ANGESTELLTENBETRIEBSRAT DER WIENER GEBIETSKRANKENKASSE

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. COSMAS van 19 januari 1999 *

Inhoudsoverzicht

I — Inleiding ..... I - 2867

II — De toepasselijke bepalingen ..... I - 2868

A — Communautaire bepalingen ..... I - 2868

B — Nationale bepalingen ..... I - 2869

III — De feiten ..... I - 2871

IV — Prejudiciële vragen ..... I - 2873

V — Antwoorden op de prejudiciële vragen ..... I - 2875

A — Voorafgaande opmerkingen ..... I - 2875

B — De eerste vraag ..... I - 2877

C — De zesde vraag ..... I - 2887

D — De tweede vraag ..... I - 2892

E — De derde, de vierde en de vijfde vraag ..... I - 2896

F — De zevende vraag ..... I - 2903

VI — Conclusie ..... I - 2906

I — Inleiding

1. Bij het onderhavige krachtens artikel 177 EG-Verdrag geformuleerde verzoek om een prejudiciële beslissing stelt het Oberlandesgericht Wien (Oostenrijk) het Hof zeven prejudiciële vragen over de uitlegging van artikel 119 EG-Verdrag 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. [1] De aan het Hof gestelde vragen betreffen in wezen de uitlegging van de begrippen „gelijke arbeid" en „zelfde functie", alsmede het bepalen van de groepen die moeten worden

* Oorspronkelijke taal: Grieks.

1 — PB L 45, blz. 19.

vergeleken om uit te maken, of er sprake is van indirecte discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers ter zake van beloning.

II — De toepasselijke bepalingen

A — *Communautaire bepalingen*

2. Artikel 119, eerste alinea, van het Verdrag bepaalt:

„Iedere lidstaat verzekert gedurende de eerste etappe en handhaaft vervolgens de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid."

3. In artikel 119, derde alinea, van het Verdrag wordt bepaald:

„Gelijkheid van beloning zonder onderscheid naar kunne houdt in:

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

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

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

„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.

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."

5. In artikel 4 van de richtlijn wordt bepaald:

„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."

B — *Nationale bepalingen*

6. Blijkens de verwijzingsbeschikking en de bij het Hof ingediende opmerkingen zijn in Oostenrijk overeenkomstig het Allgemeine Sozialversicherungsgesetz (hierna: „ASVG") de bepalingen betreffende de arbeidsvoorwaarden en de pensioenregeling van de personeelsleden van de socialezekerheidsorganen neergelegd in Dienstordnungen, die de vorm hebben van collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten door het Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger. Volgens § 460 ASVG is voor een afwijking van die bepalingen de schriftelijke goedkeuring van dit Hauptverband vereist.

Dienstordnung A (hierna: „DO. A") is van toepassing op de administratieve medewerkers, het verplegend personeel en de tandtechnici van de socialezekerheidsorganen.

De in § 37 DO. A neergelegde tabel waarin de administratieve medewerkers worden ingedeeld naar gelang van hun salariscategorie, vermeldt onder het „hoger kader", categorie F, rang I, de „psychologen die bevoegd zijn het beroep van psycholoog als zelfstandige uit te oefenen (Gesundheitspsychologen und klinische Psychologen)". De andere psychologen vallen onder het „middenkader", categorie E, rang III. Bij § 38 DO. A, betreffende het verplegend personeel, worden de psychotherapeuten ingedeeld in categorie C, rang II.

Dienstordnung B (hierna: „DO. B") geldt voor alle door de socialezekerheidsorganen tewerkgestelde artsen en tandartsen (§ 1, lid 1). De in ziekenhuizen tewerkgestelde artsenspecialisten die bevoegd zijn hun beroep als zelfstandige uit te oefenen, worden ingedeeld in categorie B III.

Ter vergelijking: in 1995 bedroeg de basisbezoldiging van een arts van categorie B III tussen 42 194 ÖS en 73 457 ÖS naar gelang van de anciënniteit, en die van een administratieve medewerker van categorie F, rang I, tussen 24 796 ÖS en 51 996 ÖS naar gelang van de anciënniteit.

Bovendien bedraagt de wekelijkse arbeidsduur van de door de Wiener Gebietskrankenkasse tewerkgestelde artsen 36 uur, terwijl die van de andere werknemers 40 uur bedraagt.

Bovengenoemde collectieve arbeidsovereenkomsten bevatten gedetailleerde bepalingen betreffende de arbeidsbetrekkingen, en bepalen onder meer, dat de werknemers onder bepaalde voorwaarden, waaronder een diensttijd van 10 jaar, in vaste dienst worden aangesteld.

7. Het Psychotherapiegesetz [2] geeft een definitie van het begrip psychotherapie [3] en bepaalt de voorwaarden voor de uitoefening van het beroep van psychotherapeut. [4]

Het Ärztegesetz (hierna: „ÄrzteG") [5] omschrijft de aard van de activiteiten die onder het beroep van arts vallen [6], en bepaalt de voorwaarden voor de uitoefening van dit beroep. [7]

Het Psychologengesetz [8] omschrijft de inhoud van het beroep van psycho-

2 — Bundesgesetz über die Ausübung der Psychotherapie, *BGBl* nr. 361/1990.

3 — Psychotherapie wordt daarin omschreven als het op basis van een in het kader van een algemene en bijzondere opleiding verworven kennis volledig, methodiek en gestructureerd behandelen van gedragsstoornissen en psychopathologische ziektebeelden te wijten aan psychosociale of psychosomatische factoren, met wetenschappelijk-psychotherapeutische methoden in het kader van een interactie tussen een of meer patiënten en een of meer psychotherapeuten met het doel bestaande symptomen te verminderen of weg te werken, pathologische gedragingen en houdingen te veranderen en de rijpheid, ontwikkeling en gezondheid van de patiënten te bevorderen (§ 1).

4 — Voor de uitoefening van het beroep van psychotherapeut is geen voltooide studie vereist, maar wel een algemene opleiding (psychotherapeutische propedeuse) bestaande uit een theoretisch gedeelte van in totaal ten minste 765 uur en een praktisch gedeelte van ten minste 550 uur. De daarnaast vereiste opleiding (psychotherapeutische specialisatie) omvat een theoretisch gedeelte van ten minste 300 uur en een praktisch gedeelte van ten minste 1 600 uur. Voor de uitoefening van het beroep is naast bepaalde kwalificaties (zie § 10, lid 2, sub 5-9) inschrijving in het psychotherapeutenregister vereist (§ 17). Toelating om het beroep op grond van het Psychologengesetz uit te oefenen, kan niet uitsluitend worden verkregen door personen die aan deze bepalingen voldoen (§ 24, lid 3).

5 — Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte, *BGBl.* nr. 373/1984.

6 — Het gaat met name om alle op medisch-wetenschappelijke inzichten gebaseerde activiteiten die rechtstreeks of indirect op of ten behoeve van mensen worden verricht, en onder meer om de diagnose en behandeling van geesteszieken en depressies (§ 1, lid 2, sub 1, juncto sub 3, ÄrzteG). Deze activiteiten omvatten dus ook de uitoefening van de psychotherapie.

7 — Voor de uitoefening van het beroep van arts-specialist is vereist: een studie geneeskunde; een praktijkopleiding van ten minste zes jaar, die tot in de details is geregeld; en thans ook het slagen voor een specialistenexamen (§ 5 ÄrzteG).

8 — Bundesgesetz über die Führung der Berufsbezeichnung „Psychologe" oder „Psychologin" und über die Ausübung des psychologischen Berufes im Bereich des Gesundheitswesens, *BGBl.* nr. 360/1990.

loog [9] en bepaalt de voorwaarden voor de uitoefening ervan. [10]

III — De feiten

8. Het geschil tussen partijen in het hoofdgeding, te weten de Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (hierna: „Angestelltenbetriebsrat") en de Wiener Gebietskrankenkasse (hierna: „Gebietskrankenkasse"), betreft de beloning van psychologen met een doctorstitel die als psychotherapeut voor de Gebietskrankenkasse werken.

9. Blijkens de opmerkingen van verweerster in het hoofdgeding is de Wiener Gebietskrankenkasse een van de 28 Oostenrijkse socialezekerheidsorganen, hetgeen niet wordt betwist. Voor het vervullen van haar taak, de uitvoering van de wettelijke ziekteverzekering van de werknemers die op grond van een particuliere arbeidsovereenkomst in het Bundesland Wien zijn tewerkgesteld, maakt de Gebietskrankenkasse onder andere gebruik van een groot aantal poliklinieken. Vele daarvan bieden de aangeslotenen rechtstreeks psychotherapeutische behandeling door werknemers van de Gebietskrankenkasse. Die poliklinieken worden ook door andere socialezekerheidsorganen gebruikt.

10. De Gebietskrankenkasse heeft drie categorieën psychotherapeuten in dienst: a) gediplomeerde artsen met een voltooide huisartsen- of specialistenopleiding, die uiteraard veel ruimer is dan de opleiding in de psychotherapie, b) gediplomeerde psychologen die bevoegd zijn het beroep van psycholoog als zelfstandige uit te oefenen (Gesundheitspsychologen und klinische Psychologen) en uiteraard ook voldoen aan de in het Psychotherapiegesetz gestelde voorwaarden voor de uitoefening van het beroep van psychotherapeut, en c) psychotherapeuten die artsen noch psychologen zijn, maar de in het Psychotherapiegesetz bedoelde opleiding hebben gevolgd. In de praktijk sluit de Gebietskrankenkasse blijkbaar verschillende collectieve arbeidsovereenkomsten met elk van bovengenoemde categorieën naar gelang van hun „opleiding", terwijl uit de verwijzingsbeschikking blijkt, dat alle betrokken werknemers dezelfde psychotherapeutische activiteit uitoefenen.

11. De Angestelltenbetriebsrat verzocht het Arbeits- und Sozialgericht Wien vast te stellen, dat op de betrekkingen tussen de Gebietskrankenkasse en de op 1 december 1994 bij dit orgaan werkzame psychotherapeuten met een met een doctordiploma afgesloten studie psychologie DO. B van toepassing is, en dat die psychotherapeuten in de in die Dienstordnung bedoelde beroepscategorie B III moeten

9 — De uitoefening van het beroep van psycholoog in de gezondheidssector omvat het op de grondslag van de kennis die tijdens de in het betrokken Bundesgesetz bedoelde specialisatie is verworven, analyseren, interpreteren, veranderen en voorspellen van de ervaringen en gedragingen van de mens met toepassing van psychologisch-wetenschappelijke inzichten en methoden.

10 — Gediplomeerde psychologen moeten na hun studie een gespecialiseerde theoretische opleiding van 160 uur en een gespecialiseerde praktijkopleiding van 1 480 uur volgen, waarbij dan nog een praktijkstage van 120 uur komt.

worden ingedeeld en de overeenkomstige beloning moeten ontvangen, omdat enerzijds de betrokken psychotherapeuten in wezen dezelfde werkzaamheid verrichten als de artsen-psychotherapeuten, een werkzaamheid waarvoor de Gebietskrankenkasse dezelfde prijs aanrekent, en anderzijds vooral vrouwen worden getroffen door de op geen enkele objectieve grond berustende toekenning van een lagere beloning aan de psychotherapeuten met een studie psychologie.

12. De Gebietskrankenkasse vorderde afwijzing van die vordering. Als verweer voerde zij vooral aan, dat de verschillende indeling van die twee categorieën berust op de omstandigheid dat zij een verschillende opleiding en kwalificatie hebben, dat de psychologen met een doctorstitel die de psychotherapie beoefenen — en die geen arts zijn — in elk geval een hogere beloning krijgen dan alle houders van een universitair diploma die geen leidende functie uitoefenen, en dat de indeling van deze psychotherapeuten in de categorie waarin zij volgens de Angestelltenbetriebsrat zouden moeten worden ingedeeld, er uiteindelijk op zou neerkomen, dat zij worden gelijkgesteld met artsen-specialisten. Verder stelde zij, dat de betrokken psychologen geen minderheid vormen ten opzichte van de artsen die de psychotherapie beoefenen, en dat zij geen typisch vrouwelijk beroep uitoefenen. Dat binnen de Gebietskrankenkasse meer vrouwelijke dan mannelijke psychologen als psychotherapeut werkzaam zijn, is zuiver toeval, en in de poliklinieken van de Gebietskrankenkasse zijn doorgaans meer vrouwen dan mannen als arts werkzaam.

13. De rechter in eerste aanleg wees de vordering af, op grond dat het Gleichbehandlungsgesetz van 1979 niet allerlei differentiaties binnen de beroepscategorieën regelt, maar alleen de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het beroepsleven. Verder oordeelde hij, dat de Gebietskrankenkasse bij de aanstelling van artsen en psychologen geen onderscheid op grond van het geslacht maakte, dat het verschillend aantal mannen en vrouwen onder de psychologen een zuiver toeval was, en dat er bijgevolg geen sprake was van schending van het beginsel van gelijke behandeling noch van schending van artikel 119 van het Verdrag en van de op dat artikel gebaseerde communautaire richtlijnen. Ten slotte oordeelde hij, dat het verschil in behandeling tussen de artsen en de psychologen met een doctorsdiploma in elk geval was gebaseerd op de door eerstgenoemden uitgeoefende functies, aangezien de artsen, die als artsen-specialisten zijn aangeworven, in noodgevallen ook verplicht zijn andere medische handelingen te stellen, hetgeen de psychologen kunnen noch mogen doen.

14. Van deze uitspraak van de rechter in eerste aanleg kwam de Angestelltenbetriebsrat in hoger beroep bij het Oberlandesgericht Wien, dat heeft vastgesteld dat partijen het eens waren over de volgende feiten:

— de Gebietskrankenkasse heeft in totaal 248 artsen, waaronder 135 vrouwen, in dienst;

— in de polikliniek „Ambulatorium Mariahilf" heeft de Gebietskrankenkasse 6 psychologen, waaronder 5 vrouwen, en 6 artsen, waaronder 1 vrouw, als psychotherapeut in dienst;

— van de in totaal 34 bij de socialezekerheidsorganen werkzame psychotherapeuten zijn er 10 arts en 24 gediplomeerd psycholoog. Onder de 24 als psychotherapeut werkzame gediplomeerde psychologen zijn er 18 vrouwen, terwijl er onder de als psychotherapeut werkzame artsen slechts 2 vrouwen zijn;

— voor heel Oostenrijk waren er op 9 april 1996 1 425 mannen en 2 338 vrouwen als psychotherapeut met een studie psychologie in de beroepsregisters ingeschreven. [11]

11 — Volgens de door de Gebietskrankenkasse in haar schriftelijke opmerkingen verstrekte cijfers zijn er in Oostenrijk bij de 28 socialezekerheidsorganen en bij het Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger 29 633 personen werkzaam, waaronder 18 634 (62,88 %) vrouwen. De socialezekerheidsorganen hebben in totaal 1 932 artsen in dienst. 536 artsen werken in poliklinieken; 260 daarvan (48,51 %) zijn vrouwen. De socialezekerheidsorganen hebben in totaal 50 psychologen in dienst. 14 psychologen werken in poliklinieken en 13 daarvan (92,86 %) zijn vrouwen. Ten slotte heeft de Gebietskrankenkasse tijdens de mondelinge behandeling verklaard — en die verklaringen zijn door de andere partijen niet betwist — dat 50 % of 51 % van de bij de socialezekerheidsorganen werkzame artsen vrouwen zijn.

IV — Prejudiciële vragen

15. Van oordeel dat voor de oplossing van het geschil de uitlegging van een aantal communautaire bepalingen nodig is, heeft het Oberlandesgericht Wien de behandeling van de zaak geschorst en het Hof bij beschikking van 5 mei 1997 de volgende vragen gesteld:

„1) Is er ook sprake van ‚gelijke arbeid' of van een ‚zelfde functie' in de zin van artikel 119 EG-Verdrag of richtlijn 75/117/EEG wanneer dezelfde werkzaamheid gedurende langere tijd (verschillende salarisperiodes) wordt uitgeoefend door werknemers die niet dezelfde bevoegdheid hebben om hun beroep uit te oefenen?

2) Is het voor de beoordeling van het bestaan van een discriminatie in de zin van artikel 119 EG-Verdrag respectievelijk richtlijn 75/117/EEG eveneens van doorslaggevend belang, of

a) de beloning enkel wordt bepaald door de partijen bij de arbeidsovereenkomst, respectievelijk het hen vrijstaat, collectieve regelingen daarin over te nemen,

b) algemene regelingen (collectieve arbeidsovereenkomsten) minimumbeloningen voor alle werknemers van een sector bindend voorschrijven, dan wel

c) de beloningen bindend en uitputtend door collectieve arbeidsovereenkomsten worden geregeld?

3) Wanneer in een collectieve arbeidsovereenkomst die een uitputtende regeling betreffende de beloning bevat, de beloning voor een gelijke of gelijkwaardige werkzaamheid wordt gedifferentieerd naar gelang van de bevoegdheid tot de uitoefening van het beroep, dient dan bij de samenstelling van referentiegroepen ter beoordeling van de eventuele discriminerende werking van een maatregel te worden uitgegaan van

a) de concreet in de onderneming van de werkgever werkzame werknemers,

b) de werknemers die onder de collectieve arbeidsovereenkomst vallen,

c) alle personen die bevoegd zijn het beroep uit te oefenen?

4) Moet in een dergelijk geval (de tweede en de derde vraag) de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in de benadeelde groep of in beide groepen in aanmerking worden genomen?

