2. **Het beginsel van gelijke beloning, bedoeld in artikel 119, is van toepassing in een geval waarin vaststaat dat een vrouwelijke werknemer, gelet op de aard van haar werkzaamheden, een lagere beloning ontvangt dan een mannelijke werknemer die vóór de aanstelling van het vrouwelijke personeelslid in dienst was en voor de werkgever dezelfde werkzaamheden verrichtte.**

Kutscher O'Keeffe Touffait Mertens de Wilmars Pescatore

Mackenzie Stuart Bosco Koopmans Due

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 27 maart 1980.

De griffier
A. Van Houtte

De president
H. Kutscher

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL F. CAPOTORTI VAN 28 FEBRUARI 1980 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De onderhavige zaak biedt het Hof gelegenheid nogmaals stil te staan bij de belangwekkende kwestie van de gelijke beloning van mannen en vrouwen als bedoeld in artikel 119 van het Verdrag van Rome, die ook in het welbekende arrest Defrenne van 8 april 1976 (Jurispr. 1976, blz. 456) reeds ter sprake kwam.

De feiten zijn van eenvoudige aard. De Engelse vennootschap Macarthys die zich op de groothandel in farmaceutische produkten toelegt, heeft aan de heer McCullough, hoofd van een harer magazijnen, een salaris van £ 60 per week betaald. Nadat de post vier maanden lang vacant geweest was, werd mevrouw Wendy Smith in de vacature benoemd met toekenning van een weekloon van £ 50. Mevrouw Smith wendde zich toen met een beroep op de Equal Pay Act van 1970 tot het Industrial Tribunal te Londen; zij wenste voor recht te zien verklaard dat zij aanspraak mocht maken op eenzelfde bezoldiging als aan haar voorganger was uitbetaald.

In zijn vonnis van 27 juni 1977 overwoog de geadieerde rechterlijke instan-

1 — Vertaald uit het Italiaans.

tie, zij het onder opmerking dat de aan verzoekster toevertrouwde taken niet precies dezelfde waren waarmede haar voorganger belast was geweest (onder meer zou zij, anders dan de heer McCullough, met het onderhoud der voertuigen geen bemoeienis hebben gehad), dat mevrouw Smith in hoofdzaak „gelijke" werkzaamheden — in de zin van artikel 1 (4) van de Equal Pay Act — te verrichten had als de heer McCullough, zodat ook haar bezoldiging op dezelfde wijze diende te worden berekend, te meer waar haar de medewerking was ontzegd van de beide plaatsvervangende magazijnchefs van wier diensten haar voorganger gebruik had kunnen maken.

De uitspraak werd in hoger beroep bevestigd door het Employment Appeal Tribunal, dat wel overwoog dat er geen sprake kon zijn van een letterlijke uitlegging van de Equal Pay Act, die het recht op een gelijke behandeling slechts toekent voor het geval dat er bij dezelfde onderneming tegelijkertijd mannelijke en vrouwelijke werknemers tewerk gesteld zijn, terwijl het bij de vergelijking van hun positie aankomt op de werkelijk door hen verrichte werkzaamheden (en niet op de daaraan in abstracto toegekende kwalificatie). Zulk een niet-letterlijke kwalificatie achtte de beroepsrechter nodig ten einde de onbillijke resultaten waartoe men anders zou zijn gekomen, te vermijden, en ook om niet in strijd te geraken met het communautair beginsel van gelijke beloning van werknemers van beiderlei kunne voor „gelijke arbeid", zoals dat in artikel 119 van het Verdrag van Rome wordt gehuldigd.

Toen de zaak in derde instantie diende bij het Court of Appeal, heeft de firma Macarthys bepleit dat men zich aan de letter van de Equal Pay Act zou houden, terwijl de raadslieden van mevrouw Smith een uitlegging van het nationale recht in overeenstemming met het gemeenschapsrecht bepleitten, waartoe zij niet slechts genoemd artikel 119 van het Verdrag inriepen, doch ook artikel 1 van richtlijn nr. 75/117/EEG 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. Volgens laatstgenoemde bepaling houdt „het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, neergelegd in artikel 119 van het Verdrag . . ., . . . 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."

