hij opmerkt dat „het in bovengenoemde artikel [141 EG] geformuleerde beginsel van gelijke beloning moet gelden voor het orgaan dat de bestreden regeling heeft vastgesteld".

16 — Aangehaald in voetnoot 11. De regering van het Verenigd Koninkrijk refereert hier aan de punten 19-22.

waarin de ene werkgever hogere lonen betaalt dan de andere werkgever. Daaraan kunnen werknemers van laatstgenoemde werkgever geen aanspraak ontlenen op dezelfde lonen als de eerstgenoemde betaalt. Ook indien bij laatstgenoemde werkgever voornamelijk vrouwelijke werknemers in dienst zouden zijn, volstaat dat niet om alleen op grond daarvan te concluderen dat er loondiscriminatie op grond van geslacht plaatsvindt. Het enige dat in zo'n situatie kan worden vastgesteld is dat er verschillen in beloningsverhoudingen bij twee werkgevers zijn. De rechter heeft in zo'n geval geen aanknopingspunt om uit te maken wat de bij de vergelijking betrokken werkgevers zouden moeten betalen. Indien in ondernemingen of sectoren met vooral vrouwelijke werknemers minder gunstige arbeidsvoorwaarden gelden dan in ondernemingen of sectoren met vooral mannelijke werknemers, zijn voor het gelijktrekken daarvan nationale, dan wel communautaire regelingen nodig.

38. Het tweede probleem dat wordt gesignaleerd is dat een werkgever die wordt aangesproken op loondiscriminatie op basis van geslacht, omdat hij aan zijn personeel lagere lonen betaalt dan de referentiepersonen bij een andere werkgever ontvangen, niet in staat is dit verschil te verklaren of te verklaren waarom het verschil in beloning objectief is gerechtvaardigd. Ook daarom menen de Commissie, Mitie en de regering van het Verenigd Koninkrijk dat een verschil in beloning moet zijn te herleiden tot één bron. Zij zien een bevestiging hiervan in de conclusie van advocaat-generaal Lenz. [17]

39. De regering van het Verenigd Koninkrijk vraagt zich verder af waar de grens getrokken moet worden. Hebben verzoeksters zonder begrenzing in de tijd recht zich met mannelijke werknemers werkzaam bij de Council te vergelijken? Dat zou betekenen dat bij een loonsverhoging van de referentiepersonen verzoeksters ook daarop recht zouden hebben. De praktische moeilijkheid hiervan is dat een werkgever niet op de hoogte is of kan zijn van het feit dat een andere werkgever de lonen heeft verhoogd. De loonschalen en de werkspecificatie kunnen uiteen gaan lopen, maar zelfs indien aan de gelijkwaardigheid van het werk niets verandert, kunnen de arbeidsvoorwaarden die beide werkgevers hanteren gaan verschillen om redenen die niets van doen hebben met geslacht. De regering van het Verenigd Koninkrijk wijst er ook op dat het Hof in het arrest Macarthys [18] de „hypothetische mannelijke werkgever" heeft afgewezen. Zij wijst eveneens op punt *65* in de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven bij het arrest Coloroll Pension Trustees. [19]

40. De regering van het Verenigd Koninkrijk kan ook verzoeksters argumenten omtrent de doeltreffendheid en de toegang

17 — Aangehaald in voetnoot 14.

18 — Aangehaald in voetnoot 12.

19 — Arrest van 28 september 1994 (C-200/91, Jurispr. blz. I-4389).

tot de rechter niet delen. Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk gaat het om de vraag of zij een rechtstreeks toepasselijk recht kunnen inroepen. De eis dat er een mannelijke referentiepersoon moet zijn voor het maken van een vergelijking, is geen hindernis, maar een essentiële voorwaarde om het recht op gelijke beloning te kunnen uitoefenen. Het gaat dan om een voorwaarde die voorafgaat aan het bestaan van een recht. Ten aanzien van „dezelfde dienst" merkt het Verenigd Koninkrijk op dat het Hof dit begrip nooit heeft gedefinieerd, maar dat uit de bewoordingen die het Hof in diverse uitspraken hanteert, valt op te maken dat het, althans in de private sector, om één enkele onderneming gaat. Mitie merkt op dat, ook al doen verzoeksters hetzelfde werk als zij voorheen deden bij de Council, dit onvoldoende is om te stellen dat het gaat om werk in dezelfde dienst, zoals dat wordt gebruikt in Defrenne II [20] en in Macarthys [21]. Het gaat dus volgens Mitie, in tegenstelling tot wat verzoeksters beweren, niet om het soort werk, maar om de identiteit van de werkgever.