5) Wanneer de concreet beschouwde identieke werkzaamheid van beide beroepsgroepen enkel een onderdeel vormt van de onder de bevoegdverklaring vallende werkzaamheden, dient dan rekening te worden gehouden met

a) alle, met dit type bevoegdverklaring in het betrokken referentiekader (onderneming, collectieve arbeidsovereenkomst — zie de derde vraag) werkzame personen (alle medische specialisten en psychologen),

b) al degenen die concreet voor deze werkzaamheid geschikt zijn (medische specialisten in psychiatrie ...), of

c) enkel degenen die deze concreet identieke werkzaamheid verrichten?

6) Kan in geval van gelijke tewerkstelling in de onderneming een verschillende opleiding een rechtvaardigingsgrond zijn voor een lagere beloning? Is een omvangrijkere bevoegdverklaring, los van de concrete tewerkstelling in de onderneming, een objectief criterium voor een verschillende beloning?

Is dus beslissend, of

a) de beter gesalarieerde groep werknemers in de onderneming ook voor andere werkzaamheden kan worden ingezet, of

b) is daarvoor het concrete bewijs van het verrichten van die andere werkzaamheden vereist?

Is het van belang, dat de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomsten mede in ontslagbescherming voorzien?

7) Vloeit uit artikel 222 EG-Verdrag of uit de overeenkomstige toepassing van artikel 174 EG-Verdrag voort, dat een eventueel uit artikel 119 EG-Verdrag of richtlijn 75/117/EEG af te leiden aanspraak op salariëring volgens een andere (tussen dezelfde partijen gesloten) collectieve arbeidsovereenkomst eerst bestaat vanaf de datum van de beslissing van het Hof van Justitie?"

V — Antwoorden op de prejudiciële vragen

A — *Voorafgaande opmerkingen*

16. Zoals uit de verwijzingsbeschikking en de opmerkingen van partijen blijkt, is de Gebietskrankenkasse een publiekrechtelijke rechtspersoon. Dat niet is gepreciseerd, of de dienstbetrekking van de door de Gebietskrankenkasse als psychotherapeut tewerkgestelde artsen en psychologen onder het privaatrecht dan wel onder het publiekrecht valt, staat niet in de weg aan de toepassing van het in artikel 119 van het Verdrag geformuleerde beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers. [12]

12 — Het Hof heeft overigens geoordeeld, dat dit beginsel ook voor de overheidsdiensten geldt. Zie arrest van 2 oktober 1997, Gerster (C-1/95, Jurispr. blz. I-5253, punten 18 en 19).

17. Verder wordt niet betwist, dat de door de Gebietskrankenkasse als psychotherapeut tewerkgestelde personen wel degelijk verschillend worden beloond naargelang zij arts dan wel psycholoog zijn, en dat dit verschil meer dan nauwelijks merkbaar is. Indien het vastgestelde verschil nauwelijks merkbaar was, zou de behandeling van deze zaak hier eindigen, zouden de statistische gegevens betreffende de betrokken categorieën niet worden onderzocht en zou evenmin worden nagegaan, of dit verschil in beloning objectief gerechtvaardigd kon zijn. [13]

18. Bovendien is het overduidelijk, dat indien er in casu sprake is van discriminatie op grond van het geslacht ter zake van beloning, het slechts kan gaan om indirecte discriminatie, daar in de Dienstordnungen betreffende het statuut van de twee categorieën werknemers, te weten de artsen en psychologen die de psychotherapie beoefenen, het geslacht niet als criterium voor het verschil in beloning wordt aangewend. [14] Wanneer de nationale rechter derhalve een probleem in verband met de toepassing van het in artikel 119 van het Verdrag geformuleerde gelijkheidsbeginsel meent te ontwaren, moet hij de in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde beginselen toepassen om vast te stellen, of er sprake is van een indirecte discriminatie op grond van het geslacht ter zake van beloning. [15]

19. Ten slotte lijken een aantal feitelijke aspecten van deze zaak nadere precisering te vergen. Zo is het voor de analyse van het statuut van de twee betrokken categorieën werknemers absoluut noodzakelijk, na te gaan welke de juiste inhoud is van de dienstbetrekking van elk van deze categorieën, volgens welke criteria de als psychotherapeut werkzame artsen worden uitgekozen, in welk opzicht die keuze verband houdt met een eventuele specialisatie, en of die artsen, eenmaal uitgekozen, alleen als psychotherapeut dan wel ook voor andere taken worden tewerkgesteld. Verder dient te worden nagegaan, zoals overigens ook is opgemerkt door de rechter die in eerste aanleg kennis heeft genomen van het hoofdgeding, om welke reden een orgaan dat de belangen van alle werknemers vertegenwoordigt (de Angestelltenbetriebsrat), opkomt tegen een overeenkomst die is gesloten door andere organen die de belangen van de bij het geding betrokken partijen vertegenwoordigen.

Opgemerkt zij evenwel, dat het vooral aan de nationale rechter staat de nodige toelichtingen te verstrekken, daar hij de specifieke situatie in de betrokken lidstaat beter kent. De aan het Hof voorgelegde vragen hebben echter een algemeen karakter en kunnen worden beantwoord zonder dat bovengenoemde feitenkwesties, die tot de bevoegdheid van de nationale rechter behoren, zijn beslecht. [16]

13 — Zie arrest van 15 december 1994, Helmig e. a. (C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 en C-78/93, Jurispr. blz. I-5727, punten 23, 30 en 32).

14 — Zie aangaande het begrip indirecte discriminatie het arrest Gerster (aangehaald in voetnoot 12, punt 30) en de definitie die daarvan thans wordt gegeven in artikel 2, lid 2, van richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht (PB 1998, L 14, blz. 6).

15 — Zie over deze beginselen mijn conclusie van 14 juli 1997 in de zaak Seymour-Smith en Perez (C-167/97), nog hangende, punten 117 e. v.

16 — Zie arrest van 27 oktober 1993, Enderby (C-127/92, Jurispr. blz. I-5535, punt 10).

B — *De eerste vraag*

20. Met zijn eerste vraag wenst het Oberlandesgericht Wien te vernemen, of de omstandigheid dat het om eenzelfde werkzaamheid gaat, op zichzelf volstaat om te kunnen spreken van „gelijke arbeid" in de zin van artikel 119, eerste alinea, van het Verdrag, of van een „zelfde functie" in de zin van artikel 119, derde alinea, sub b, van het Verdrag, zelfs wanneer die activiteit wordt verricht op basis van een verschillende beroepstitel voortvloeiend uit een verschillende beroepsopleiding, en een van de betrokken categorieën werknemers op grond van de vereiste beroepskwalificatie ook bevoegd is om andere, tot een ruimer domein behorende werkzaamheden te verrichten.

21. Opgemerkt zij, dat het begrip „gelijke arbeid" in de zin van artikel 119, eerste alinea, van het Verdrag, ofschoon het belang van die term aanvankelijk is onderschat [17], van fundamenteel belang is voor de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers. [18] Volgens het beginsel van evenredige gelijkheid is er sprake van een met het gelijkheidsbeginsel strijdige discriminatie wanneer verschillende regels worden toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties. [19] Het beginsel van gelijke beloning, dat een bijzondere uitdrukking van het non-discriminatiebeginsel is, onderstelt derhalve, dat de mannelijke en vrouwelijke werknemers waarop dit beginsel van toepassing is, zich in identieke [20] of althans in vergelijkbare [21] situaties bevinden. Het verrichten van „gelijke arbeid" is uiteraard een fundamentele voorwaarde, niet alleen om twee representatieve categorieën van werknemers en hun respectieve situaties als vergelijkbaar te kunnen beschouwen [22], maar ook voor het bestaan van een discriminatie op grond van het geslacht tussen die categorieën. [23] Om die reden is het verrichten van „gelijke arbeid" overigens volgens het beginsel actori incumbit probatio een wezenlijk onderdeel van het bewijs dat moet worden geleverd door degene die een dergelijke discriminatie stelt. [24]

22. De semantische inhoud van het begrip „gelijke arbeid" in de zin van artikel 119, eerste alinea, van het Verdrag, moet worden aangevuld met het idee van „arbeid waaraan

17 — Volgens advocaat-generaal Trabucchi (zie diens conclusie bij het arrest van 8 april 1976, Defrenne, 43/75, Jurispr. blz. 455, vooral blz. 487): „Wat vervolgens de omschrijving van het begrip ‚gelijke arbeid' betreft, het belang hiervan voor de toepassing van artikel 119 moet niet worden overdreven; een gedeeltelijke verduidelijking ervan is trouwens te vinden in de derde alinea van het artikel, dat behalve van ‚gelijke arbeid' in verband met arbeid in stukloon ook spreekt van een ‚zelfde functie' bij arbeid in tijdloon. Terecht is de opmerking gemaakt dat artikel 119 ‚niet wil bepalen wanneer mannen en vrouwen gelijke arbeid verrichten; het wil slechts verhinderen dat het geslacht van de werknemer op een of andere wijze een rol speelt bij de vaststelling van het loon. Of arbeid eender is of niet, is een feitelijke vraag die in elk concreet geval moet worden beantwoord aan de hand van de taak die aan een man en een vrouw is opgedragen en waarover men zich niet a priori kan uitspreken, net zo min als men a priori kan zeggen dat twee mannen die hetzelfde loon ontvangen, ook gelijke arbeid verrichten' (Levi Sandri, *Commentario CEE*, deel II, blz. 956)."

18 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Lenz bij het arrest Enderby (aangehaald in voetnoot 16, punt 5).

19 — Zie arresten van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 30); 13 februari 1996, Gillespie e. a. (C-342/93, Jurispr. blz. I-475, punt 16), en 2 oktober 1997, Kording (C-100/95, Jurispr. blz. I-5289, punt 14).

20 — Zie arrest van 9 november 1993, Roberts (C-132/92, Jurispr. blz. I-5579, punt 17). Uit de formulering van dit arrest zou kunnen worden afgeleid, dat het om strikt identieke arbeid moet gaan. Die formulering is evenwel niet in overeenstemming met de algemene strekking van de rechtspraak van het Hof. Zie in dit verband de punten 22 en 23 van deze conclusie.

21 — Zie arrest van 31 mei 1995, Royal Copenhagen (C-400/93, Jurispr. blz. I-1275, punt 33).

22 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Lenz bij het arrest van 17 oktober 1989, Danfoss (109/88, Jurispr. blz. 3199, punt 40), en het arrest Royal Copenhagen (aangehaald in voetnoot 21, punten 32 en 33).

23 — Zie arrest Royal Copenhagen (aangehaald in voetnoot 21, punt 40).

24 — Zie arrest Enderby (aangehaald in voetnoot 16, punten 13-19) en de conclusie van advocaat-generaal Lenz bij dit arrest (punten 15-39), alsmede de conclusie van advocaat-generaal Lenz bij het arrest Roberts (aangehaald in voetnoot 20, punten 12 e. v.).

gelijke waarde wordt toegekend" in de zin van artikel 1 van richtlijn 75/117. [25] De uitdrukking „arbeid van gelijke waarde" is ruimer dan „vergelijkbare arbeid" of „zelfde arbeid", daar niet wordt geëist dat het om identieke of vergelijkbare arbeid gaat. Verschillende arbeid kan als vergelijkbaar worden aangemerkt wanneer wordt vastgesteld dat hij dezelfde waarde heeft, zoals bijvoorbeeld bij niet-gemengde arbeid, dat wil zeggen arbeid die niet door beide geslachten kan worden verricht.

23. Opgemerkt zij evenwel, dat het Hof heeft geoordeeld, dat „artikel 1 van richtlijn 75/117 van de Raad, dat in de eerste plaats bedoeld is om de concrete toepassing van het in artikel 119 EEG-Verdrag opgenomen beginsel van gelijke beloning te vergemakkelijken, op generlei wijze de inhoud of strekking van dit beginsel, gelijk het in laatstgenoemde bepaling is omschreven, beïnvloedt". [26] Met andere woorden, het Hof heeft geoordeeld, dat het idee van „arbeid van gelijke waarde" in bovengenoemde zin in het in artikel 119 van het Verdrag gehanteerde begrip „gelijke arbeid" was en is vervat. De wijze waarop dit artikel van het Verdrag door richtlijn 75/117 is uitgelegd, heeft gewoon de noodzaak van een extensieve uitlegging van het begrip „gelijke arbeid" bevestigd. [27]

24. Al is het begrip „gelijkwaardige arbeid" in beginsel ruimer dan het begrip „gelijke arbeid" en al blijkt het fundamentele semantische onderscheid tussen beide uit het geval van arbeid met een verschillend voorwerp maar met dezelfde waarde, toch kan de omgekeerde situatie zich eveneens voordoen: het is logisch mogelijk dat vergelijkbare arbeid niettemin een verschillende waarde heeft. Dit kan het geval zijn wanneer wij ervan uitgaan, dat het begrip „gelijke arbeid" de uitoefening van een „zelfde werkzaamheid" impliceert. Het is dus mogelijk, dat twee werknemers dezelfde werkzaamheid verrichten, maar dat de verstrekte arbeid niettemin een verschillende waarde heeft, hetzij omdat de arbeid onder andere omstandigheden wordt verricht, hetzij omdat de betrokken werknemers een verschillende ervaring of bekwaamheid hebben. [28] Opgemerkt zij in dit verband, dat voor het begrip waarde van de arbeid niet uitsluitend mag worden uitgegaan van de financiële waarde van de verstrekte arbeid, maar dat ook de kwalitatieve waarde ervan in aanmerking moet worden genomen. Al is er in de meeste gevallen overeenstemming tussen de financiële waarde en de kwalitatieve waarde, het is mogelijk dat in bepaalde gevallen om opportuniteitsredenen, bijvoorbeeld om redenen van sociaal beleid, de prijs voor arbeid van verschillende kwaliteit op eenzelfde bedrag wordt vastgesteld.

25. Wanneer is er evenwel sprake van „gelijke arbeid" of „gelijkwaardige arbeid" in de zin van artikel 119, eerste alinea, van het Verdrag?

25 — Richtlijn 75/117 heeft een leemte opgevuld die artikel 119 vertoonde ten opzichte van artikel 2, lid 1, van Verdrag nr. 100 van de Internationale Arbeidsorganisatie (1951) en artikel 4, punt 3, van het Europees Sociaal Handvest (Turijn, 18 oktober 1961), waarin het beginsel van gelijke beloning voor arbeid van gelijke waarde was geformuleerd.

26 — Zie arresten van 31 maart 1981, Jenkins (96/80, Jurispr. blz. 911, punt 22), en 3 december 1987, Newstead (192/85, Jurispr. blz. 4753, punt 20).

27 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Capotorti bij het arrest van 27 maart 1980, Macarthys (129/79, Jurispr. blz. 1275), volgens welke de uitdrukking „gelijke arbeid" in artikel 119 het geval van in vergaande mate vergelijkbaar, zij het niet identiek werk moet omvatten (punt 4, vooral blz. 1296). In elk geval worden sedert het Verdrag van Amsterdam (artikel 1, punt 22) in artikel 119 van het Verdrag uitdrukkelijk de twee begrippen gehanteerd: „1. Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast."

28 — Het verschil in bekwaamheid kan zo groot zijn, dat op grond daarvan wordt aangenomen dat het gaat om een totaal andere arbeid of een totaal andere functie. Zie hieronder, punt 33 van deze conclusie.

26. In de derde alinea van artikel 119 wordt een poging ondernomen om het in de eerste alinea van dit artikel gebruikte begrip „gelijke arbeid" te omschrijven en daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen arbeid in stukloon (sub a) en arbeid in tijdloon (sub b). [29] In het eerste geval neemt het Verdrag de in artikel 119, eerste alinea, gebruikte term „gelijke arbeid" over. In dat geval wordt het gebruik van die term evenwel beïnvloed door de aard van de arbeid in stukloon, waarbij de werknemer geheel of ten dele wordt beloond naar gelang van zijn productiviteit. [30] Daartegenover staat, dat volgens artikel 119, eerste alinea, sub b, het criterium voor de vergelijking van arbeid in tijdloon de „functie" en niet het individueel rendement is.

Het begrip „zelfde functie" is dus een specificatie van het in artikel 119, eerste alinea, van het Verdrag gehanteerde begrip „gelijke arbeid" in het kader van arbeid in tijdloon en kan in elk concreet geval worden omschreven op basis van een objectieve en formele classificatie van de functies, hetzij binnen een dienst of een onderneming, hetzij binnen een bedrijfstak. In dat geval moeten bij de omschrijving van het begrip „gelijke arbeid" dus objectieve criteria worden gehanteerd die een structurele beoordeling van de functies mogelijk maken, en kan de omschrijving niet worden gebaseerd op de financiële tegenprestatie voor het individuele resultaat van de betrokken arbeid. De meeste van die criteria zijn afkomstig uit de indeling van de ambten in de overheidsadministratie en betreffen met name de omstandigheden waaronder de betrokken ambten worden vervuld, de activiteitensector waaronder zij vallen [31], de regeling waaronder zij vallen [32], het hiërarchiek niveau van de ambten, de duur ervan, de vereiste bekwaamheid en kennis, de bekwaamheid van de werknemers uit algemeen oogpunt beschouwd, de anciënniteit van de werknemers, enzovoort. [33]

Voor een coherente uitlegging van artikel 119 van het Verdrag moet derhalve worden uitgegaan van de volgende opvattingen. De in artikel 119, eerste alinea, gehanteerde term „gelijke arbeid" doelt op elke soort arbeid en ziet op de aard en het voorwerp van de ambten of de functies die worden vergeleken. Dezelfde term in de derde alinea, sub a, van dat artikel ziet op het verrichten van arbeid in stukloon en houdt vooral verband met de vergelijking van het individuele arbeidsresultaat. De term „zelfde functie", in de derde alinea, sub b, van dat artikel ziet daarentegen op arbeid in tijdloon en verwijst naar de formele componenten van de verrichte arbeid, dat wil zeggen naar de omstandigheden waaronder hij wordt verricht. Uit een en ander volgt, dat er sprake kan zijn van „gelijke arbeid" in de zin van een gelijke werkzaamheid zonder een „gelijke functie", omdat die werkzaamheid niet onder dezelfde omstandigheden wordt verricht of

29 — De gevolgen van dit onderscheid, dat door het Hof nog niet grondig is onderzocht, moeten worden beoordeeld tegen de achtergrond van de omstandigheid dat er ook gemengde systemen bestaan. Zie ook arrest Royal Copenhagen (aangehaald in voetnoot 21), waarin dat onderscheid wordt behandeld.