Bij beschikking van 6 augustus 1979 heeft het Court of Appeal te Londen ons Hof vier vragen gesteld betreffende de uitlegging van het gemeenschapsrecht, waarbij het erom gaat of het beginsel van gelijke beloning ook geldt voor een situatie als waarin mevrouw Wendy Smith zich bevond.

2. In de eerste plaats wenst het Court of Appeal te weten of het beginsel van gelijke beloning van werknemers van beiderlei kunne „voor gelijke arbeid" in de zin van artikel 119 van het EEG-Verdrag en artikel 1 van 's Raads voornoemde richtlijn alleen geldt voor gevallen waarin de betrokken werknemers van beiderlei kunne in een en dezelfde onderneming tegelijkertijd hetzelfde werk verrichten.

Een beperking van de toepasselijkheid van het beginsel van artikel 119 als in de vraag bedoeld, zou geen rechtvaardiging vinden in de letter der bepaling, die aan haar toepasselijkheid geen andere voorwaarde stelt dan dat het om dezelfde ar-

beidsprestatie moet gaan en niet van gelijktijdigheid rept. Ook in genoemd arrest Defrenne van 8 april 1976, waarin de rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 119 werd bevestigd, ging het om ongelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid, in dezelfde onderneming verricht (r.o. 21-23) en wordt de gelijktijdigheidseis niet gesteld.

Zulk een beperking zou ook niet in de lijn liggen van de doelstellingen van artikel 119. Volgens het arrest Defrenne (r.o. 7-11) is „het doel van artikel 119 tweeërlei". „Gezien de ongelijke ontwikkeling van de sociale wetgeving in de verschillende Lid-Staten [moet] artikel 119 enerzijds ... voorkomen dat wat de mededinging binnen de Gemeenschap betreft, ondernemingen in staten die het beginsel van gelijke beloning metterdaad toepassen, in een ongunstiger positie geraken ten opzichte van ondernemingen in staten die de loondiscriminatie ten nadele van vrouwelijke werknemers nog niet hebben afgeschaft", terwijl „anderzijds deze bepaling de uitdrukking is van de sociale doelstellingen van de Gemeenschap, die immers niet slechts een economische unie is, maar tevens overeenkomstig de preambule van het Verdrag door gemeenschappelijk optreden de sociale vooruitgang en een voortdurende verbetering van de omstandigheden waaronder de volkeren van Europa leven en werken, moet verzekeren."

De Commissie heeft er terecht op gewezen dat een onderneming die, door mannelijke werknemers door vrouwelijke werknemers te vervangen, minder aan salarissen zou behoeven uit te geven, een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel zou behalen ten opzichte van ondernemingen die voor de desbetreffende werkzaamheden tegelijkertijd mannen en vrouwen in dienst hebben. En zou een verschillend bezoldigingspeil in een en hetzelfde bedrijf voor gelijke arbeid in verschillende tijdvakken verricht, alleen door verschil in kunne worden veroorzaakt, dan zou er van discriminatie van vrouwelijke werknemers en van „voortrekken" van mannelijke werknemers mogen worden gesproken, hetgeen ten duidelijkste in strijd zou zijn met de sociale doelstellingen der hierbedoelde bepaling.

De Engelse regering heeft ten processe betoogd dat men, om bedoeld beginsel van artikel 119 op eenzelfde, in verschillende tijdvakken verrichte arbeid te kunnen toepassen, de bij de afbakening der tijdvakken in aanmerking te nemen criteria en de bij de vergelijking aan te houden referentieperiode in de wet had moeten vastleggen. Bij gebreke van een en ander zou artikel 119 niet op niet-gelijktijdig verrichte werkzaamheden kunnen worden toegepast. Tot staving van haar stelling heeft de Engelse regering gewezen op het door het Hof, alweer in het arrest Defrenne, gemaakte onderscheid tussen „enerzijds rechtstreekse en openlijke discriminaties, die reeds met behulp van de in genoemd artikel vermelde criteria voor gelijke arbeid en gelijke beloning als zodanig zijn te herkennen, en anderzijds zijdelingse en verkapte discriminaties, die slechts met behulp van verduidelijkende — communautaire dan wel nationale — toepassingsbepalingen kunnen worden opgespoord" (r.o. 16-18). Maar bij het maken van dit onderscheid en bij het doen gelden van de overweging dat het beginsel van artikel 119 op tot de tweede groep behorende discriminaties niet rechtstreeks kan worden toe-