41. De Commissie merkt ten overvloede nog op dat een deel van het ontstane probleem zou zijn opgelost door de toepassing van Transfer of Undertakings Regulations. Zij wijst er echter ook op dat op het moment van de overgang van de onderneming de lonen op dat niveau worden bevroren. De rechten en verplichtingen die overgaan op de nieuwe werkgever gaan echter niet zover dat zij ook het recht inhouden op eenzelfde beloning als de referentiepersonen bij de vorige werkgever of het recht om zich met hen te mogen blijven vergelijken.

Beoordeling

42. De rechtsvraag behelst naar haar aard een klassiek geval van directe discriminatie, namelijk ongunstiger arbeidsvoorwaarden voor in hoofdzaak door vrouwelijke werknemers uitgevoerde activiteiten dan voor mannelijke werknemers die daarmee vergelijkbare activiteiten uitoefenen. Hiervoor heeft het Hof in een vaste rechtspraak die loopt vanaf Defrenne II [22], Macarthys [23] en meer recent Worringham en Humphreys [24] en Brunnhofer [25] bepaald dat artikel 141 EG rechtstreeks werkt.

43. Het is op basis van deze rechtspraak niet aan twijfel onderhevig dat verzoeksters in het bodemgeding in hun eis zouden slagen, indien zij nog steeds bij de Council of bij DSO in dienst waren. De uitspraak North Yorkshire County Council v. Ratcliffe is in dit opzicht ondubbelzinnig en geheel en al in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof.

20 — Aangehaald in voetnoot 11.
21 — Aangehaald in voetnoot 12.
22 — Aangehaald in voetnoot 11.
23 — Aangehaald in voetnoot 12.
24 — Aangehaald in voetnoot 10.
25 — Arrest van 26 juni 2001, (C-381/99, Jurispr. blz. I-4961).

44. Echter het feit dat zij niet meer bij de Council of DSO in dienst zijn, maar bij een onderneming die de diensten die zij verrichten heeft overgenomen, leidt ertoe dat zij zich ter staving van hun stelling dat er discriminatie plaatsvindt, moeten refereren aan een „vergelijkbare man" die bij een andere organisatie of dienst werkt (in casu de Council) dan zijzelf.

45. De kernvraag die de gestelde prejudiciële vraag opwerpt is derhalve of voor de vaststelling dat er directe discriminatie in de zin van artikel 141 EG plaatsvindt, vergeleken mag worden tussen arbeidsvoorwaarden van mannen en vrouwen die vergelijkbare werkzaamheden bij verschillende werkgevers verrichten. Het vraagstuk met wie en onder welke omstandigheden moet worden vergeleken is al meermalen in de rechtspraak[26] aan de orde geweest. Nimmer is echter de vraag die hier voorligt in de rechtspraak beantwoord.

46. Uit de bewoording van artikel 141 EG blijkt niet dat de vergelijking beperkt dient te blijven tot dezelfde werkgever. Blijkens zijn rechtspraak heeft het Hof steeds vastgehouden aan de eis dat voor het vaststellen van directe discriminatie moet blijken dat er een verschil in beloning is met mannelijke medewerkers die bij „dezelfde onderneming of dienst" werkzaam zijn (vergelijk onder andere Defrenne II, punt 22) of dat dit verschil in beloning voortvloeit uit wettelijke bepalingen of uit bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Defrenne II, punt 21).[27]

47. In de zaak Macarthys[28] heeft het Hof vastgesteld dat de rechtstreekse werking van artikel 141 EG niet kan worden ingeperkt door het vereiste van gelijktijdigheid. Dus een vrouwelijke werknemer mag zich bij een geschil over loondiscriminatie vergelijken met haar mannelijke voorganger. Echter, in datzelfde arrest heeft het Hof een poging om discriminatie op grond van geslacht te construeren aan de hand van een „hypothetische mannelijke werknemer" uitdrukkelijk verworpen. Het Hof heeft deze rechtspraak nog eens bevestigd in het arrest Coloroll.[29]

48. Verzoeksters, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie zijn het erover eens dat niet kan worden volgehouden dat nooit met werknemers buiten een en dezelfde onderneming kan worden vergeleken. Ik deel die opvatting.

49. Het betreft dan drie categorieën. De eerste categorie omvat gevallen waarin een wettelijke regeling van toepassing is op de arbeids- en beloningsvoorwaarden in meer dan één onderneming, instelling of dienst.