30 — Zijn beloning kan een vast gedeelte omvatten, maar het grootste gedeelte ervan is variabel, daar hij wordt beloond naar gelang van het aantal vervaardigde voorwerpen. De beloning van de werknemer is dus op zijn minst voor een deel afhankelijk van het arbeidsresultaat, dat op volstrekt individuele wijze wordt gemeten (zie de conclusie van advocaat-generaal Léger bij het arrest Royal Copenhagen, aangehaald in voetnoot 21, punt 60). In geval van arbeid in stukloon bestaat de vergelijking van de verrichte arbeid dus in de vergelijking van de individuele productiviteit van iedere werknemer.

31 — Zie hieronder, punt 55 van deze conclusie, betreffende de invloed van de bedrijfstak op het antwoord op de vraag, of er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid.

32 — Zie hieronder, de punten 54 e. v. van deze conclusie, betreffende de tweede prejudiciële vraag, waarin het gaat over de gevolgen van de bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten voor het antwoord op de vraag, of er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid.

33 — Zie met betrekking tot de vergelijking van kaderfuncties, de conclusie van advocaat-generaal Lenz bij het arrest Enderby (aangehaald in voetnoot 16, punt 10).

wordt verricht door werknemers met een verschillende bekwaamheid.

27. In dit verband leidt de uitlegging van artikel 119 van het Verdrag in samenhang met richtlijn 75/117 tot de volgende standpunten: naar analogie van het begrippenpaar „gelijke arbeid" en „zelfde functie" moet worden aangenomen, dat er naast het begrip „gelijkwaardige arbeid" ook een begrip „gelijkwaardige functie" bestaat. Dit betekent, dat twee verschillende functies niettemin eenzelfde waarde kunnen hebben. Naar analogie van de hierboven [34] geformuleerde opmerking moet worden aangenomen, dat er sprake kan zijn van gelijke arbeid wanneer werknemers die een verschillende functie bekleden, een gelijke werkzaamheid verrichten. In dat geval zal gelijke arbeid, althans bij een kwalitatieve beoordeling daarvan, niet dezelfde waarde hebben. [35]

28. Aangaande de criteria voor het bepalen of er sprake is van „gelijke arbeid" of „gelijkwaardige arbeid — dan wel, a fortiori, arbeid van hogere waarde —" [36], bestaat er weinig rechtspraak. Dit is vooral te wijten aan het feit dat het Hof in de meeste gevallen waarin het om uitlegging van artikel 119 van het Verdrag werd verzocht, is uitgegaan van het beginsel — een werkhypothese van de nationale rechter zelf — dat de betrokken werknemers gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten. Een typisch voorbeeld daarvan is het arrest Enderby [37], waarin, anders dan de Angestelltenbetriebsrat stelt, geen standpunt is ingenomen over de gelijkwaardigheid van de arbeid van logopedisten en apothekers. [38]

29. Uit het arrest Macarthys [39], een van de weinige arresten waarin het Hof rechtstreeks een standpunt heeft ingenomen over de criteria voor het beoordelen of er sprake is van „gelijke arbeid" of „gelijkwaardige arbeid", blijkt, dat het begrip „gelijke arbeid" een zuiver kwalitatief begrip is, dat uitsluitend betrekking heeft op de aard van de verstrekte arbeid. Dit betekent, dat uitsluitend de door de werknemers verrichte werkzaamheid mag worden gehanteerd als criterium om te beoordelen of er sprake is van „gelijke arbeid" of „gelijkwaardige arbeid". Zoals de Duitse regering in de onderhavige zaak heeft opgemerkt, is er sprake van „gelijke arbeid" wanneer

34 — Zie punt 24 van deze conclusie.

35 — Zie punt 24 van deze conclusie.

36 — Zie arrest van 4 februari 1988, Murphy e. a. (157/86, Jurispr. blz. 673). Het Hof heeft geoordeeld, dat artikel 119 aldus moet worden uitgelegd, dat het ook betrekking heeft op het geval waarin de werknemer die zich op deze bepaling beroept ter verkrijging van gelijke beloning in de zin van deze bepaling, arbeid verricht van hogere waarde dan de arbeid van degene die als vergelijkingsbasis dient (punt 12). De tegenovergestelde uitlegging zou het beginsel van gelijke beloning zijn nuttig effect en zijn inhoud ontnemen (punt 10).

37 — Aangehaald in voetnoot 16.

38 — Zie arrest Enderby (aangehaald in voetnoot 16). Aangezien de nationale rechter vragen van uitlegging van het gemeenschapsrecht had gesteld die niet kennelijk zonder verband waren met de realiteit of het voorwerp van het hoofdgeding, heeft het Hof zich gebaseerd op het door de nationale rechter genomen uitgangspunt, dat het om gelijkwaardige arbeid ging. Het Hof heeft geoordeeld, dat het aan de nationale rechter stond de juistheid van die onderstelling te verifiëren (punten 10-12). Zie ook arrest Danfoss (aangehaald in voetnoot 22). Dienaangaande heeft het Hof zich in het arrest Royal Copenhagen (aangehaald in voetnoot 21) gebaseerd op het door de nationale rechter genomen uitgangspunt, dat er sprake was van gelijkwaardige arbeid, ook al kon aan de geldigheid van dat uitgangspunt worden getwijfeld, zoals advocaat-generaal Léger in zijn conclusie heeft aangegeven (punten 14-17).

39 — Aangehaald in voetnoot 27.

identieke of vergelijkbare arbeid in verschillende functies wordt verricht. [40]

30. Het Hof lijkt zijn in het arrest Macarthys ingenomen standpunt in zijn latere rechtspraak niet op wezenlijke punten te hebben gewijzigd. Het materiële criterium betreffende de inhoud en de aard van de verrichte werkzaamheid lijkt te volstaan om uit te maken, of twee categorieën werknemers gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten. [41] Bovendien is het bij artikel 119 van het Verdrag ingevoerde begrippelijke onderscheid tot op heden niet gepreciseerd in de rechtspraak van het Hof, dat zich in wezen heeft beperkt tot een analyse van de term „gelijke arbeid" [42] in de eerste alinea van artikel 119 en niet de nadruk lijkt te leggen op een stelselmatige analyse van het semantische verschil tussen de uitdrukkingen „gelijke arbeid" en „zelfde functie". [43] Duidelijker uitgedrukt, de orga-

40 — Zie arrest Macarthys (aangehaald in voetnoot 27, punt 11). Aangaande de omstandigheid dat twee arbeidsprestaties op verschillende tijdstippen worden verricht, heeft het Hof geoordeeld, dat in het kader van de discriminaties die onder de rechtstreekse toepassing van artikel 119 van het Verdrag vallen, de omstandigheid dat de vergeleken arbeidsprestaties op verschillende tijdstippen zijn verricht, in beginsel van geen belang is (punt 12). Het valt evenwel niet uit te sluiten, dat een verschil in beloning tussen werknemers die op verschillende tijdstippen eenzelfde functie bekleden, zijn verklaring vindt in factoren die niets te maken hebben met discriminatie op grond van het geslacht, bijvoorbeeld wanneer intussen de economische omstandigheden zijn veranderd of een strikter loonbeleid wordt gevoerd. Dit is een feitenkwestie die ter beoordeling van de nationale rechter staat.
Aangaande de omstandigheid dat de vergeleken ambten op verschillende plaatsen waren vervuld, heeft het Hof in hetzelfde arrest geoordeeld, dat het werk van een mannelijke werknemer en dat van een vrouwelijke werknemer niet kan worden beoordeeld in een zeer algemeen kader waarbij de hele bedrijfstak in aanmerking wordt genomen, maar dat die vergelijking moet gebeuren in het beperkte kader van eenzelfde onderneming van de werkgever op wie het verzoek betrekking heeft. Verder moet die vergelijking gebeuren op basis van de specifieke kenmerken van de betrokken ambten zoals die uit de daadwerkelijk verrichte arbeid voortvloeien (zie arrest Macarthys, aangehaald in voetnoot 27, punten 10, 14, 15 en 16).
Met betrekking tot het geval waarin de vergeleken ambten op verschillende plaatsen worden uitgeoefend, heeft het arrest Macarthys (net als het arrest van 11 maart 1981, Worringham en Humphreys, 69/80, Jurispr. blz. 767; zie ook de conclusie van advocaat-generaal Warner, die de omgekeerde stelling heeft verdedigd) thans niet veel belang meer, daar het is beïnvloed door de rechtspraak die is begonnen met het arrest Defrenne (aangehaald in voetnoot 17), betreffende de rechtstreekse werking van artikel 119. Volgens die rechtspraak heeft artikel 119 alleen rechtstreekse werking in geval van „rechtstreekse en openlijke discriminatie" die reeds met behulp van de in dat artikel vermelde criteria gelijke arbeid en gelijke beloning kan worden vastgesteld, zonder dat die criteria bij wege van communautaire of nationale bepalingen moeten worden geëxpliciteerd. Het Hof heeft overeenkomstig deze rechtspraak die de rechtstreekse werking van artikel 119 tot rechtstreekse discriminaties beperkt, niet aan de hand van een vergelijking van de arbeidsprestaties over hele bedrijfstakken willen onderzoeken of er sprake is van discriminatie, omdat het van oordeel was dat het om indirecte discriminaties ging. Verder heeft het om die reden geoordeeld, dat het niet mogelijk was een vergelijking te maken met een „hypothetische mannelijke werknemer" als referentiepunt (arrest Macarthys, aangehaald in voetnoot 27, punten 14 en 15). De aarzeling van het Hof om de rechtstreekse toepassing van artikel 119 tot indirecte discriminaties uit te breiden, behoort evenwel tot het verleden. Het Hof aanvaardt thans, dat het aan de nationale rechter wordt overgelaten, vast te stellen of er sprake is van indirecte discriminatie. Verder kan op grond van artikel 1, lid 2, van richtlijn 75/117 niet worden uitgesloten, dat de ruimtelijke grenzen waarbinnen de arbeidsprestaties moeten worden vergeleken, worden verruimd wanneer wordt vastgesteld, dat in een bedrijfstak een ongelijke behandeling plaatsvindt krachtens een collectieve arbeidsovereenkomst of een wet. Zie bijvoorbeeld de conclusie van advocaat-generaal VerLoren van Themaat bij het arrest van 30 januari 1985, Commissie/Denemarken (143/83, Jurispr. blz. 427); arrest Jenkins (aangehaald in voetnoot 26); arrest van 7 februari 1991, Nimz (C-184/89, Jurispr. blz. I-297), evenals arresten van 13 juli 1989, Rinner-Kühn (171/88, Jurispr. blz. 2743), en 27 juni 1990, Kowalska (C-33/89, Jurispr. blz. I-2591).

41 — Zie arrest van 1 juli 1986, Rummler (237/85, Jurispr. blz. 2101). Dit arrest verwijst vooral naar objectieve criteria aan de hand waarvan kan worden uitgemaakt, of er sprake is van discriminatie ter zake van beloning. Het beginsel van gelijke beloning waarnaar dit arrest verwijst, eist in wezen, dat de aard van het te verrichten werk objectief in aanmerking wordt genomen. Het daadwerkelijk verrichte werk moet naar zijn aard worden beloond (punt 23). In het arrest Murphy e. a. (aangehaald in voetnoot 36), is de grotere waarde die aan het door een van de twee vergeleken categorieën werknemers verrichte werk wordt toegekend, eveneens op de aard en de inhoud van dit werk gebaseerd.

42 — Zie arrest Macarthys (aangehaald in voetnoot 27, punt 9).

43 — Zo heeft advocaat-generaal Warner in zijn conclusie bij het arrest Jenkins (aangehaald in voetnoot 26) verklaard, dat de uitdrukkingen „gelijke arbeid" en „zelfde functie" geen synoniemen zijn, en dat voltijdwerknemers en deeltijdwerknemers, ook al verrichten zij gelijke arbeid, geen zelfde functie uitoefenen. Deze opmerking hield verband met de voorafgaande vraag, of de voorwaarde van gelijke arbeid was vervuld, een vraag die logischerwijze voorafgaat aan elke andere, aangezien artikel 119 niet van toepassing is wanneer de door de twee categorieën werknemers verrichte arbeid niet als gelijke of gelijkwaardige arbeid kan worden aangemerkt. Het Hof heeft stilzwijgend geoordeeld, dat de omstandigheid dat de ene categorie werknemers voltijds en de andere deeltijds werkte, de vervulling van die voorwaarde niet in de weg stond. Voor het Hof volstond het, dat er sprake was van een „zelfde werkzaamheid", en het heeft niet trachten te achterhalen, of er al dan niet sprake was van een „zelfde functie" (punten 10-15).
In de enige zaak waar een duidelijk onderscheid is gemaakt tussen arbeid in stukloon en arbeid in tijdloon, en waar is geoordeeld dat dit onderscheid van beslissend belang was voor de beoordeling van de gevolgen van de vergelijking van de gemiddelde beloning van twee categorieën werknemers (zie arrest Royal Copenhagen, aangehaald in voetnoot 21, punt 25), heeft het Hof, hoewel het daartoe de gelegenheid had, geen stelselmatige en analytische uitlegging van de in artikel 119 van het Verdrag geformuleerde voorwaarden verricht. Voor het bepalen van de criteria voor het vergelijken van de door de twee categorieën werknemers verrichte arbeid heeft het Hof zich niet op het begrippelijke onderscheid tussen de uitdrukkingen „gelijke arbeid" en „zelfde functie" gebaseerd. Verder heeft het zich cumulatief beroepen op het materiële criterium inzake de aard van de arbeid en het formele criterium inzake de arbeidsomstandigheden, alsmede op het criterium inzake de opleiding van de werknemers, een criterium dat het, blijkens de bewoordingen van het arrest, als verschillend van de twee andere heeft aangemerkt (punten 32, 33 en 42).

nieke en formele aspecten van de arbeid, die verband houden met de lichamelijke en intellectuele bekwaamheid van de werknemer, en de arbeidsomstandigheden worden enkel onderzocht als objectieve criteria die de eventuele toekenning van een verschillende beloning voor gelijke arbeid kunnen rechtvaardigen. [44]

31. Mijns inziens is de verklaring voor die rechtspraak niet alleen te vinden in het feit dat het Hof in arresten in prejudiciële zaken vaak is gebonden aan de door de nationale rechter geformuleerde hypothese inzake het bestaan van gelijke of gelijkwaardige arbeid. De fundamentele verklaring voor die rechtspraak is, dat het Hof zich voor de toepassing van de rechtspraak betreffende de verdeling van de bewijslast in het kader van de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers, grotendeels baseert op de afbakening van de inhoud van het begrip „gelijke arbeid" en van de criteria om te beoordelen of er sprake is van „gelijke arbeid".

Het Hof heeft immers geoordeeld, dat de bewijslast in beginsel rust op degene die discriminatie op grond van het geslacht ter zake van beloning stelt, dat wil zeggen op de werknemer die het slachtoffer van een dergelijke discriminatie meent te zijn. Uit de rechtspraak van het Hof [45] blijkt evenwel ook, dat de bewijslast op de werkgever kan worden gelegd wanneer dat absoluut noodzakelijk blijkt om de werknemer die het slachtoffer is van een schijnbare discriminatie op grond van het geslacht, niet de mogelijkheid te ontnemen het beginsel van gelijke beloning te doen toepassen. [46] In geval van schijnbare discriminatie, dat wil zeggen wanneer een maatregel in de praktijk veel meer personen van een van beide geslachten treft, is het thans de werkgever (of de lidstaat of, in het algemeen, degene die die maatregel heeft vastgesteld) die moet bewijzen dat er objectieve gronden zijn voor het vastgestelde verschil in beloning. [47]

Aangezien de objectieve factoren waarop de werkgever (of, in het algemeen, degene die het gemaakte onderscheid objectief moet rechtvaardigen) zich moet beroepen, geen verband mogen houden met het geslacht, zullen zij dus, volgens de rechtspraak, verband

44 — Aangaande het criterium inzake de werktijd (voltijds of deeltijds), zie bijvoorbeeld het arrest Jenkins (aangehaald in voetnoot 26). Aangaande het criterium inzake de beroepsopleiding, dat ons in casu interesseert, zie het arrest Danfoss (aangehaald in voetnoot 22, punt 23).

45 — Zie arrest Enderby (aangehaald in voetnoot 16, punten 13-19).