gepast, heeft het Hof met name gedacht aan gevallen waarin de arbeidsprestaties van mannen en vrouwen onmogelijk met elkander kunnen worden vergeleken, bijvoorbeeld wanneer de discriminatie zich niet in een zelfde bedrijf, maar binnen gehele industriële sectoren — met een geheel of nagenoeg geheel vrouwelijk personeelsbestand — voordoet, om maar helemaal niet te spreken van schijnbare discriminaties, verband houdende met de restricties, aan de tewerkstelling van vrouwen op specifieke posten of bepaalde arbeidsniveaus gesteld. Aan de rechtstreekse vergelijkbaarheid van de werkzaamheden, door werknemers van beiderlei kunne in hetzelfde bedrijf verricht, doet evenwel niet af dat hun arbeidsprestaties in verschillende tijdvakken werden verricht; en als de rechter heeft uit te maken of er van „gelijke arbeid" in de zin van artikel 119, eerste alinea, sprake is, heeft hij aan preciseringen van de wetgever geen behoefte.

Voor een oordeel dienaangaande behoeven er slechts, van geval tot geval, feitelijke elementen te worden vastgesteld, anders gezegd: de door werknemers van beiderlei kunne verrichte taken moeten met elkander worden vergeleken. En in zoverre is artikel 119 in de zin van het arrest Defrenne (r.o. 16-18) stellig rechtstreeks van toepassing.

Moeilijkheden kunnen er rijzen, wanneer er tussen de beide in aanmerking te nemen arbeidsperioden zoveel tijd verstreken is, en eo ipso de algemene economische omstandigheden en de bijzondere omstandigheden in het betrokken bedrijf zich zodanig hebben gewijzigd, dat de in beide gevallen toegekende beloningen redelijkerwijze niet met elkander kunnen worden vergeleken. Een restrictiever loonbeleid kan van de ene dag op de andere in de salarissen doorwerken. Maar in zulke gevallen zou het verschil in behandeling in bedoelde wijziging van de algemene en bijzondere economische omstandigheden een rechtvaardiging vinden, zodat er van een ongerechtvaardigde of willekeurige discriminatie bij de beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers niet langer zou mogen worden gesproken. Ook in zoverre komt het op het oordeel van de rechter a quo aan; het mag er bijvoorbeeld voor worden gehouden, dat een onderneming die wil aantonen dat de economische omstandigheden haar dwongen aan een werkneemster een geringer loon uit te keren dan haar voorganger ontving mag komen aandragen met gegevens, het algemeen salarisniveau binnen of ook buiten de onderneming betreffende. Ik merk en passant op dat er in casu voor de verwijzende rechter geen andere factoren een rol spelen dan het feit dat mevrouw Smith, met haar voorganger vergeleken, een geringere beloning ontving, ofschoon de aan ieder hunner toevertrouwde taken vrijwel dezelfde waren.

Op grond van een en ander acht ik het uitgesloten, dat het beginsel van een gelijke beloning, zonder discriminatie naar kunne, voor dezelfde arbeid, binnen dezelfde onderneming verricht (in de zin van artikel 119 van het EEG-Verdrag) slechts zou gelden voor gevallen waarin de arbeid door mannelijke en vrouwelijke werknemers gelijktijdig wordt verricht.

3. In de tweede plaats wenst het Court of Appeal, voor het geval dat de eerste vraag in ontkennende zin mocht worden beantwoord, te weten of het beginsel van gelijke beloning kan worden ingeroepen door een werkneemster die aantoont dat zij voor haar werk een lagere beloning ontvangt dan een man in haar plaats zou hebben ontvangen als hij voor de werk-

gever gelijke arbeid had verricht, dan wel een lagere beloning dan een mannelijke werknemer kreeg die in dienst was geweest voordat zij in dienst was en die gelijke arbeid voor die werkgever had verricht.