26 — Zie bijvoorbeeld arresten Defrenne II, Macarthys, Commissie/Denemarken, Enderby en Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, aangehaald in respectievelijk de voetnoten 11, 12, 13, 14 en 15.

27 — Aangehaald in voetnoot 11.

28 — Aangehaald in voetnoot 12.

29 — Aangehaald in voetnoot 19, zie punten 102-103.

Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de salarissen voor verplegend personeel werkzaam bij een dienst als de National Health Service. Vervolgens zijn er gevallen waarin voor meer ondernemingen of instellingen een collectieve arbeidsovereenkomst of arbeidsvoorwaardenregeling geldt. Tot slot, de derde categorie, gevallen waarin de arbeidsvoorwaarden voor meer dan één inrichting of bedrijf centraal binnen een holding of conglomeraat worden vastgesteld.

50. In al die gevallen kan over de grenzen van de afzonderlijke onderneming of dienst tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers worden vergeleken teneinde na te gaan of er een in artikel 141 EG verboden discriminatie plaatsvindt.

51. Het kenmerk dat deze drie categorieën gemeen hebben is dat de regeling van de feitelijke toegepaste arbeidsvoorwaarden te herleiden is tot één bron, namelijk de wetgever, de partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst, of de leiding van een concern.

52. Terecht is dit door de advocaten-generaal Cosmas en Lenz en nu ook door de regering van het Verenigd Koninkrijk als een essentieel criterium naar voren gebracht. Waarom? Artikel 141 EG adresseert degene die verantwoordelijk kan worden gehouden voor de ongeoorloofde arbeidsvoorwaardenverschillen. Dat zijn in genoemde gevallen de wetgever, partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst en de leiding van een concern. Zij kunnen daarop worden aangesproken. Maar indien er beloningsverschillen bestaan tussen ondernemingen of instellingen waarin de werkgevers ieder afzonderlijk verantwoordelijk zijn voor de arbeidsvoorwaarden in hun eigen bedrijf of instelling dan kunnen zij individueel onmogelijk verantwoordelijk worden gehouden in de verschillen in arbeidsvoorwaarden die tussen die ondernemingen bestaan.

53. De rechtspraak tot dusver sluit hier ook op aan, want artikel 141 EG werkt voor alle vormen van discriminatie die op basis van een zuiver juridische analyse kunnen worden vastgesteld door de rechter.

54. Uit bovenstaande blijkt dat de rechtstreekse werking van artikel 141 EG zich uitstrekt tot werknemers werkzaam bij dezelfde rechtspersoon, of groep van rechtspersonen, of bij overheidslichamen die onder gemeenschappelijke controle staan, of voor gevallen waarbij ten aanzien van de werkclassificatie en beloning een

bindende CAO of wettelijke regeling van toepassing is. In alle gevallen is dit terug te voeren naar één gemeenschappelijke bron.

55. De verschillen in beloningsverhoudingen tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers die het object van het hoofdgeding vormen, zijn echter niet te herleiden tot één bron die daarvoor verantwoordelijk kan worden gesteld. Het enkele gegeven dat de arbeidsvoorwaarden voor vergelijkbare werkzaamheden bij de Council en bij de nieuwe werkgevers van verzoeksters uiteenlopen, is dan ook onvoldoende om te concluderen dat de huidige werkgevers zich aan een door artikel 141 EG verboden directe discriminatie schuldig maken. De consistente rechtspraak van het Hof over het criterium „dezelfde onderneming of dienst" laat geen andere conclusie toe.

56. Ik acht dit resultaat ook gerechtvaardigd. Een van de bestanddelen van artikel 141 EG is, dat de werkgever „het recht op verweer" toekomt. Hem komt het recht toe aan te tonen dat een gebleken geschil in beloning gerechtvaardigd is op basis van objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. Het is voor de werkgever tegen wie de eis tot gelijke behandeling zich richt, onmogelijk na te gaan op welke gronden een andere werkgever „gelijkwaardige" activiteiten „anders" dan hij beloont. Indien hij dat al zou kunnen, staat daarmee nog niet vast of hij, gelet op de andere economische positie waarin hij zich bevindt, zich daaraan kan aligneren. Bovendien: bij welke andere onderneming zouden de „gelijkwaardige" activiteiten moeten worden gezocht?