46 — Zie ook artikel 4, lid 1, van richtlijn 97/80 (aangehaald in voetnoot 14).

47 — Zo heeft het Hof geoordeeld, dat wanneer een maatregel die onderscheid maakt tussen werknemers naar gelang van hun werktijd, een aanzienlijk groter aantal personen van een van beide geslachten treft, die maatregel als strijdig met de door artikel 119 van het Verdrag nagestreefde doelstellingen moet worden aangemerkt, tenzij de werkgever aantoont, dat die maatregel wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van het geslacht (zie arrest van 13 mei 1986, Bilka, 170/84, Jurispr. blz. 1607, punt 31, en arresten Kowalska, aangehaald in voetnoot 40, punt 16, en Nimz, aangehaald in voetnoot 40, punt 15). Verder heeft het Hof geoordeeld, dat wanneer een onderneming een stelsel van beloning toepast dat wordt gekenmerkt door een volstrekt gebrek aan doorzichtigheid, de werkgever dient te bewijzen, dat zijn beloningspraktijk niet discriminerend is, wanneer een vrouwelijke werknemer met betrekking tot een relatief groot aantal loontrekkenden aantoont, dat de gemiddelde beloning voor vrouwelijke werknemers lager is dan die voor mannelijke werknemers (zie arrest Danfoss, aangehaald in voetnoot 22, punt 16). Het Hof heeft ook verklaard, dat wanneer significante statistische gegevens een aanmerkelijk verschil in beloning laten zien tussen twee gelijkwaardige functies, waarvan de ene nagenoeg uitsluitend door vrouwen en de andere hoofdzakelijk door mannen wordt vervuld, de werkgever (of, meer in het algemeen, degene die het onderscheid moet rechtvaardigen) ingevolge artikel 119 van het Verdrag dient aan te tonen, dat dat verschil is gebaseerd op factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van het geslacht (zie arrest Enderby, aangehaald in voetnoot 16, punt 19).

moeten houden met hetzij de dienst of de onderneming [48], hetzij de arbeidsvoorwaarden [49], hetzij, ten slotte, de dwingende doelstellingen van het sociale beleid van de betrokken lidstaat, voor het bereiken waarvan het verschil in beloning geschikt en noodzakelijk is. [50] Indien evenwel wordt aangenomen, dat de arbeidsvoorwaarden logischerwijze moeten worden onderzocht in het kader van de voorafgaande vraag, of er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid, zullen de objectieve criteria die in de latere fase het verschil in beloning kunnen rechtvaardigen zonder dat opnieuw wordt verwezen naar de factoren die reeds zijn onderzocht om uit te maken of er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid, enkel de criteria zijn die verband houden met hetzij de noden of de specifieke kenmerken van de dienst of de onderneming waar de arbeid wordt verricht [51], hetzij de dwingende doelstellingen van het sociale beleid van de betrokken lidstaat. Met andere woorden, een groot aantal van de tot nog toe als objectief aangemerkte factoren die het verschil in beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers rechtvaardigen en waarvan het bestaan door de werkgever (of de lidstaat, of, meer algemeen, degene op wie de bewijslast rust) moet worden aangetoond, zullen voortaan worden onderzocht in het kader van de voorafgaande vraag, of er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid, in welk kader de werknemer (doorgaans de vrouwelijke werknemer) die discriminatie stelt, de bewijslast draagt. De werkgever die op goede gronden het bestaan van discriminatie ontkent, zal derhalve slechts met een beroep op een van die factoren behoeven te betwisten dat er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid, zonder te moeten aantonen dat die factor een objectieve factor is die niets van doen heeft met discriminatie op grond van het geslacht. Het bestaan alleen van die factor zal meebrengen, dat er sprake is van een verschillend soort arbeid en bijgevolg dat er geen door het in artikel 119 van het Verdrag geformuleerde gelijkheidsbeginsel verboden discriminatie is. [52] Het is duidelijk, dat het in dat geval kan gebeuren, dat het bestaan van een groot aantal „indirecte of verkapte discriminaties" die zijn gebaseerd op neutrale criteria welke verband houden met de arbeidsvoorwaarden of de bekwaamheden van de werknemers, maar in feite personen van één bepaald geslacht treffen, onmogelijk kunnen worden achterhaald, en dat in elk geval een bres wordt geslagen in de rechtspraak betreffende de omkering van de bewijslast en de objectieve rechtvaardiging.

48 — Zie arrest Bilka (aangehaald in voetnoot 47, punt 37).

49 — Zie arrest Danfoss (aangehaald in voetnoot 22) met betrekking tot de anciënniteit, de beroepsopleiding, de flexibiliteit in het algemeen beschouwd en meer specifiek ter zake van de wijzigingen van werktijd en werkplek.

50 — Zie bijvoorbeeld arresten Rinner-Kühn (aangehaald in voetnoot 40, punt 14) arresten Gerster (aangehaald in voetnoot 12, punt 40), en arrest van 6 februari 1996, Lewark (C-457/93, Jurispr. blz. I-243, punt 36). Verder heeft het Hof het op economische ontwikkeling en het creëren van arbeidsplaatsen gerichte beleid als een objectief criterium aangemerkt (zie arrest van 30 november 1993, Kirsammer-Hack, C-189/91, Jurispr. blz. I-6185, punt 33). Het Hof heeft daarentegen niet aanvaard, dat begrotingsoverwegingen objectieve criteria kunnen vormen (arrest van 24 februari 1994, Roks e. a., C-343/92, Jurispr. blz. I-571, punten 35 en 36).

51 — Doch zelfs deze criteria vormen, aangezien zij niet alleen van economische aard zijn en verband kunnen houden met het kader waarin de arbeid wordt verricht, functionele criteria voor de beoordeling van de arbeid, die zouden moeten worden onderzocht in de context van de voorafgaande vraag, of er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid.

32. Gelet op deze overwegingen en op de in de verwijzingsbeschikking van het Oberlandesgericht Wien beschreven feiten, lijkt het Hof ter zake van de eerste prejudiciële vraag drie verschillende uitleggingen te kunnen geven.

52 — Zie hierboven, punt 21 van deze conclusie.

a) Bij de eerste uitlegging kan het Hof zijn rechtspraak Macarthys [53] trouw blijven en oordelen, dat het verrichten van eenzelfde werkzaamheid volstaat om te kunnen spreken van „gelijke arbeid", „gelijkwaardige arbeid" of een „zelfde functie", zelfs ingeval die werkzaamheid wordt verricht krachtens een verschillende beroepstitel voortvloeiend uit een verschillende beroepsopleiding, en een categorie werknemers krachtens de vereiste beroepstitel bevoegd is om ook andere, tot een ruimer domein behorende werkzaamheden te verrichten. Deze oplossing heeft het nadeel dat zij het begrip gelijke arbeid beperkt tot het geval van eenzelfde werkzaamheid en voorbijgaat aan de in artikel 119 van het Verdrag gemaakte semantische onderscheiden. Zij heeft evenwel het voordeel dat de rechtspraak inzake de verdeling van de bewijslast onverlet wordt gelaten. In geval van toepassing van deze oplossing op de feiten van de onderhavige zaak zal worden aangenomen, dat de artsen en psychologen gelijke arbeid verrichten en eenzelfde functie bekleden aangezien zij dezelfde werkzaamheid, namelijk psychotherapie, verrichten op basis van de door het Psychotherapiegesetz voorgeschreven opleiding, mede gelet op de door die wet voorgeschreven opleidingsperioden. In dat geval rijst in feite niet meer de eerste, maar de zesde vraag, zoals zowel de Duitse regering als de Commissie beklemtonen.

b) Bij de tweede uitlegging zal moeten worden aangenomen, dat twee categorieën werknemers die eenzelfde werkzaamheid verrichten, maar een verschillende beroepsopleiding hebben genoten, niet een „zelfde functie" bekleden, ook al verrichten zij gelijke arbeid in de zin van eenzelfde werkzaamheid. Het verschil in beroepsopleiding zou dus een verschil in arbeidsomstandigheden meebrengen, zodat de door elk van beide categorieën personen verrichte arbeid uit economisch of kwalitatief oogpunt niet dezelfde waarde heeft.

Uit het oogpunt van de begrippen is deze uitlegging coherenter dan de vorige. Zij heeft evenwel twee fundamentele nadelen. Enerzijds wordt het bij deze uitlegging onmogelijk geacht, dat personen die een „zelfde functie" bekleden, een beroepsopleiding van verschillend niveau hebben, en anderzijds impliceert deze uitlegging, zoals hierboven is uitgelegd, dat de werkingssfeer van de rechtspraak inzake de bewijslast in het geding wordt gebracht. In geval van toepassing van deze oplossing op de feiten van de onderhavige zaak, zal moeten worden aangenomen, dat aangezien de artsen-psychotherapeuten en de psychologen-psychotherapeuten niet dezelfde opleiding hebben genoten, het probleem van discriminatie niet rijst, omdat die twee categorieën zich niet in dezelfde situatie in de zin van de rechtspraak van het Hof bevinden en geen werkzaamheid van dezelfde waarde verrichten. Indien het Hof die uitlegging volgt, behoeft het niet te antwoorden op de volgende prejudiciële vragen, omdat de toepassing van het in artikel 119 van het Verdrag geformuleerde beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers in dat geval is uitgesloten.

53 — Arrest aangehaald in voetnoot 27.

c) Bij de derde voorgestelde uitlegging moet worden aangenomen, dat het criterium beroepsopleiding dubbel kan worden gebruikt. Het kan worden gebruikt als objectief criterium ter rechtvaardiging van het verschil in beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid, maar ook als criterium voor de vergelijking van de arbeidsprestaties. Die opvatting is bovendien in overeenstemming met het arrest Royal Copenhagen [54], waarin het Hof bij het zoeken naar criteria voor het vergelijken van de situatie van twee categorieën werknemers heeft geoordeeld, dat de opleiding van de werknemers een factor vormt aan de hand waarvan kan worden uitgemaakt, of de werknemers zich in een vergelijkbare situatie bevinden. [55] Aldus heeft het Hof in wezen geoordeeld, dat het criterium beroepsopleiding niet alleen kan worden gebruikt om het verschil in beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid objectief te rechtvaardigen, zoals het in het arrest Danfoss [56] heeft geoordeeld, maar ook als criterium voor de vergelijking van de door twee categorieën werknemers verstrekte arbeidsprestaties. Bovendien bevestigt bovengenoemd arrest uitdrukkelijk, dat alle op de aard van de arbeid en de arbeidsomstandigheden gebaseerde criteria aan de hand waarvan het verschil in beloning objectief kan worden gerechtvaardigd, dubbel kunnen worden gebruikt. In concreto heeft het Hof aanvaard, dat de nationale rechter zich op de aan die criteria ten grondslag liggende feiten baseert, hetzij om uit te maken of de vergeleken arbeidsprestaties dezelfde waarde hebben, hetzij om uit te maken of in voorkomend geval de verschillen inzake beloning objectief zijn en uiteraard niets van doen hebben met discriminatie op grond van het geslacht. [57]

33. Opdat de mogelijkheid van een dubbel gebruik van het criterium beroepsopleiding zin zou hebben, moet evenwel worden aangenomen, dat dit criterium niet dezelfde inhoud heeft bij elk van die twee wijzen van gebruik. De verschillende beroepsopleiding als objectief criterium voor het verschil in beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid kan niet worden gelijkgesteld met de verschillende beroepsopleiding die, wanneer zij wordt vastgesteld, tot de conclusie leidt, dat twee categorieën werknemers geen gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten.

In het eerste geval komt het verschil in beroepsopleiding doorgaans tot uiting in diploma's van verschillend niveau of, meer algemeen, in beroepsopleidingen van verschillend niveau. In dat geval impliceren de diploma's van verschillend niveau niet een zo groot verschil, dat er sprake is van een verschillend beroep of een verschillende functie, maar kunnen zij een verschil in beloning voor gelijke arbeid rechtvaardigen. Dit geval is analoog aan dat van twee werknemers die gelijke arbeid verrichten, maar waarvan de ene wegens zijn

54 — Aangehaald in voetnoot 21.

55 — Zie arrest Royal Copenhagen (aangehaald in voetnoot 21, punten 32 en 33).

56 — Aangehaald in voetnoot 22.

57 — Zie arrest Royal Copenhagen (aangehaald in voetnoot 21, punt 42).

anciënniteit wordt geacht meer ervaring te hebben en beter te zijn toegerust voor de arbeid. Deze omstandigheid rechtvaardigt een overeenkomstige verhoging van zijn beloning, zonder dat dit betekent dat de werknemer verschillende arbeid verricht. [58]

Het is evenwel mogelijk, dat het verschil in niveau van de diploma's zeer groot is of dat het verschil in opleiding niet alleen kwantitatief maar ook kwalitatief is, zodat er sprake is van een verschillende beroepstitel en bijgevolg van arbeid die niet gelijk of gelijkwaardig is aan die van een andere categorie werknemers die niet dezelfde beroepsopleiding hebben. In dat geval kan de *fundamenteel* verschillende beroepsopleiding, om de bewoordingen van de Commissie te gebruiken, impliceren dat arbeid van verschillende aard of inhoud wordt verricht. Het is ook mogelijk, dat de werknemers van de verschillende categorieën in het kader van eenzelfde dienst of van eenzelfde onderneming werkzaamheden van dezelfde aard en met dezelfde inhoud verrichten zonder dat zij gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten of eenzelfde of gelijkwaardige functie bekleden, omdat het fundamentele verschil in beroepsopleiding de waarde van die arbeid en de arbeidsomstandigheden volledig kan veranderen.

34. Het fundamentele karakter van het verschil is, net als alle factoren aan de hand waarvan de verstrekte arbeidsprestaties kunnen worden vergeleken, in elk geval een feitenkwestie die ter beoordeling van de nationale rechter staat. Deze zal zijn oordeel evenwel moeten baseren op het objectieve karakter van dit fundamentele verschil in beroepsopleiding. [59] De omstandigheid dat de verschillende categorieën werknemers een verschillende beroepstitel bezitten, is mijns inziens een legitiem objectief criterium om uit te maken, of er sprake is van een fundamenteel verschil in beroepsopleiding dat tot gevolg heeft, dat de betrokkene volledig verschillende arbeid verricht of een volledig verschillende functie bekleedt. De beroepstitel, die bepalend is voor de taken die aan een werknemer kunnen worden opgedragen en die wordt toegekend aan de hand van criteria die verband houden met de opleiding en de vaardigheden van de werknemer, vormt een wezenlijk element van de arbeid, zoals de Gebietskrankenkasse heeft opgemerkt. Wanneer twee werknemers een verschillende beroepstitel bezitten omdat zij een fundamenteel verschillende beroepsopleiding hebben genoten, volgt daar derhalve uit, dat de verrichte arbeid of de beklede functie verschillend zijn, ook al verrichten die werknemers op het eerste gezicht eenzelfde werkzaamheid. Dit verschil op basis van de verschillende beroepstitel van de betrokken werknemers kan evenwel slechts worden gemaakt wanneer deze zijn aangeworven en diezelfde werkzaamheid verrichten

58 — Zie arrest Danfoss (aangehaald in voetnoot 22). Zoals het Hof in dat arrest heeft beklemtoond, zijn de voorwaarden voor het anciënniteitscriterium niet dezelfde als voor het criterium beroepsopleiding of flexibiliteit ter zake van verschillende werktijden of werkplekken, omdat „anciënniteit en beroepservaring (...) hand in hand gaan en een werknemer met meer beroepservaring in de regel beter is toegerust voor de hem opgedragen werkzaamheden" (punt 24).

59 — Het Hof heeft in de deelneming aan een openbaar vergelijkend onderzoek of in de verschijning voor een nationale commissie een belangrijk criterium gezien voor de beoordeling van de didactische en wetenschappelijke vaardigheden van een bepaalde categorie hoogleraren-onderzoekers. Zie arrest van 20 november 1997, Petrie e. a. (C-90/96, Jurispr. blz. I-6527, punten 47 e. v.).

op basis van hun beroepstitel die met die werkzaamheid verband houdt.

35. In casu blijkt uit de verwijzingsbeschikking, dat de als psychotherapeut werkzame artsen hun beroep van arts en in voorkomend geval de daaraan verbonden functies blijven uitoefenen, anders dan de doctors in de psychologie, die alleen het beroep van psychotherapeut uitoefenen. Zoals de Commissie en de Gebietskrankenkasse overigens in hun opmerkingen verklaren, kunnen de artsen al hun kennis aanwenden om de patiënten te verzorgen en sluit de Gebietskrankenkasse om die reden met hen contracten die onder DO. B vallen, ongeacht welke werkzaamheden zij nu precies verrichten. Uit bovengenoemde feiten, waaromtrent de nationale rechter uiteindelijk de nodige opheldering dient te verstrekken, blijkt derhalve, dat de twee categorieën werknemers, voor zover zij een fundamenteel verschillende beroepsopleiding hebben genoten die tot uiting komt in verschillende beroepstitels, geen gelijke arbeid verrichten en evenmin eenzelfde functie bekleden. Ook al verrichten zij inhoudelijk schijnbaar dezelfde werkzaamheid, te weten het beoefenen van de psychotherapie, zij bezitten fundamenteel verschillende kennis, ervaring en dus therapeutische bekwaamheid, een omstandigheid die van wezenlijk belang is voor de verrichte arbeid. Dat de Gebietskrankenkasse voor die arbeid eenzelfde bedrag in rekening brengt, is niet noodzakelijk in tegenspraak met die vaststelling, daar niets erop wijst, dat die inrekeningbrenging is gebaseerd op de kwaliteit of de reële waarde op de arbeidsmarkt van de door elke categorie van psychotherapeuten verstrekte zorgen, en zij op overwegingen van sociaal beleid kan berusten.

36. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden, dat artikel 119 van het Verdrag [60] aldus moet worden uitgelegd, dat er geen sprake is van „gelijke arbeid" of een „zelfde functie" wanneer werknemers een verschillende beroepstitel bezitten omdat zij een fundamenteel verschillende beroepsopleiding hebben genoten, en over een lange periode (verschillende tijdvakken van beloning) eenzelfde werkzaamheid verrichten, indien die werknemers zijn aangeworven omwille van de beroepstitels en die beroepstitels verband houden met de werkzaamheid die zij verrichten.

37. Wanneer dit voorstel wordt gevolgd, behoeven, gelet op de in de verwijzingsbeschikking beschreven feiten, de andere vragen niet te worden beantwoord, tenzij volledigheidshalve, omdat het probleem van de toepassing van het in artikel 119 van het Verdrag geformuleerde beginsel van gelijke beloning zich niet meer voordoet.

C — *De zesde vraag*

38. Vervolgens behandel ik de zesde vraag, omdat deze verknocht is met de eerste. Het Oberlandesgericht Wien wenst te vernemen,

60 — In mijn antwoord kan worden volstaan met verwijzing naar artikel 119 van het Verdrag en behoeft niet te worden verwezen naar richtlijn 75/117. Zie arrest Murphy e. a. (aangehaald in voetnoot 36, punt 13), alsmede punt 23 van deze conclusie.

of ingeval in het kader van de onderneming eenzelfde werkzaamheid wordt verricht, het verschil in opleiding moet worden aangemerkt als een criterium dat het verschil in beloning rechtvaardigt. Het wenst eveneens te vernemen, of ongeacht de concrete werkzaamheid die de werknemer in het kader van de onderneming verricht, een beroepstitel die verschillende werkzaamheden omvat, als een objectief criterium voor een verschil in beloning moet worden aangemerkt. Dienaangaande rijst de vraag, of beslissend belang moet worden gehecht aan het antwoord op de vraag: a) of de werknemers die de hogere beloning ontvangen, in het kader van de onderneming voor andere arbeidsprestaties kunnen worden ingezet, dan wel b) of behoeft te worden aangetoond, dat die werknemers in casu ook andere arbeidsprestaties verrichten. Ten slotte wenst de verwijzende rechter te vernemen, of de omstandigheid dat de relevante bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst de werknemers tegen ontslag beschermen, ter zake van enig belang is.

39. Om te beginnen zij erop gewezen, dat de door de zesde vraag opgeworpen problemen zich alleen kunnen voordoen wanneer wordt aangenomen, dat de twee categorieën werknemers — in casu de artsen-psychotherapeuten en de psychologen-psychotherapeuten — gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten of eenzelfde functie bekleden. Gelet op de naar aanleiding van de vorige vraag verrichte analyses, is de zesde prejudiciële vraag evenwel slechts relevant in twee gevallen: a) wanneer het Hof de eerste uitlegging volgt, volgens welke het verrichten van eenzelfde werkzaamheid volstaat om te kunnen spreken van „gelijke arbeid" of „gelijkwaardige arbeid" dan wel van een „zelfde functie"; b) wanneer in het kader van de derde uitlegging wordt aangenomen, dat de werknemers van de verschillende categorieën die in dezelfde onderneming met eenzelfde werkzaamheid zijn belast, ook al bezitten zij verschillende beroepstitels, geen fundamenteel verschillende opleiding hebben genoten op grond waarvan moet worden aangenomen dat zij verschillende arbeid verrichten of een verschillende functie bekleden. Volgens de rechtspraak van het Hof [61] staat het in die gevallen uitsluitend aan de nationale rechter om, zonodig met toepassing van het evenredigheidsbeginsel, te beoordelen, of de door de werkgever (of iedere andere persoon op wie de bewijslast rust) aangevoerde gronden ter rechtvaardiging van een schijnbare loondiscriminatie tussen twee categorieën mannelijke en vrouwelijke werknemers of van een salarispraktijk die ongeacht het geslacht van de werknemer wordt toegepast, maar in de praktijk meer vrouwen dan mannen treft, zijn gebaseerd op objectieve criteria voor een verschil in beloning, die niets van doen hebben met discriminatie op grond van het geslacht.

40. Volgens het Hof behoren tot die criteria zowel de beroepsopleiding, in die zin dat de bestbeloonde opleiding van belang is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden, als de flexibiliteit, in die zin dat een loontoeslag wordt gerechtvaardigd door het vermogen om zich aan te passen aan variabele werktijden en werkplekken wanneer de werkgever aantoont dat die flexibiliteit van belang is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke taken, maar niet wanneer dat criterium verband houdt met de kwaliteit van

61 — Zie arresten Enderby (aangehaald in voetnoot 16, punten 18, 19 en 25) en Bilka (aangehaald in voetnoot 47, punten 35 en 36).

het door de werknemer verrichte werk. [62] Het Hof heeft in die zin geoordeeld, ofschoon het van mening was, dat enerzijds niet kon worden uitgesloten dat vrouwelijke werknemers door het criterium beroepsopleiding werden benadeeld voor zover zij minder mogelijkheden hadden gekregen om hetzelfde beroepsopleidingsniveau als hun mannelijke collega's te bereiken, of die mogelijkheden in mindere mate hadden benut, en anderzijds het flexibiliteitscriterium in de zin van het vermogen van de werknemer om zich aan te passen aan variabele werktijden en werkplekken, eveneens in het nadeel kan werken van vrouwelijke werknemers, die, vanwege hun gezinsverplichtingen, hun werktijden minder gemakkelijk kunnen aanpassen dan mannelijke werknemers. [63]

41. Mijns inziens moet het door het Hof in het arrest Danfoss [64] aanvaarde flexibiliteitscriterium ook het vermogen omvatten om zich binnen een onderneming aan te passen aan het verrichten van verschillende werkzaamheden die onder de beroepstitel van de betrokkene vallen. Deze flexibiliteit is uiteraard volstrekt geslachtsneutraal of verschilt althans niet van het flexibiliteitscriterium zoals dat door het Hof reeds is aanvaard. In de lijn van de rechtsoverwegingen van het arrest Danfoss is het voor vrouwen niet moeilijker andere aanverwante werkzaamheden te verrichten dan zich aan variabele werktijden aan te passen, daar het verrichten van verschillende aanverwante werkzaamheden niet noodzakelijk een wijziging van de werktijden impliceert.

42. Er dient uiteraard op te worden gewezen, dat de verschillende onder de beroepstitel vallende aanverwante werkzaamheden ook verband moeten houden met de dienstbetrekking. Met andere woorden, de werknemer moet zijn aangeworven omwille van zijn beroepstitel, dat wil zeggen omwille van de mogelijkheid om in het kader van de onderneming verschillende werkzaamheden te verrichten. In casu dient de nationale rechter derhalve na te gaan, of, zoals de Gebietskrankenkasse tijdens de mondelinge behandeling heeft verklaard, de artsen als arts zijn aangeworven en niet gewoon als arts worden bezoldigd, of zij nu en dan in specifieke inrichtingen waarbij zij zijn gedetacheerd, de psychotherapie beoefenen, en of zij niet uitsluitend als artsen-psychotherapeuten zijn aangeworven. [65]

43. Ten slotte zij erop gewezen, dat het gebruik van het criterium van het vermogen om zich binnen een onderneming aan te passen aan het verrichten van verschillende werkzaamheden, dat op bepalingen betreffende de bescherming van de werknemers tegen ontslag is gebaseerd, niet ingaat tegen de voorwaarde dat het objectieve onderscheidingscriterium verband houdt met werkelijke behoeften van de onderneming. [66] Als werke-

62 — Zie arrest Danfoss (aangehaald in voetnoot 22, punten 17-25). De door het arrest Danfoss gestelde voorwaarden voor toepassing van bovengenoemde criteria omvatten het vereiste dat de criteria niet op veralgemeningen omtrent bepaalde categorieën van werknemers zijn gebaseerd, maar objectief zijn, hetgeen afhangt van de concrete omstandigheden van elk geval en vooral van hun verband met de aard van de vervulde taken. Zie, wat dit vereiste betreft, arresten Rinner-Kühn (aangehaald in voetnoot 40, punt 14) en Nimz (aangehaald in voetnoot 40, punten 13-15), waarin, anders dan de Angestelltenbetriebsrat stelt, niet wordt ontkend dat de beroepsopleiding een legitiem en objectief criterium is.

63 — Zie arrest Danfoss (aangehaald in voetnoot 22, punten 21 en 23).

64 — Aangehaald in voetnoot 22.

65 — Dienaangaande kan het nuttig zijn, ook in te gaan op de andere problemen die de mogelijkheid om verschillende aanverwante werkzaamheden te verrichten, kan doen rijzen. Zo kan het bijvoorbeeld nuttig zijn, dat de nationale rechter nagaat, of de medische plichtenleer toestaat, dat artsen met een bepaald specialisme (bijvoorbeeld de psychiaters die in casu als psychotherapeut werkzaam zijn) een ander specialisme beoefenen.

66 — Zie arrest Bilka (aangehaald in voetnoot 47, punt 36).

lijke behoeften gelden niet alleen de actuele behoeften, maar ook toekomstige behoeften waarvan evenwel niet zeker is, of zij zich zullen voordoen. In casu heeft de omstandigheid dat de werknemers na tien jaar in vaste dienst worden aangesteld, tot gevolg dat de flexibiliteit van de werknemers en hun vermogen om zich binnen de onderneming aan te passen een zekere toekomstige behoefte is.

44. Is het evenwel van beslissend belang, of de werknemer op elk ogenblik gebruik maakt van alle mogelijkheden die zijn beroepstitel hem biedt?

De rechtspraak van het Hof lijkt geen bevestigend antwoord op die vraag te eisen. Volgens het arrest Danfoss [67] moeten zowel het criterium beroepsopleiding als het criterium vermogen om zich aan variabele werktijden en arbeidsplekken aan te passen van belang zijn voor de uitvoering van de specifieke taken die aan de werknemer worden opgedragen. [68] Dit betekent evenwel niet noodzakelijk, dat in elk geval alle werkzaamheden die op grond van de beroepsopleiding of het vermogen tot aanpassing kunnen worden verricht, ook daadwerkelijk worden uitgeoefend. Zoals ook blijkt uit de conclusie van advocaat-generaal Lenz, betekent de in het arrest Danfoss geformuleerde voorwaarde enkel, dat de beroepsopleiding en het vermogen tot aanpassing objectief gezien verband moeten houden met de overeenkomstige werkzaamheid, dat wil zeggen met de verrichte arbeid. [69]

Verder heeft het Hof in het arrest Macarthys [70] overwogen, dat „in het geval van feitelijke discriminaties die binnen de sfeer van de rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 119 vallen, de vergelijkingen beperkt blijven tot overeenkomstigheden die kunnen worden vastgesteld bij een concrete beoordeling van het werk dat daadwerkelijk door werknemers van verschillend geslacht binnen dezelfde inrichting of dienst wordt verricht". [71] In casu betreft de voorwaarde inzake het daadwerkelijk verrichten van de arbeidsprestaties evenwel niet het in het hoofdgeding gerezen probleem dat ons hier interesseert, maar houdt zij verband met de weigering van het Hof om een vergelijking tussen een vrouwelijke werknemer en een „hypothetische mannelijke werknemer" te laten maken waaruit zou blijken, dat een vrouwelijke werknemer nooit aanspraak kan maken op de beloning die zij zou kunnen eisen indien zij een man was, ook al heeft geen enkele man tot nog toe diezelfde arbeid verricht. In casu dient geen uitspraak te worden gedaan over de kwestie van de „hypothetische mannelijke werknemer", die verband houdt met de specifieke context van het arrest Macarthys [72], maar dient te worden geantwoord op de vraag, of er in de onderneming een mannelijke werknemer is die op grond van zijn beroepsopleiding en vooral van zijn beroepstitel verschillende werkzaamheden kan verrichten die verwant zijn met die welke hij op een bepaald ogenblik verricht.

Mijns inziens vormen dus niet alleen de hogere beroepsopleiding, maar ook de verschillende beroepstitel op grond waarvan verschillende aanverwante werkzaamheden binnen een onderneming kunnen worden verricht, over-

67 — Aangehaald in voetnoot 22.

68 — Zie hierboven, punt 40 van deze conclusie.

69 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Lenz (aangehaald in voetnoot 22, punt 43).

70 — Aangehaald in voetnoot 27.

71 — Punt 15.

72 — Zie hierboven, punt 40 van deze conclusie.

eenkomstig de in het arrest Danfoss [73] geformuleerde voorwaarden een objectief criterium voor een verschil in beloning, ongeacht of de werknemer op elk ogenblik daadwerkelijk gebruikmaakt van alle mogelijkheden die de betrokken beroepstitel hem biedt.

45. Dit standpunt is in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel. Wanneer twee categorieën werknemers die eenzelfde werkzaamheid verrichten, zich, objectief gezien, wat de economische behoeften van de onderneming en de hun opgedragen taken betreft, niet in een vergelijkbare beroepssituatie bevinden, is het op basis van het beginsel van evenredige gelijkheid legitiem, hun een verschillende beloning toe te kennen. Zo is het in casu logisch dat de artsen, voor zover zij krachtens § 21 ÄrzteG verplicht zijn de eerste zorgen te verstrekken, medicijnen kunnen voorschrijven en, zo nodig, naar gelang van hun specialisme in andere gezondheidssectoren kunnen worden tewerkgesteld, een beloning ontvangen die verschilt van die van de psychologen, die in het kader van de verschillende gezondheidszorgen die een ziekenfonds als de Gebietskrankenkasse verstrekt, slechts beperktere taken lijken te kunnen vervullen dan de artsen.

46. Het hierboven ingenomen standpunt wordt ook gerechtvaardigd door opportuniteitsoverwegingen in verband met de arbeidsmarkt. Indien de werknemers die de opleiding noch de beroepstitel bezitten die nodig zijn om verschillende werkzaamheden te verrichten wanneer daar in de onderneming behoefte aan bestaat, hetzelfde loon zouden krijgen als de werknemers die die hoedanigheden wel bezitten, zou dit tot gevolg hebben, dat de onderneming alleen nog werknemers van de tweede categorie zou aanwerven. Waarom zou de Gebietskrankenkasse in de toekomst nog psychologen-psychotherapeuten aanwerven wanneer zij deze hetzelfde loon moet betalen als de artsen zonder dat zij de mogelijkheden hebben die de beroepstitel arts biedt, in plaats van uitsluitend artsen aan te werven die ook de taak van psycholoog kunnen vervullen? In een geval als het onderhavige zou de gelijktrekking van de beloning uiteindelijk negatieve gevolgen hebben voor de categorie werknemers wier beloning aanvankelijk wordt opgetrokken. [74]

47. Voor het geval het Hof het nodig oordeelt de zesde vraag te beantwoorden, geef ik het derhalve in overweging daarop te antwoorden, dat in geval van een schijnbare loondiscriminatie tussen twee categorieën mannelijke en vrouwelijke werknemers of van een salarispraktijk die ongeacht het geslacht

73 — Aangehaald in voetnoot 22.

74 — Uit bovengenoemde overwegingen mag niet worden geconcludeerd, dat de arbeid van de artsen — of hun opleiding — noodzakelijkerwijs van een kwalitatief hoger niveau is dan de arbeid van de psychologen. Dat het om arbeid van verschillende aard gaat, impliceert niet noodzakelijk dat de ene kwalitatief beter is dan de andere. Bovendien is het bekend, dat de psychologen in het kader van de psychotherapie diagnose- en behandelingsmethoden (bijvoorbeeld tests) aanwenden die de psychiaters — en a fortiori de artsen zonder specialisme psychiatrie — doorgaans niet kennen. Bovendien kunnen psychologen waarschijnlijk in de regel ook andere werkzaamheden dan psychotherapie verrichten. In casu is het evenwel van belang, dat de artsen, gelet op de gezondheidsdiensten die een ziekenfonds als de Gebietskrankenkasse aanbiedt, en gelet op hun beroepsopleiding, binnen dat ziekenfonds in een groter aantal sectoren kunnen worden tewerkgesteld, een omstandigheid die hun, zoals de Gebietskrankenkasse opmerkt, ten aanzien van de psychologen een concurrentievoordeel geeft op de arbeidsmarkt. Het staat evenwel aan de nationale rechter, die de toepasselijke nationale bepalingen en de feiten van het hoofdgeding beter kent, te beoordelen, in welke mate de artsen in een groter aantal sectoren kunnen worden tewerkgesteld en een betere concurrentiepositie hebben op de arbeidsmarkt.

van de werknemer wordt toegepast, maar in feite meer vrouwen dan mannen treft:

— de werkgever het verschil in beloning aan de hand van het criterium beroepsopleiding kan rechtvaardigen, wanneer hij aantoont, dat de beroepsopleiding van belang is voor de vervulling van de specifieke taken die de werknemer worden opgedragen;

— de werkgever het verschil in beloning kan rechtvaardigen aan de hand van het criterium beroepstitel die de mogelijkheid biedt verschillende werkzaamheden binnen de onderneming te verrichten, wanneer hij aantoont, dat dit criterium van belang is voor het vervullen van de specifieke taken die aan de werknemer worden opgedragen, of kan beantwoorden aan de behoefte van de onderneming om de werknemers andere werkzaamheden op te dragen dan die welke zij reeds verrichten en die onder de beroepstitel en de dienstbetrekking vallen, rekening houdend met de bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomsten die de werknemers tegen ontslag beschermen.