Het op de vorige vraag gegeven antwoord brengt mijns inziens logischerwijze mede dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. De hypothetische vergelijking tussen de beloning van de werkneemster en de beloning die *zou zijn betaald* aan een in haar plaats tewerk gestelde werknemer, leidde ten processe tot een debat. Zulk een vergelijking is echter zonder meer mogelijk, zodra er kan worden gerefereerd aan de beloning welke gewoonlijk voor hetzelfde werk, in dezelfde onderneming verricht, aan mannelijke werknemers werd uitbetaald of in uitzicht gesteld.

Ik merkte reeds op dat artikel 119 ter sprake mag worden gebracht, voor zover het verschil in behandeling zijn oorzaak vindt in verschil in kunne. Dit betekent dat de enkele vaststelling van een verschil in behandeling, op kosten van de werkneemster, die minder loon ontvangt dan een mannelijke werknemer voor dezelfde arbeid in hetzelfde bedrijf ontving of had kunnen ontvangen, nog niet meer dan het vermoeden ener verboden discriminatie kan wettigen.

Behalve voormelde mogelijkheid dat het verschil in behandeling met de gewijzigde algemene of bijzondere economische omstandigheden te maken heeft, zou de verschillende bezoldiging van een vrouwelijke werknemer die de plaats van een mannelijke werknemer heeft ingenomen, ook — in meer specifieke zin — te maken kunnen hebben met de persoonlijke omstandigheden van elk van beide werknemers; misschien kon de andere werknemer op een grotere anciënniteit bogen. In zulke omstandigheden zou een verschillende bezoldiging gerechtvaardigd zijn, ook al mochten beide betrokkenen tegelijkertijd hun dienstbetrekking vervullen.

Een ander bijzonder geval doet zich voor, wanneer de directie van een onderneming meent bepaalde, tevoren aan mannen opgedragen maar niet aan hun niveau beantwoordende werkzaamheden anders te moeten waarderen. Of die werkzaamheden te hoog waren aangeslagen, is wederom een feitelijke kwestie, waarvoor de rechter in het bodemgeschil met behulp van objectieve referentiepunten (zoals de situatie in andere tot dezelfde bedrijfstak behorende ondernemingen, of de inschaling van werkzaamheden als hier bedoeld in collectieve arbeidsovereenkomsten) een oplossing zal moeten zoeken. Het gaat er maar om, dat de lagere bezoldiging haar oorzaak vindt in omstandigheden die met het geslacht der werknemers niets uitstaande hebben. Een onderneming die zich met het verwijt van loondiscriminatie geconfronteerd ziet, zal zich ten exceptieve op dergelijke omstandigheden hebben te beroepen; het meest overtuigend is haar bewijslevering natuurlijk wanneer zij erin slaagt aan te tonen dat de salarisverlaging ook een mannelijk werknemer, geroepen zijn voorganger op te volgen, zou hebben getroffen.

4. De derde vraag van de nationale rechter, op haar beurt gesteld voor het geval dat de zojuist besproken vraag in bevestigende zin mocht worden beantwoord, is of dat antwoord „afhankelijk" is van de inhoud van artikel 1 van 's Raads richtlijn nr. 75/117.

Ik stond hiervoor reeds bij de inhoud van dat artikel stil. Het hangt kennelijk ten nauwste met artikel 119 van het Verdrag van Rome samen; het geeft er uitvoering aan, doch vult het ook aan in dier voege dat er behalve van „gelijke arbeid" ook van arbeid van „gelijke waarde" wordt gesproken (in de lijn van