57. In de schriftelijke en mondelinge opmerkingen wijzen verzoeksters in het hoofdgeding erop dat er in het Verenigd Koninkrijk nog steeds aanzienlijke beloningsverschillen bestaan tussen bedrijfstakken waar overwegend vrouwen werken en bedrijfstakken waar dat niet het geval is. Ik vind geen aanleiding om de juistheid van hieromtrent naar voren gebrachte gegevens in twijfel te trekken. Ook ben ik het met verzoeksters eens dat deze situatie strijdig kan blijken met de strekking van artikel 141 EG. De poging die zij doen om met een beroep op de rechtstreekse werking van dit artikel tegen dergelijke verschillen in beloningsverhoudingen op te treden, kan echter niet slagen. De veel bredere dan louter juridische analyse die nodig is bij het rechttrekken van deze structurele anomalieën, vergt de tussenkomst van de partners bij collectieve overeenkomsten, of, bij ontstentenis daarvan, die van de nationale wetgever. Ik merk nog op dat artikel 141 EG ook de gemeenschapswetgever een rechtsbasis biedt om de nationale wetgevers expliciet daartoe te verplichten.

58. De hierboven aangeduide grenzen die het Hof aan de rechtstreekse werking van artikel 141 EG stelt leiden mij echter tot de conclusie dat het individuele beroep op dit artikel niet de strekking kan hebben om

incidentele en structurele beloningsverschillen, waarvoor de verantwoordelijkheid tot verschillende bronnen is te herleiden, recht te trekken.

59. De bijzondere omstandigheden die aan deze prejudiciële vragen ten grondslag liggen, geven geen aanleiding om ten aanzien daarvan de bestaande jurisprudentie van het Hof te verfijnen of te differentiëren. Indien een reorganisatie van de publieke dienst ertoe leidt dat bepaalde van haar bestaande activiteiten worden overgenomen door marktpartijen, kan dat naar haar aard consequenties hebben voor de arbeidsvoorwaarden van de betrokken werknemers. Weliswaar kunnen zij tegen bepaalde sociale consequenties van zo'n overgang worden beschermd, zoals dat door richtlijn 77/187 wordt beoogd, maar artikel 141 EG is daarvoor niet bedoeld. Deze bepaling is daarvoor ook ongeschikt: zouden vrouwelijke werknemers de hypothetische bescherming die zij eraan zouden kunnen ontlenen, verliezen, indien de overgedragen activiteiten „gemengde" activiteiten waren?

60. Evenmin snijdt hout de stelling dat zij in de nieuwe context exact dezelfde werkzaamheden verrichten als daarvoor en dat de Council onverminderd verantwoordelijk blijft voor de verstrekking van schoolmaaltijden en het schoonhouden van schoolgebouwen. Die publieke verantwoordelijkheid staat immers los van de vraag wie de feitelijke diensten levert en wie verantwoordelijk is voor de werknemers die deze diensten produceren. Zij impliceert geen verantwoordelijkheid voor de arbeidsvoorwaarden in de ondernemingen die de door de Council ingekochte diensten leveren.

61. Het argument dat uiteindelijk de door de Council zelf geleverde diensten en de aan haar geleverde diensten uit dezelfde bron worden gefinancierd, acht ik zonder meer onhoudbaar. Overheden kopen op grote schaal goederen en diensten in. Van de Council kan niet worden gevergd dat zij bij de uitbesteding van bepaalde diensten aan de desbetreffende leveranciers de verplichting oplegt dat de arbeidsvoorwaarden daar voor vrouwen gelijk blijven aan die van de mannen die bij haar gelijkwaardig arbeid verrichten. A fortiori kan met dit argument niet van de huidige werkgevers worden verlangd dat zij de arbeidsvoorwaarden voor vrouwen die zij in dienst hebben blijven aligneren aan die van mannen welke bij de Council gelijkwaardige arbeid verrichten.

62. Ik concludeer derhalve dat artikel 141 EG in het onderhavige geval geen rechtstreekse werking toekomt. Gezien deze conclusie behoeft de tweede vraag geen beantwoording.

VI — Conclusie

63. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de eerste vraag van de Court of Appeal (England & Wales) als volgt te antwoorden:

„Artikel 141 EG heeft, in een situatie als die aan het hoofdgeding ten grondslag ligt, geen rechtstreekse werking in dier voege dat verzoeksters in dat geding daarop een beroep kunnen doen bij hun vordering dat zij dezelfde beloning van hun huidige werkgevers moeten ontvangen als mannelijke werknemers bij hun vorige werkgever die dezelfde of gelijkwaardige arbeid verrichten."