D — *De tweede vraag*

48. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst het Oberlandesgericht Wien te vernemen, of voor het antwoord op de vraag of er sprake is van discriminatie in de zin van artikel 119 van het Verdrag of van richtlijn 75/117, beslissend belang moet worden gehecht aan het stelsel waarin de collectieve arbeidsovereenkomst betreffende de beloning van de werknemers voorziet (verplicht stelsel, niet-verplicht stelsel of verplicht stelsel met vaststelling van minima).

49. Op het eerste gezicht lijkt, zoals de Commissie in haar opmerkingen heeft verklaard, de keuze tussen die drie stelsels van collectieve arbeidsovereenkomsten geen enkel belang te hebben voor de feiten van deze zaak, omdat de Dienstordnungen zijn vastgesteld in de vorm van collectieve arbeidsovereenkomsten houdende vaststelling van een definitief stelsel van beloningen, dat de verschillende socialezekerheidsorganen in die zin bindt, dat zij daaraan slechts wijzigingen kunnen aanbrengen met schriftelijke goedkeuring van het Hauptverband der österreichischen Socialversicherungsträger, dat de collectieve arbeidsovereenkomsten heeft opgesteld (§ 460 ASVG). [75]

Zelfs al zou de keuze tussen die drie stelsels van collectieve arbeidsovereenkomsten een hypothetisch karakter hebben, het Hof wordt verzocht om een antwoord op de vraag, welke

75 — Zie met betrekking tot de weigering van het Hof om hypothetische vragen te beantwoorden, het arrest van 16 juli 1992, Meilicke (C-83/91, Jurispr. blz. I-4871, punt 25).

gevolgen het verplichte stelsel van de collectieve arbeidsovereenkomsten, dat wil zeggen het in het hoofdgeding aan de orde zijnde stelsel, heeft voor het bestaan van discriminatie. Het Hof wordt dus verzocht, ook de andere stelsels (het niet-verplichte stelsel en het verplichte stelsel met vaststelling van minima) te onderzoeken, daar de analyse van deze stelsels de specifieke kenmerken van het verplichte stelsel beter doet uitkomen. Bijgevolg is het voor het antwoord op de tweede prejudiciële vraag niet relevant, of de betrokken keuze als hypothetisch wordt aangemerkt.

50. Verder zij erop gewezen, dat de wijze waarop de verwijzende rechter de tweede vraag heeft geformuleerd, een aantal problemen doet rijzen. Het is niet heel duidelijk, of de verwijzende rechter wenst te vernemen, of het bestaan van een loondiscriminatie in de zin van artikel 119 van het Verdrag afhangt van de aard van het stelsel van collectieve arbeidsovereenkomsten betreffende de beloning van twee verschillende categorieën werknemers, dan wel of hij wenst te vernemen, of dit stelsel in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling van de parameters voor de vaststelling van een door artikel 119 verboden discriminatie.

51. Op grond van de rechtspraak van het Hof, waarnaar in de verwijzingsbeschikking overigens wordt verwezen, dient de vraag, of er een verband bestaat tussen een discriminatie in de zin van artikel 119 en het stelsel van de collectieve arbeidsovereenkomst, ontkennend te worden beantwoord. Het verbod van discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers geldt niet alleen voor de overheid, maar ook voor alle collectieve arbeidsovereenkomsten betreffende arbeid in loondienst, alsook voor de overeenkomsten tussen particulieren. [76] Het beginsel van de wilsautonomie van de partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst kan dus niet in de weg staan aan de toepassing van het in artikel 119 geformuleerde gelijkheidsbeginsel, ongeacht de aard van het stelsel van de collectieve arbeidsovereenkomst (verplicht stelsel, niet-verplicht stelsel of verplicht stelsel met vaststelling van minima).

52. Voor het geval het Hof derhalve van oordeel is, dat de vraag bovengenoemde betekenis heeft, stel ik voor daarop te antwoorden, dat het voor de vaststelling van een discriminatie in de zin van artikel 119 van het Verdrag of van richtlijn 75/117 niet van beslissend belang is: a) of de beloning uitsluitend door de partijen bij de arbeidsovereenkomst wordt vastgesteld, dat wil zeggen of deze partijen kunnen beslissen daarin bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomsten op te nemen, b) of de verplichte minimumbeloningen worden vastgesteld bij bepalingen die algemeen van toepassing zijn op alle werknemers van een sector (collectieve arbeidsovereenkomsten), dan wel c) of de beloning verplicht en volledig wordt vastgesteld door deze collectieve arbeidsovereenkomsten.

53. Indien het Hof daarentegen overeenkomstig de door mij gesuggereerde uitlegging van mening is, dat de vraag ook betrekking heeft op de gevolgen van het type collectieve

76 — Zie artikel 4 van richtlijn 75/117, aangehaald in punt 4 van deze conclusie. Zie ook arresten Royal Copenhagen (aangehaald in voetnoot 21, punt 45), Defrenne (aangehaald in voetnoot 17, punt 39), Kowalska (aangehaald in voetnoot 40, punt 12), Nimz (aangehaald in voetnoot 40, punt 11) en Enderby (aangehaald in voetnoot 16, punten 22 e. v.). Volgens het arrest van 17 mei 1990, Barber (C-262/88, Jurispr. blz. I-1889, punt 32), verbiedt artikel 119 van het Verdrag elke discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers op het gebied van de beloning, ongeacht het stelsel waarvan deze ongelijkheid het gevolg is.

arbeidsovereenkomst voor het kader waarbinnen de discriminerende voorwaarden zijn vastgesteld, zal het, gelet op de feiten van het hoofdgeding, een aantal preciseringen kunnen verstrekken omtrent de wijze waarop de nationale rechter het in artikel 119 geformuleerde beginsel op de collectieve arbeidsovereenkomsten moet toepassen, preciseringen die van belang zijn voor het hoofdgeding en bovendien ook verband houden met de antwoorden op de andere prejudiciële vragen.

54. Dat de beloning van twee categorieën werknemers bij collectieve arbeidsovereenkomst wordt vastgesteld, heeft gevolgen voor het toepassingskader van het in artikel 119 van het Verdrag geformuleerde beginsel van gelijke beloning. In dat geval moet de nationale rechter verder kijken dan de specifieke gegevens van de onderneming en de onder de collectieve arbeidsovereenkomsten vallende tewerkstellingsgegevens beoordelen. Bovendien houden de partijen bij sectorale collectieve arbeidsovereenkomsten doorgaans voor het bepalen van de beloning niet alleen rekening met de concrete arbeid, maar ook met andere elementen, zoals de algemene of plaatselijke tewerkstelling, de economische behoeften van de ondernemingen van de verschillende sectoren en het belang en de rol van de verschillende vakbonden in die sector. De beloning van de verschillende categorieën werknemers mag dus niet tegen de achtergrond van hun concrete arbeid binnen een onderneming worden beoordeeld, maar moet, zoals de Duitse regering heeft opgemerkt, worden beoordeeld tegen de achtergrond van de formele kenmerken van de arbeid, die eventueel worden bepaald door het werkclassificatiesysteem waarin de collectieve arbeidsovereenkomst in het kader van het loonbeleid voorziet. [77] Deze noodzaak om in plaats van de situatie in de concrete onderneming de bij de collectieve arbeidsovereenkomst vastgestelde loonclassificatie te onderzoeken, is des te groter wanneer de collectieve arbeidsovereenkomst, zoals in casu, voorziet in een bindend en definitief stelsel van beloning dat de werkgever geen enkele mogelijkheid laat om in het kader van de individuele arbeidsovereenkomst enige differentiatie aan te brengen. [78] In dat geval vormt de collectieve arbeidsovereenkomst de bron van de objectieve criteria die de verschillen in beloning kunnen rechtvaardigen. Het Hof heeft immers geoordeeld, dat „de omstandigheid dat de bestanddelen van de beloning via collectieve onderhandelingen dan wel via onderhandelingen op plaatselijk vlak zijn bepaald, voor de nationale rechter een gegeven kan zijn waarmee hij rekening houdt bij de beoordeling van de vraag, of de verschillen in gemiddelde beloning tussen twee groepen werknemers al dan niet het gevolg zijn van objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van het geslacht". [79]

55. Verder kan ook worden gesteld, dat ingeval twee categorieën werknemers ter zake van hun beloning onder twee verschillende collectieve arbeidsovereenkomsten vallen, zij zich waarschijnlijk niet in soortgelijke of vergelijkbare situaties bevinden. Advocaat-

77 — In het arrest Rummler (aangehaald in voetnoot 41, punt 15) is overwogen: „Ook al kan een bepaald criterium (...) in feite mannelijke werknemers bevoordelen (...) bij de vraag of het discriminerend is, dient men uit te gaan van het werkclassificatiesysteem in zijn geheel en daarbij ook de andere criteria die bij de vaststelling van de loonniveaus een rol spelen, in aanmerking te nemen. Een systeem is niet reeds dan discriminerend wanneer een van de criteria ervan verband houdt met eigenschappen die men eerder bij mannen aantreft."

78 — Zie evenwel het arrest van 8 november 1983, Commissie/Verenigd Koninkrijk (165/82, Jurispr. blz. 3431). In dat arrest heeft het Hof geoordeeld, dat de verbindende collectieve arbeidsovereenkomsten ook een grote feitelijke invloed hebben op de arbeidsverhoudingen, omdat zij de rechten van de werknemers bepalen en in het belang van de sociale vrede de grenzen vaststellen waarbinnen de eisen van de ondernemingen moeten blijven.

79 — Zie arrest Royal Copenhagen (aangehaald in voetnoot 21, punt 46).

-generaal Lenz heeft er overigens op gewezen, dat ingeval de beloning bij per sector gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten wordt vastgesteld, de omstandigheid dat de werknemers in twee verschillende sectoren werkzaam zijn, tot de conclusie kan leiden, dat niet is voldaan aan de voorwaarde van gelijke of gelijkwaardige arbeid. [80] In de rechtspraak zijn evenwel een aantal criteria geformuleerd aan de hand waarvan de nationale rechter de omstandigheid dat de gegevens betreffende de beloning van twee categorieën werknemers bij collectieve arbeidsovereenkomsten zijn vastgesteld, dient te beoordelen. Zo heeft het Hof in het arrest Enderby [81] gepreciseerd: „Het feit dat de vaststelling van de betrokken beloningen het resultaat is van collectieve onderhandelingen die voor elk van de betrokken beroepsgroepen afzonderlijk zijn gevoerd en die binnen elk van deze twee groepen geen discriminerend effect hebben gehad, belet niet, dat een schijnbare discriminatie moet worden vastgesteld wanneer die onderhandelingen geleid hebben tot resultaten die een verschil in behandeling tussen twee onder dezelfde werkgever en dezelfde vakbond vallende groepen laten zien. Zo de werkgever zich ter rechtvaardiging van het verschil in beloning kon beroepen op het feit dat er in het kader van elk van die onderhandelingen afzonderlijk geen sprake van discriminatie is geweest, zou hij (...) het beginsel van gelijke beloning gemakkelijk door middel van afzonderlijke onderhandelingen kunnen omzeilen." [82]

56. Zoals de Duitse regering opmerkt, is het van belang dat de nationale rechter nagaat, of de collectieve arbeidsovereenkomsten houdende vaststelling van de loonschalen van bepaalde beroepen, door dezelfde partijen zijn opgesteld. Dat de betrokken collectieve arbeidsovereenkomsten door dezelfde partijen zijn gesloten en dezelfde economische sector betreffen, is absoluut noodzakelijk om te kunnen vaststellen, of de verschillende loonbepalingen van die overeenkomsten vergelijkbaar zijn voor de toepassing van artikel 119 van het Verdrag. In casu blijkt uit de verwijzingsbeschikking, dat alle Dienstordnungen zijn vastgesteld door het Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger en betrekking hebben op dezelfde economische sector, namelijk die van de socialezekerheidsorganen, terwijl beide partijen in het hoofdgeding tijdens de mondelinge behandeling hebben toegegeven, dat de betrokken overeenkomsten door dezelfde partijen waren opgesteld. Het staat evenwel in elk geval aan de nationale rechter, die het rechtskader en de feiten van de bij hem aanhangige zaak het best kent, na te gaan, of bovengenoemde voorwaarden zijn vervuld.

57. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de tweede vraag te beantwoorden als volgt: het verbod van discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers geldt niet alleen voor de overheid, maar moet ook in acht worden genomen bij alle collectieve arbeidsovereenkomsten en bij de overeenkomsten tussen particulieren. Dat de vaststelling van de beloning van twee categorieën werknemers het resultaat is van collectieve onderhandelingen, kan door de nationale rechter evenwel in aanmerking worden genomen als een element voor het beoordelen van de mate waarin de verschillen in beloning te wijten zijn aan objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van het geslacht. Ook het feit dat de verschillende categorieën werknemers onder verschillende collectieve arbeidsovereenkomsten vallen, kan door de nationale rechter in aanmerking

80 — Zie diens conclusie bij het arrest Enderby (aangehaald in voetnoot 16, punten 44-46) en bij het arrest Danfoss (aangehaald in voetnoot 22, punt 46).

81 — Aangehaald in voetnoot 16.

82 — Punt 22.

worden genomen als een element voor het beoordelen van de mate waarin die twee categorieën werknemers kunnen worden geacht in een vergelijkbare situatie te verkeren. Ten slotte kan de nationale rechter inzonderheid rekening houden met het feit, of de collectieve arbeidsovereenkomsten betrekking hebben op dezelfde economische sector, of zij tussen dezelfde partijen zijn gesloten, en of zij voorzien in een verbindend en definitief stelsel van vaststelling van de beloning.

E — *De derde, de vierde en de vijfde vraag*

58. Met zijn derde vraag verzoekt de verwijzende rechter het Hof, te preciseren op welk niveau (dat van de onderneming, dat van de collectieve arbeidsovereenkomst of dat van alle houders van de betrokken beroepstitel) de betrokken categorieën moeten worden vergeleken om na te gaan, of er sprake is van discriminatie, ingeval een collectieve arbeidsovereenkomst houdende definitieve vaststelling van de beloning, voor eenzelfde of een gelijkwaardige werkzaamheid voorziet in een beloning die verschilt naar gelang van de beroepstitel die de werknemers bezitten. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of het aandeel van mannen en vrouwen alleen dient te worden onderzocht in de categorie die het slachtoffer is van de discriminatie, dan wel in beide categorieën. Met zijn vijfde vraag verzoekt de verwijzende rechter het Hof ten slotte, nog steeds in het kader van de door de derde vraag aan de orde gestelde problematiek, te preciseren, welke categorieën op elk niveau dienen te worden vergeleken wanneer de gelijke werkzaamheid die de leden van deze categorieën verrichten, slechts een deel is van de werkzaamheden die onder de beroepstitel vallen. Deze verknochte vragen dienen mijns inziens tezamen te worden behandeld, omdat zij alle betrekking hebben op de structuur en de samenstelling van de groepen die moeten worden vergeleken om na te gaan, of er sprake is van indirecte discriminatie.

59. Om te beginnen enkele algemene opmerkingen. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt, dat de structuur en de samenstelling van de groepen die worden vergeleken om uit te maken of er sprake is van indirecte discriminatie, niet alleen kunnen, maar ook moeten worden onderworpen aan bepaalde voorwaarden. [83] Dit is redelijk, want de vergelijking is slechts nuttig wanneer zij betrekking heeft op representatieve categorieën werknemers; men kan immers niet aanvaarden, dat bij de keuze wordt uitgegaan van de behoeften van de zaak zelf, dat wil zeggen dat de keuze wordt gemaakt om het betoog van de ene of de andere partij te ondersteunen. Hoe dan ook, of de vergelijking nuttig is, is uiteraard een feitenkwestie die tot de bevoegdheid van de nationale rechter behoort [84], hetgeen uiteraard niet eraan in de weg staat, dat het Hof een aantal criteria formuleert aan de hand waarvan de nationale rechter zich een oordeel zal kunnen vormen.

60. Het eerste criterium voor de samenstelling van vergelijkbare categorieën betreft uiter-

83 — Zie arresten Enderby (aangehaald in voetnoot 16, punt 17) en Danfoss (aangehaald in voetnoot 22, punt 16).

84 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Léger bij het arrest Royal Copenhagen (aangehaald in voetnoot 21, punten 28-30).

aard het niveau waarop die samenstelling gebeurt. De rechtspraak van het Hof bevat ter zake geen enkele algemene regel, maar dit niveau wordt bepaald naar gelang van de concrete omstandigheden van elke zaak. Zoals de Duitse regering in haar opmerkingen heeft verklaard, is de werkingssfeer van de regeling die een discriminatie in de zin van artikel 119 van het Verdrag zou kunnen bevatten, van beslissend belang voor het bepalen van dit niveau. Bovendien is het duidelijk, dat het in bovengenoemd artikel geformuleerde beginsel van gelijke beloning moet gelden voor het orgaan dat de omstreden regeling heeft vastgesteld. Wanneer die regeling is neergelegd in een wet, moeten de vergelijkbare groepen derhalve bestaan uit alle werknemers wier beloning door die wet wordt geregeld. Vloeit die regeling voort uit een besluit of uit de praktijk van een bepaalde werkgever, dan moeten de vergeleken groepen bestaan uit alle werknemers van die werkgever.