artikel 2 van Verdrag nr. 100 van de International Labor Organization). Omdat artikel 1 van richtlijn nr. 75/117 in zoverre een novum bevat, kan men zich afvragen of de oplossing van het probleem dat in de tweede vraag aan de orde wordt gesteld, van dit artikel — en niet alleen van artikel 119 — afhankelijk is. Het lijdt voor mij geen twijfel dat de vraag ontkennend moet worden beantwoord: op grond van artikel 119 alleen heb ik het uitgesloten geacht het beginsel ener gelijke beloning alleen te doen gelden voor werkzaamheden, tegelijkertijd door mannelijke en vrouwelijke werknemers in dezelfde onderneming verricht. Met andere woorden: mijn opvatting is in het geheel niet beïnvloed door de omstandigheid dat het hierbedoelde beginsel thans, krachtens genoemde richtlijn, ook geldt voor twee als gelijkwaardig te beschouwen taken; onafhankelijk van die aanvulling, dat wil zeggen: ook als zij er niet zou zijn gekomen, zou ik het hiervoor besproken standpunt verdedigen, ja gegrond achten.

Het rechtscollege dat in Engeland in eerste aanleg had recht te spreken — en, althans impliciet, ook het college dat in tweede instantie van de zaak kennis nam — hebben in casu de arbeid van mevrouw Smith goeddeels dezelfde („broadly similar") geacht als — en de haar opgedragen taken goeddeels gelijk te stellen („broadly comparable") met — die van de vroegere magazijnchef. Zij vonden hierin aanleiding artikel 1, lid 4, van de Equal Pay Act toepasselijk te achten, waarbij zij, naar ik in de aanvang opmerkte, zich niet gebonden hebben geacht aan de door de wet gewilde beperking der vergelijking tot twee tegelijkertijd vervulde betrekkingen —; deze opvatting vindt ook haar neerslag in de formulering van de eerste vraag van het Court of Appeal, waaraan in de tweede vraag wordt gerefereerd. Het oordeel over de vraag of er van gelijke of soortgelijke arbeid sprake is, blijft aan de rechter a quo voorbehouden. Ik zou hier aan alleen de algemene opmerking willen toevoegen, dat de uit 's Raads richtlijn 75/117 sprekende tendens aan artikel 119 van het Verdrag van Rome een extensieve uitlegging en toepassing te geven, een niet-restrictieve interpretatie van de in die bepaling gebezigde term „gelijke arbeid" rechtvaardigt. Ik ben dan ook van mening dat deze woorden in die zin zijn te verstaan, dat er twee in vergaande mate op elkander gelijkende, ofschoon niet volledig identieke werkkringen onder kunnen worden gebracht.

Het ontkennende antwoord, dat ik dus op de derde vraag zou willen geven, brengt mede dat de vierde en laatste vraag, die door de Engelse rechters alleen gesteld werd voor het geval dat vraag drie in bevestigende zin mocht worden beantwoord, zonder voorwerp is geraakt.

5. Ik kom tot de slotsom dat het Hof de prejudiciële vragen, door het Court of Appeal te Londen bij beschikking van 6 augustus 1979 gesteld, als volgt dient te beantwoorden:

1. Het in artikel 119 van het EEG-Verdrag omschreven beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid zonder discriminatie naar kunne, geldt niet slechts in gevallen waarin mannelijke en vrouwelijke personeelsleden van dezelfde onderneming tegelijkertijd tewerk gesteld zijn;

2. Genoemd beginsel geldt dus ook voor gevallen waarin een werkneemster kan aantonen dat zij van haar werkgever voor haar werk een lagere beloning ontvangt dan een mannelijke werknemer tevoren ontving, dan wel een lagere beloning dan zij zou hebben kunnen krijgen, indien zij in dezelfde onderneming en voor dezelfde arbeid gelijktijdig tewerk gesteld geweest was, met dien verstande dat het verschil in behandeling geen objectieve rechtvaardiging mag vinden in redenen die met het verschil van kunne niets uitstaande hebben;

3. In geval van „gelijke arbeid" — waaronder twee in hoge mate op elkander gelijkende werkkringen vallen — berust de bevestigende beantwoording van voorgaande vragen op artikel 119 van het Verdrag van Rome en is dat antwoord niet van artikel 1 van richtlijn nr. 75/117 van de Raad afhankelijk.