61. Met betrekking tot het niveau voor de samenstelling van de groepen die moeten worden vergeleken om uit te maken, of er sprake is van discriminatie, zijn overeenkomstig bovengenoemde overwegingen van beslissend belang, de vaststellingen die gelet op de in de verwijzingsbeschikking beschreven feiten omtrent de tweede vraag zijn gedaan. Op grond van de omstandigheid dat de loonschaal van de twee categorieën werknemers, te weten de artsen en de psychologen, bij collectieve arbeidsovereenkomsten is vastgesteld, en dat die collectieve arbeidsovereenkomsten, die zijn gesloten door het Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, overeenkomstig § 460 ASVG verbindend zijn voor de verschillende socialezekerheidsorganen en als Dienstordnungen op deze organen van toepassing zijn, dient te worden geconcludeerd, dat de vergelijkbare categorieën werknemers niet op het niveau van het betrokken orgaan, maar op dat van de betrokken collectieve arbeidsovereenkomsten moeten worden vastgesteld. [85] Zoals de Commissie heeft beklemtoond, zouden, indien wordt uitgegaan van alle werknemers die de betrokken beroepstitel bezitten, de vergeleken groepen zo ongelijksoortig zijn, dat de vergelijking geen enkele zin heeft. Bovendien zou het probleem van de discriminatie zich op dat niveau niet meer voordoen.

62. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de derde vraag te beantwoorden als volgt: ingeval een collectieve arbeidsovereenkomst houdende definitieve vaststelling van de beloning, voor eenzelfde of gelijkwaardige werkzaamheid voorziet in een beloning die verschilt naar gelang van de beroepstitel van de betrokken werknemer, welke beroepstitel het criterium vormt voor de samenstelling van de categorieën die moeten worden vergeleken om uit te maken of een bepaalde maatregel discriminatie oplevert, dient te worden uitgegaan van de werknemers die binnen de werkingssfeer van de collectieve arbeidsovereenkomst vallen.

63. Met betrekking tot de vierde vraag lijken de in de rechtspraak van het Hof gekozen oplossingen op het eerste gezicht van geval tot geval te verschillen, zoals de nationale

85 — Het is evenwel van belang, dat de nationale rechter nagaat, of de betrokken kas of onderneming op specifieke wijze (praktijk, detachering, enz.) bepaalt welke artsen (naar gelang van hun specialisme) of welke psychologen zullen worden aangeworven en de psychotherapie zullen beoefenen, zodat het uiteindelijke verschil in beloning van mannen en vrouwen in wezen daaruit voortvloeit.

rechter in zijn verwijzingsbeschikking vaststelt. Zo heeft het Hof in de zaak Jenkins [86] alleen de gediscrimineerde categorie, te weten de deeltijdwerknemers [87], onderzocht, terwijl het zich in de zaak Enderby [88] heeft gebaseerd op de vergelijking van twee categorieën werknemers, te weten de logopedisten en de apothekers, waarvan de ene bijna uitsluitend uit vrouwen en de andere bijna uitsluitend uit mannen bestond. [89]

Mijns inziens zijn die in de rechtspraak voorkomende verschillen te wijten aan het feit dat het Hof, naar gelang van de gegevens van de zaak, om zich een goed onderbouwde rechtsopvatting te vormen omtrent het bestaan van indirecte discriminatie, geen genoegen neemt met de statistische gegevens betreffende de vergeleken groepen, die uiteraard kunnen fluctueren en in het algemeen niet erg betrouwbaar zijn, maar eist, dat het oordeel ter zake door zo objectief mogelijke gegevens wordt gestaafd. [90] In de zaak Jenkins heeft het Hof geoordeeld, dat er sprake was van discriminatie ten nadele van vrouwen omdat het schijnbaar objectieve criterium van verschil in beloning naar gelang van de werktijd een dergelijke discriminatie kon inhouden daar het voor vrouwen, wegens hun sociale rol, moeilijk is aan het vereiste van een volledige werktijd te voldoen. [91] Die vaststelling, die algemene ervaring weerspiegelt, vormt de objectieve grondslag voor het oordeel betreffende de indirecte discriminatie. Volgens de rechtsoverwegingen van bovengenoemd arrest, kan het in geval van een dergelijke objectief criterium overbodig zijn het aandeel van mannen en vrouwen in de twee categorieën werknemers te onderzoeken. In een dergelijk geval kan de discriminatie, ook al vertoont zij de formele kenmerken van indirecte discriminatie, in wezen als een rechtstreekse discriminatie worden aangemerkt, daar de betrokken beroepscategorie van tevoren door de vennootschappelijke organen op basis van het geslacht sociaal is afgebakend. De nationale rechter kan derhalve volstaan met de vaststelling, dat er binnen een beroep dat naar zijn aard een „vrouwenberoep" is, een discriminatie bestaat, zodat een vergelijking van de twee categorieën overbodig is. [92] Wanneer het bewijs van de indirecte discriminatie evenwel niet uit de aard van de beroepscategorie kan voortvloeien, zoals in de zaak Enderby, zal het „vrouwelijke" of „mannelijke" karakter van het beroep moeten blijken uit de statistische analyse van een van de betrokken categorieën werknemers, welke analyse dan zal worden vergeleken met die van de andere categorie. [93]

86 — Arrest aangehaald in voetnoot 26.

87 — Punten 9 e. v., vooral punt 15. Zie ook arresten (aangehaald in voetnoot 40) Kowalska (punt 16) en Nimz (punt 15). In het arrest Bilka (aangehaald in voetnoot 47, punt 29) is alleen de bevoordeelde categorie, te weten de voltijdwerknemers, onderzocht.

88 — Arrest aangehaald in voetnoot 16.

89 — Punten 15-19; zie ook arrest Royal Copenhagen (aangehaald in voetnoot 21, punt 28).

90 — Zie ook mijn conclusie in de zaak Seymour-Smith en Perez (aangehaald in voetnoot 15, punten 113, 114 en 119). Met betrekking tot het naast elkaar bestaan van de analyse van de statistische gegevens en de analyse van de zo objectief mogelijke gronden voor het verschil in handeling, zie met name het arrest Helmig e. a. (aangehaald in voetnoot 13, punten 23-25, dat verwijst naar het arrest Bilka, aangehaald in voetnoot 47).

91 — Punt 13. Zie arrest Danfoss (aangehaald in voetnoot 22, punt 21).

92 — Volgens het arrest van 8 november 1990, Dekker (C-177/88, Jurispr. blz. I-3941, punten 12 en 17), is er geen vergelijking nodig wanneer het criterium specifiek verband houdt met het geslacht, dat wil zeggen wanneer het bijvoorbeeld nooit op mannen kan worden toegepast (bijvoorbeeld in geval het criterium de zwangerschap is), terwijl een vergelijking wel nodig is wanneer de discriminatie slechts kan worden aangetoond door de verschillende behandeling van mannen en vrouwen te vergelijken.

93 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Lenz bij het arrest Enderby (aangehaald in voetnoot 16, punten 30 en 31).

Anders dan de verwijzende rechter, die in zijn verwijzingsbeschikking heeft geoordeeld, dat wanneer een categorie werknemers uit het oogpunt van de arbeidsvoorwaarden (bijvoorbeeld voltijdwerknemers) als een typisch geval kan worden beschouwd, in beginsel kan worden volstaan met een onderzoek van het aandeel van mannen en vrouwen binnen de onder de discriminatie lijdende categorie, terwijl in alle andere gevallen de twee categorieën dienen te worden vergeleken, ben ik van mening, dat volgens de rechtspraak van het Hof slechts in beginsel kan worden volstaan met een onderzoek van het aandeel van mannen en vrouwen binnen de onder de discriminatie lijdende categorie, wanneer op grond van een objectief gegeven, doorgaans de omstandigheid dat die categorie vooraf sociaal is afgebakend op basis van het geslacht, kan worden geconcludeerd, dat die categorie naar de aard ervan overeenkomt met een zuiver vrouwelijk of mannelijk beroep.

64. Wat er ook van zij, ook in de gevallen waarin het Hof genoegen lijkt te nemen met het onderzoek van de onder de discriminatie lijdende categorie, kan een vergelijking van de gegevens betreffende de twee categorieën niet worden uitgesloten.

65. De noodzaak om het aandeel van mannen en vrouwen binnen de twee categorieën te vergelijken, vloeit eerst en vooral voort uit de omstandigheid dat volgens de rechtspraak van het Hof een bepaling slechts „in principe" in strijd met het beginsel van gelijke behandeling wordt geacht wanneer het percentage vrouwen in de onder de discriminatie lijdende groep hetzij „aanzienlijk groter" is dan het percentage mannen en/of het percentage vrouwen in de bevoordeelde groep „aanzienlijk kleiner" is dan het percentage mannen. [94] Zoals ik in mijn conclusie in de zaak Seymour-Smith en Perez [95] heb beklemtoond, moet ook rekening worden gehouden met de samenstelling van de andere groep om uit te maken of de percentages binnen een groep „aanzienlijk verschillen". De andere groep zal hetzij de omgekeerde tendens vertonen, hetzij identieke percentages opleveren, hetzij dezelfde tendens vertonen maar in zeer afgezwakte vorm. Wanneer het percentage in de twee groepen identiek of nagenoeg identiek is, worden de werknemers van die twee groepen gelijk en niet ongelijk behandeld. [96]

66. Aangezien het bestaan van een indirecte discriminatie op een presumptio juris tantum berust, vormt de omstandigheid dat niet alleen de onder de discriminatie lijdende categorie werknemers, maar ook de bevoordeelde categorie een groter percentage vrouwen telt, logischerwijs een stevig bewijs, dat het gemaakte onderscheid objectief is en niets met discriminatie op grond van het geslacht van doen heeft, een omstandigheid waarop de werkgever zich kan beroepen. [97] Uiteraard kan worden tegengeworpen, dat in dat geval de

94 — Aangaande de categorie voltijdwerknemers, zie arrest Bilka (aangehaald in voetnoot 47, punt 29).

95 — Aangehaald in voetnoot 15.

96 — Zie punt 50 van mijn conclusie in de zaak Seymour-Smith en Perez (aangehaald in voetnoot 15).

97 — Zie arresten (aangehaald in voetnoot 40) Kowalska (punt 16) en Nimz (punt 15).

werkgever en niet de werknemer het aandeel van mannen en vrouwen binnen de tweede categorie moet bewijzen. Het antwoord op de vraag, of in elk geval het aandeel van mannen en vrouwen in de twee categorieën moet worden onderzocht, kan derhalve afhangen van de bewijslast inzake discriminatie. Deze opmerking lijkt evenwel niet in te gaan tegen de principiële noodzaak om het aandeel van mannen en vrouwen binnen de twee categorieën werknemers te vergelijken. Zoals gezegd, bestond er in de gevallen waarin het Hof alleen de gegevens betreffende de onder de discriminatie lijdende categorie heeft onderzocht, een op algemene ervaring gebaseerd objectief bewijs van de indirecte discriminatie, dat overigens meestal de reeds bestaande zekerheid omtrent de gegevens van de statistische analyse van de twee categorieën gewoon bevestigt. Vergelijking van het aandeel van mannen en vrouwen binnen de twee categorieën werknemers is de regel die in alle twijfelgevallen moet worden gevolgd, en het onderzoek van een enkele categorie is de uitzondering. Daarbij komt, dat de vergelijking van het aandeel van mannen en vrouwen binnen de twee categorieën in overeenstemming is met het fundamentele beginsel inzake het bewijs van discriminatie, namelijk dat representatieve categorieën werknemers moeten worden vergeleken, een beginsel dat zich verzet tegen de keuze van een categorie waarvan mag worden aangenomen dat zij is verricht voor de specifieke behoeften van de zaak, dat wil zeggen om het betoog van de ene of de andere partij te ondersteunen.

67. Ongeacht of op grond van objectieve criteria kan worden geconcludeerd, dat een beroep of een criterium uit de aard der zaak een vrouwelijk karakter heeft, is het derhalve nuttig, dat de nationale rechter het aandeel van mannen en vrouwen binnen elk van de betrokken categorieën werknemers vergelijkt. Gelet op het voorgaande ben ik van mening, dat het probleem van de keuze zich in casu niet voordoet. Het beroep van psycholoog-psychotherapeut kan niet op grond van de voorwaarden voor de uitoefening ervan als een uit de aard der zaak zuiver vrouwelijk beroep worden aangemerkt, terwijl het criterium van de beroepstitel van psycholoog of arts in beginsel als geslachtsneutraal kan worden aangemerkt, aangezien voor beide beroepscategorieën een hoge beroepsopleiding is vereist, zodat niet kan worden aangenomen, dat de verschillen tussen beide een gevolg zijn van het feit dat de vrouwelijke werknemers minder mogelijkheden hebben gehad om hetzelfde beroepsopleidingsniveau als hun mannelijke collega's te bereiken of die mogelijkheden in mindere mate hebben benut. [98]

68. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de vierde vraag te beantwoorden als volgt: in een situatie als die welke in de tweede en de derde vraag is beschreven, is het aandeel van mannen en vrouwen binnen de twee categorieën, te weten de onder de discriminatie lijdende categorie en de bevoordeelde categorie, steeds van beslissend belang voor het bewijs van indirecte discriminatie.

69. Na te hebben onderzocht, op welk niveau de vergelijkbare categorieën werknemers

98 — Zie arrest Danfoss (aangehaald in voetnoot 22, punt 23).

moeten worden gezocht, dient de nationale rechter deze categorieën nauwkeurig af te bakenen, een probleem dat in de vijfde prejudiciële vraag van de verwijzende rechter aan de orde wordt gesteld. De criteria voor deze afbakening zijn in de rechtspraak van het Hof grotendeels aangegeven om te voorkomen dat de keuze en de samenstelling van de groepen op toeval berust en om er voor te zorgen dat die groepen kunnen worden vergeleken. Volgens het arrest Royal Copenhagen [99], waarin de eerdere rechtspraak van het Hof wordt gesystematiseerd, houdt „het onderzoek van de vraag of het beginsel van gelijke beloning is nageleefd, [in], dat een vergelijking wordt gemaakt tussen de beloning die aan werknemers van verschillend geslacht voor gelijke arbeid of voor arbeid van gelijke waarde wordt betaald. Wanneer die vergelijking de gemiddelde beloning van twee in stukloon betaalde werknemers betreft, dient zij, wil zij relevant zijn, betrekking te hebben op groepen die elk alle werknemers omvatten die, 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. Voorts dient de vergelijking betrekking te hebben op een relatief groot aantal werknemers [100], dit om te voorkomen dat de vastgestelde verschillen het gevolg zijn van zuiver toevallige of conjuncturele factoren (...) Het staat aan de nationale rechter, de feiten van het hoofdgeding in het licht van deze criteria te beoordelen." [101] Ondanks de formulering van dat arrest, valt niet in te zien waarom die criteria enkel van toepassing zouden zijn op in stukloon betaalde werknemers.

70. In casu moeten de te vergelijken groepen dus aan de hand van bovengenoemde criteria worden samengesteld op het niveau van de werkingssfeer van de algemene collectieve arbeidsovereenkomsten, zoals ik in mijn antwoord op de derde vraag heb verklaard. Volgens het bij de collectieve arbeidsovereenkomsten ingevoerde criterium voor het verschil in beloning, te weten het criterium van de beroepstitel, zijn de twee betrokken categorieën enerzijds die van de psychologen die gerechtigd zijn het beroep van psycholoog als zelfstandige uit te oefenen en in de Oostenrijkse socialezekerheidsorganen werkzaam zijn, en anderzijds die van de artsen die bevoegd zijn het beroep van arts als zelfstandige uit te oefenen en als artsen-specialisten in de Oostenrijkse socialezekerheidsorganen werkzaam zijn. Op het niveau van die twee categorieën, waartussen overeenkomstig de collectieve arbeidsovereenkomsten een verschil in beloning bestaat, dient derhalve het percentage mannelijke en vrouwelijke werknemers te worden onderzocht om na te gaan,

99 — Aangehaald in voetnoot 21.

100 — De vraag naar de vaststelling van een minimumaantal is evenwel niet gesteld. Zie de conclusie van advocaat-generaal Léger bij dat arrest (punt 30).

101 — Punten 32-35. Zie ook het arrest Enderby (aangehaald in voetnoot 16, punt 17).

of er sprake is van discriminatie ter zake van beloning. [102]

71. Het door de vijfde vraag aan de orde gestelde probleem is evenwel niet zo eenvoudig als het er op het eerste gezicht uitziet, omdat niet uit het oog mag worden verloren, dat de vijfde vraag slechts kan rijzen indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord.

Normalerwijze onderstelt de keuze en de samenstelling van de te vergelijken groepen steeds, dat gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt verricht. [103] Om de nationale rechter in staat te stellen de te vergelijken groepen nauwkeuriger af te bakenen, moet dus in beginsel worden aangetoond, dat die groepen gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten. Zoals ik bij de behandeling van de eerste vraag heb verklaard, kan in casu, waar er sprake is van verschillende beroepstitels, het bestaan van gelijke of gelijkwaardige arbeid evenwel slechts worden aangenomen indien de uitoefening van de psychotherapie als eenzelfde werkzaamheid wordt aangemerkt. Het criterium van het verrichten van eenzelfde werkzaamheid zal dus, ook al wordt het in de collectieve arbeidsovereenkomsten niet vermeld, moeten worden gecombineerd met het criterium van het bezit van een bepaalde beroepstitel, om te bereiken dat de betrokken groepen zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Gelet op het voorgaande zal de vergelijking derhalve moeten plaatsvinden tussen, enerzijds, alle psychologen die gerechtigd zijn het beroep van psycholoog als zelfstandige uit te oefenen en als psychotherapeut werkzaam zijn in de Oostenrijkse socialezekerheidsorganen, en anderzijds, alle artsen die gerechtigd zijn het beroep van arts als zelfstandige en als specialist uit te oefenen en als psychotherapeut werkzaam zijn in de Oostenrijkse socialezekerheidsorganen.

102 — Opgemerkt zij, dat ter zake van het niveau van de betrokken categorieën de nodige statistische gegevens niet duidelijk uit de stukken blijken. De stukken bevatten immers geen duidelijke statistische gegevens over het percentage mannelijke en vrouwelijke werknemers onder de gediplomeerde psychologen en de artsen die in de Oostenrijkse socialezekerheidsorganen werkzaam zijn. In haar schriftelijke opmerkingen en tijdens de mondelinge behandeling heeft de Gebietskrankenkasse ter zake een aantal statistieken verstrekt (zie voetnoot 11 van deze conclusie). Het staat evenwel in elk geval aan de nationale rechter, te beoordelen of de statistieken die door partijen zijn aangevoerd om het bestaan van indirecte discriminatie aan te tonen, ter zake dienend zijn (zie arrest Enderby, aangehaald in voetnoot 16, punt 17).
Aangaande de verwarring omtrent de keuze van de ter zake dienende statistieken dient hier evenwel te worden opgemerkt, dat de Commissie weliswaar verklaart dat de categorieën werknemers op het niveau van de collectieve arbeidsovereenkomsten moeten worden vergeleken, doch enerzijds tijdens de mondelinge behandeling de als psychotherapeut werkzame psychologen heeft vergeleken met de artsen in het algemeen, en anderzijds in haar schriftelijke opmerkingen cijfergegevens heeft vergeleken die, wat de artsen betreft, betrekking hebben op alle door de Gebietskrankenkasse tewerkgestelde werknemers, en wat de gediplomeerde psychologen betreft, betrekking hebben op alle werknemers die in de sector van de socialezekerheidsorganen als psychotherapeut werkzaam zijn (zie de schriftelijke opmerkingen van de Commissie, punt 48). Bijgevolg is de conclusie waartoe de Commissie is gekomen, namelijk dat er zowel bij de artsen als bij de psychologen meer vrouwen dan mannen zijn, niet overtuigend, omdat zij niet op ter zake dienende cijfergegevens is gebaseerd.
Daarnaast dient erop te worden gewezen, dat de — hierboven behandelde — bepaling van het niveau waarop de categorieën werknemers moeten worden vergeleken, elke inhoud ontneemt aan de opmerking van de Gebietskrankenkasse, dat de omstandigheid dat het hoofdgeding betrekking heeft op een enkele polikliniek van een enkel socialezekerheidsorgaan en binnen die polikliniek slechts op 6 artsen en 6 psychologen, terwijl de Dienstordnungen betreffende het statuut van de door de socialezekerheidsorganen tewerkgestelde werknemers, van toepassing zijn op in totaal 1 932 artsen, 50 psychologen en 27 651 andere werknemers, significant is ten aanzien van de rechtspraak van het Hof, volgens welke, om uit te maken of het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers is geschonden, de vergelijking betrekking moet hebben op een vrij groot aantal werknemers teneinde uit zuiver toevallige omstandigheden voortvloeiende verschillen uit te sluiten.

103 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Lenz bij het arrest Danfoss (aangehaald in voetnoot 22, punt 40). Zie ook het arrest Royal Copenhagen (aangehaald in voetnoot 21, punten 32 en 33).

Een op het niveau van bovengenoemde categorieën verrichte vergelijking om na te gaan, of er sprake is van loondiscriminatie, zou evenwel niet ter zake dienend zijn. Ter zake van de beloning van de twee categorieën werknemers, te weten de artsen-psychotherapeuten en de psychologen-psychotherapeuten, zijn de numeriek vergeleken categorieën, zoals hierboven is opgemerkt, afgebakend op het niveau van de collectieve arbeidsovereenkomsten, dat wil zeggen op het niveau waar de beloningen definitief zijn vastgesteld. Zo desalniettemin rekening moet worden gehouden met de subcategorieën artsen en psychologen die in de Oostenrijkse socialezekerheidsorganen als psychotherapeut werkzaam zijn, is dit uitsluitend om na te gaan, of er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid. Wanneer de cijfergegevens betreffende dit laatste niveau zouden wijzen op discriminatie ten nadele van vrouwen, zonder dat er analoge cijfergegevens bestaan op het niveau van de collectieve arbeidsovereenkomsten [104], betreft die discriminatie in de praktijk niet de beloning, maar andere aspecten van het werk van de betrokken categorieën. Het zou dus in feite kunnen gaan om een discriminatie op grond van het geslacht ter zake van de keuze, uit de artsen en/of de psychologen, van de personen die al dan niet de psychotherapie beoefenen.

Dienaangaande moet evenwel worden opgemerkt, dat juist dit specifieke aspect van het hoofdgeding, namelijk dat voor het beantwoorden van de vraag of er sprake is van gelijke of gelijkwaardige arbeid, moet worden gekeken naar een ander niveau dan dat waarop de categorieën werknemers worden vergeleken om uit te maken of er sprake is van discriminatie ter zake van beloning, twee dingen bewijst. Enerzijds blijkt daaruit, hoe moeilijk het is om zonder meer aan te nemen, dat twee categorieën werknemers gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten — of eenzelfde functie uitoefenen —, wanneer die twee categorieën toevallig dezelfde werkzaamheid verrichten, zonder dat bepaalde onderdelen van hun verschillend beroepsstatuut buiten beschouwing worden gelaten. Anderzijds toont dit in casu aan, welke ingewikkelde conclusies noodzakelijk zullen zijn indien deze opvatting wordt gevolgd.

72. Onder voorbehoud van die laatste opmerking geef ik het Hof in overweging om, indien het dit nuttig oordeelt, de vijfde vraag te beantwoorden als volgt: ingeval de twee beroepscategorieën eenzelfde werkzaamheid verrichten en die werkzaamheid slechts een van de onder hun beroepstitel vallende werkzaamheden is, moeten alle werknemers die een soortgelijke beroepstitel bezitten en binnen de werkingssfeer van de collectieve arbeidsovereenkomst vallen, in aanmerking worden genomen.

104 — Zoals hierboven is verklaard, bevatten de stukken in casu geen cijfergegevens betreffende het niveau van de collectieve arbeidsovereenkomsten, doch wordt in de verwijzingsbeschikking dienaangaande verklaard, dat van de in totaal 34 personen die in de sector van de socialezekerheidsorganen als psychotherapeut werkzaam zijn, 24 gediplomeerde psychologen zijn, waaronder 18 vrouwen en 6 mannen, en 10 artsen, waaronder 2 vrouwen en 8 mannen. Alleen in de categorie gediplomeerde psychologen-psychotherapeuten is het percentage vrouwen aanzienlijk groter dan het percentage mannen, terwijl in de categorie als psychotherapeut werkzame artsen dit percentage veel kleiner is.

F — *De zevende vraag*

73. Met zijn zevende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te ver-

nemen, of ingeval de toepassing van een bepaalde collectieve arbeidsovereenkomst of van een bepaalde Dienstordnung een door het gemeenschapsrecht verboden discriminatie op grond van het geslacht inhoudt, die discriminatie slechts moet worden beëindigd vanaf het ogenblik waarop zij door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is vastgesteld, dan wel of zij met terugwerkende kracht ongedaan moet worden gemaakt.

74. Volgens vaste rechtspraak verklaart en preciseert de uitlegging die het Hof krachtens de hem bij artikel 177 van het Verdrag verleende bevoegdheid van een voorschrift van gemeenschapsrecht geeft, de betekenis en de strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan. Hieruit volgt, dat het aldus uitgelegde communautaire voorschrift door de rechter ook kan en moet worden toegepast op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan vóór het arrest waarbij op het verzoek om uitlegging is beslist, indien voor het overige is voldaan aan de voorwaarden waaronder een geschil over de toepassing van het door het Hof uitgelegde voorschrift voor de bevoegde rechter kan worden gebracht. [105]

75. Uitzonderingen op die regel worden slechts toegestaan in zeer uitzonderlijke gevallen, waarin het Hof oordeelt, dat de inachtneming van die regel zich niet verdraagt met het rechtszekerheidsbeginsel, een fundamenteel beginsel van het gemeenschapsrecht. Wanneer het Hof onderzoekt, of laatstgenoemd beginsel eist dat de gevolgen van het op het verzoek om uitlegging gewezen arrest in de tijd worden beperkt, gaat het na: a) of er gevaar bestaat voor ernstige financiële gevolgen, inzonderheid wegens het grote aantal op basis van een geldig geachte regeling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, en b) of de particulieren en de nationale autoriteiten in strijd met de communautaire regeling hebben gehandeld als gevolg van een objectieve, grote onzekerheid over de juiste strekking van de door het Hof uitgelegde communautaire voorschriften; wanneer wordt vastgesteld, dat het gedrag van de andere lidstaten of van de Commissie tot het ontstaan of de versterking van die onzekerheid heeft bijgedragen, heeft die omstandigheid bijzondere gevolgen voor het uit te brengen oordeel. [106]

Volgens vaste rechtspraak van het Hof is een dergelijke beperking slechts mogelijk in het arrest waarin de gevraagde uitlegging wordt gegeven. [107] Die beperking geldt evenwel niet voor degenen die vóór die datum een beroep in rechte hebben ingesteld of een daarmee gelijk te stellen bezwaarschrift hebben ingediend. [108]

105 — Zie arrest van 13 februari 1996, Bautiaa en Société française maritime (C-197/94 en C-252/94, Jurispr. blz. I-505, punt 47). Zie ook arresten van 27 maart 1980, Denkavit Italiana (61/79, Jurispr. blz. 1205, punt 16), en Salumi e. a. (66/79, 127/79 en 128/79, Jurispr. blz. 1237, punt 9); 10 juli 1980, Ariete (811/79, Jurispr. blz. 2545, punt 6), en Mireco (826/79, Jurispr. blz. 2559, punt 7); 13 december 1983, Lewis e. a. (222/82, Jurispr. blz. 4083, punt 38); 2 februari 1988, Barra (309/85, Jurispr. blz. 355, punt 11); 5 oktober 1988, Padovani e. a. (210/87, Jurispr. blz. 6177, punt 12); 14 december 1988, Ventura (269/87, Jurispr. blz. 6411, punt 15), en 6 juli 1995, BP Soupergaz (C-62/93, Jurispr. blz. I-1883, punt 39).

106 — Zie arrest Bautiaa en Société française maritime (aangehaald in voetnoot 105, punt 48). Zie ook arresten Defrenne (aangehaald in voetnoot 17, punten 69 e. v.) en Worringham en Humphreys (aangehaald in voetnoot 40, punten 29 e. v.), alsmede arresten van 27 mei 1981, Essevi en Salengo (142/80 en 143/80, Jurispr. blz. 1413, punten 30 e. v.); 2 februari 1988, Blaizot (24/86, Jurispr. blz. 379, punten 28 e. v.); Barber (aangehaald in voetnoot 76, punten 40 e. v.); 31 maart 1992, Dansk Denkavit en Poulsen Trading (C-200/90, Jurispr. blz. I-2217, punten 20 e. v.); 16 juli 1992, Legros e. a. (C-163/90, Jurispr. blz. I-4625, punten 28 e. v.); 11 augustus 1995, Roders e. a. (C-367/93— C-377/93, Jurispr. blz. I-2229, punten 41 e. v.); 14 september 1995, Simitzi (C-485/93 en C-486/93, Jurispr. blz. I-2655, punten 29 e. v.), en 19 oktober 1995, Richardson (C-137/94, Jurispr. blz. I-3407, punten 32 e. v.).

107 — Zie arrest Blaizot (aangehaald in voetnoot 106, punt 28).

108 — Zie arrest Blaizot (aangehaald in voetnoot 106, punt 35).

Bij de beslissing of de werking van een arrest in de tijd moet worden beperkt, moet volgens de rechtspraak van het Hof worden bedacht, dat de praktische gevolgen van een rechterlijke uitspraak weliswaar zorgvuldig moeten worden afgewogen, doch dat dit er niet toe mag leiden, dat de objectiviteit van het recht geweld wordt aangedaan en dat omwille van de weerslag die een rechterlijke beslissing voor het verleden kan hebben, de toepassing van dat recht in de toekomst in gevaar wordt gebracht. [109]

76. Uit de opmerkingen in de verwijzingsbeschikking blijkt, dat de zevende vraag niet rijst wanneer het Hof in antwoord op de eerste vraag zonder meer erkent, dat er sprake is van „gelijke arbeid" of „gelijkwaardige arbeid", maar alleen wanneer het Hof op de zesde vraag antwoordt, dat bij het verrichten van eenzelfde werkzaamheid verschillen in opleidingsniveau en beroepstitel op zichzelf geen rechtvaardiging kunnen vormen voor een discriminatie in de zin van artikel 119 van het Verdrag. Bijgevolg dienen de voorwaarden voor de toepassing van die rechtspraak slechts in dit laatste geval te worden onderzocht.

77. Sedert de arresten Defrenne [110] en Jenkins [111] is de rechtstreekse toepassing van artikel 119 een communautaire verworvenheid. Sedert 1 juli 1995, datum van de toetreding van de Republiek Oostenrijk tot de Europese Unie, worden de sociale partners in die lidstaat derhalve geacht, die bepaling te kennen bij de onderhandelingen over collectieve arbeidsovereenkomsten. Dienaangaande zij erop gewezen, dat, anders dan de verwijzende rechter in zijn beschikking en de Gebietskrankenkasse in haar opmerkingen heeft verklaard, de omstandigheid dat de rechtsbetrekkingen te goeder trouw tot stand zijn gekomen op basis van een regeling die algemeen in overeenstemming met de nationale wettelijke bepalingen werd geacht, niet ter zake dienend is. Ter zake van de gevolgen van een arrest in de tijd speelt de bescherming van het gewettigd vertrouwen slechts een rol wanneer de rechtsbetrekkingen tot stand zijn gekomen op basis van een regeling die algemeen in overeenstemming met het gemeenschapsrecht werd geacht.

Op basis van het arrest van het Hof in de zaak Danfoss [112], konden de lidstaten en de sociale partners te goeder trouw aannemen, dat verschillen in opleidingsniveau en beroepstitel als gevolg van een verschillende beroepsopleiding, onder de in dat arrest geformuleerde voorwaarden, een discriminatie in de zin van artikel 119 van het Verdrag objectief konden rechtvaardigen. Wanneer het Hof derhalve in zijn arrest op wezenlijke punten afwijkt van het arrest Danfoss, ontstaat er waarschijnlijk een gevaar voor ernstige financiële gevolgen, inzonderheid als gevolg van het grote aantal rechtsbetrekkingen die te goeder trouw tot stand zijn gekomen op basis van een ten aanzien van het gemeenschapsrecht geldig geachte regeling, en van het feit dat de sociale partners tot een met het gemeenschapsrecht strijdig gedrag zijn gekomen op grond van een objectieve, grote onzekerheid over de juiste betekenis van de gemeenschaps-

109 — Zie arrest Blaizot (aangehaald in voetnoot 106, punt 30).

110 — Aangehaald in voetnoot 17.

111 — Aangehaald in voetnoot 26.

112 — Aangehaald in voetnoot 22.

regeling zoals die door het Hof is uitgelegd. Het zou dan niet het gedrag van de andere lidstaten of van de Commissie, maar de rechtspraak van het Hof zelf zijn, die tot het ontstaan of de versterking van die onzekerheid heeft bijgedragen. [113]

78. Gelet op een en ander stel ik het Hof derhalve voor om, uitsluitend ingeval het op wezenlijke punten afwijkt van het arrest Danfoss door uiteindelijk te oordelen, dat bij het verrichten van eenzelfde werkzaamheid de verschillen in opleidingsniveau en beroepstitel op zichzelf geen rechtvaardiging kunnen vormen voor een discriminatie in de zin van artikel 119 van het Verdrag, te bepalen dat zijn arrest slechts gevolgen heeft voor de toekomst ten aanzien van al degenen die tot op dat ogenblik nog geen beroep in rechte hebben ingesteld of een daarmee gelijk te stellen bezwaarschrift hebben ingediend.

VI — Conclusie

79. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Wien te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 119 EG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat er geen sprake is van ‚gelijke arbeid' of een ‚zelfde functie' wanneer werknemers die niet dezelfde beroepstitel bezitten omdat zij een fundamenteel verschillende beroepsopleiding hebben genoten, over een lange periode (verschillende tijdvakken van beloning) dezelfde werkzaamheid verrichten, indien die beroepstitels de grond vormden voor de aanwerving van die werknemers en verband houden met de werkzaamheid die dezen verrichten.

2) Ingeval de eerste vraag aldus wordt beantwoord, behoeven de andere vragen niet te worden beantwoord."

113 — Zie met betrekking tot de bescherming van een door de rechtspraak van het Hof gecreëerd gewettigd vertrouwen het arrest van 30 april 1996, Cabanis-Issarte (C-308/93, Jurispr. blz. I-2097, punten 47 en 48 van de motivering, en punt 2 van het dictum).