CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 16 december 1999 *

1. In deze zaak heeft Arbetsdomstolen in Zweden de vraag gesteld of, wanneer men de beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers die gelijkwaardige arbeid verrichten in de zin van artikel 119 EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136-143 EG) en de richtlijn gelijke beloning [1], met elkaar vergelijkt, rekening moet houden met het feit dat degenen die op ongunstige uren werken een toeslag ontvangen en een kortere arbeidstijd hebben.

Feiten en hoofdgeding

2. In het hoofdgeding vordert de Jämställdhetsombudsman (hierna: „ombudsman") namens twee vroedvrouwen, Kristina Ellmén en Kia Wetterberg, schadevergoeding van het Örebro läns landsting (hierna: „landsting"). Het landsting zou hen discrimineren door hen, over een bepaalde periode gerekend, een lager maandelijks basissalaris te betalen dan een ziekenhuistechnicus, hoewel zij gelijkwaardige arbeid verrichten.

3. Het basissalaris van de vroedvrouwen bedraagt 17 400 SEK respectievelijk 16 600 SEK per maand, dat van Persson 19 650 SEK per maand. Zowel de vroedvrouwen als de technicus zijn in dienst van het landsting en werkzaam bij het regionale ziekenhuis van Örebro. Alle vroedvrouwen die in dat ziekenhuis werken zijn vrouw. Van de aldaar werkzame technici is ongeveer 90 % man.

4. De vroedvrouwen werken doorgaans in drieploegendienst: drie opeenvolgende diensten per etmaal, die elkaar gedeeltelijk overlappen. Soms werken ze echter volgens een ander schema, namelijk in tweeploegendienst (overdag/'s avonds), in nacht- of dagdienst. Tijdens de betrokken periode werkten ze merendeels in drie- of twee-

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — 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 (PB L 45, blz. 19).

ploegendienst. Soms werkten ze ook in nachtdienst.

5. De vroedvrouwen en de technicus vallen onder dezelfde collectieve arbeidsovereenkomst [2] (hierna: „cao"). Deze cao bepaalt dat een voltijdse werkweek gemiddeld 40 uur bedraagt, tenzij er a) op zon- en feestdagen wordt gewerkt, in welk geval de gemiddelde werkweek 38 uur en 15 minuten bedraagt (hierna: „38-urige werkweek"), of b) in een van de hierboven beschreven ploegendiensten wordt gewerkt, in welk geval de gemiddelde werkweek 34 uur en 20 minuten bedraagt (hierna: „34-urige werkweek"). [3]

6. Het individuele maandelijkse basissalaris varieert niet, of er nu sprake is van een 40-urige, een 38-urige, of een 34-urige werkweek. De vroedvrouwen ontvangen dus per maand steeds dezelfde beloning, ongeacht of ze een 38-urige, een 34-urige of (in voorkomende gevallen) een 40-urige werkweek hebben.

7. De cao die geldt voor de vroedvrouwen en de technicus, bepaalt voorts dat werknemers die op ongunstige uren werken (in weekenden, op feestdagen, in nacht- of drieploegendienst), anders dan in de vorm van overwerk, recht hebben op een toeslag voor ongunstige werkuren. [4] De toeslag is een vast uurbedrag en is niet afhankelijk van het andere loon van de werknemer. Wel varieert de toeslag naar gelang van het tijdstip van de dag waarop die uren gewerkt worden (zo is de toeslag voor 's nachts werken hoger dan die voor 's avonds werken) en naar gelang de werknemer in het weekend of tijdens een feestdag werkt. De toepasselijke cao bepaalt het tarief en de uren die als ongunstig gelden. [5]

8. Volgens de cao bestaat de beloning uit het salaris in de zin van de artikelen 14 tot en met 18 van de cao, vakantietoeslagen en een aantal vergoedingen, waaronder de toeslag voor ongunstige werkuren. [6] Uit de vragen van de nationale rechter blijkt dat de cao voorts bepaalt dat die toeslag en bepaalde andere vergoedingen in aanmerking moeten worden genomen bij de vaststelling van het ziekengeld, de pensioenen, schadevergoedingen [7] en andere aan het loon gekoppelde vergoedingen.

9. De technicus heeft een normale, 40-urige, voltijdse werkweek van maandag tot en met vrijdag, zonder ongunstige werkuren. Wanneer hij op grond van zijn

2 — Allmänna Bestämmelser 95.

3 — Artikel 8.

4 — Artikel 32.

5 — Bijlage A.

6 — Artikel 13.

7 — Waarschijnlijk bij opzegging of afvloeiing.

arbeidscontract echter verplicht zou zijn in drieploegendienst te werken, dan zou hij net als de vroedvrouwen recht hebben op de toeslag voor ongunstige werkuren. In dat geval zou zijn voltijdse werkweek slechts 34 uur en 20 minuten bedragen, terwijl zijn maandelijkse basissalaris gelijk zou blijven. De cao eist dat werknemers, indien noodzakelijk, hun dienstrooster wijzigen, hun werktijden aanpassen, buiten de normale werktijden overwerken en op afroep beschikbaar zijn. [8]

10. Hoewel het erkent dat de vroedvrouwen een lager maandelijks basissalaris ontvangen dan de technicus, voert het landsting aan dat de toeslag voor ongunstige werkuren en de tegenwaarde van de arbeidstijdverkorting bij de loonvergelijking betrokken moeten worden en dat er in dat geval geen sprake is van discriminatie van de vroedvrouwen.

11. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat partijen voorts van mening verschillen over de vraag of de technicus en de vroedvrouwen wel als gelijkwaardig te beschouwen arbeid verrichten en, zo ja, of er een direct of indirect verband bestaat tussen een eventueel verschil in beloning en het geslacht van de werknemer. De ombudsman verzocht evenwel Arbetsdomstolen bij interlocutoir vonnis vast te stellen, dat het landsting de vroedvrouwen een lager loon heeft betaald dan de technicus, en de nationale rechter heeft met instemming van partijen besloten eerst afzonderlijk te onderzoeken of er sprake is van een verschil in beloning. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is het zonder meer duidelijk dat Arbetsdomstolen de beloning dient te bepalen die moet worden vergeleken. Daarom zoekt hij steun bij het Hof ter beantwoording van de volgende vragen:

„1) Maakt de toeslag voor ongunstige werkuren volgens artikel 119 EG-Verdrag en richtlijn 75/117/EEG 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, deel uit van de loonvergelijking wanneer loondiscriminatie wordt gesteld? Is het van belang, dat de toeslag voor ongunstige werkuren per maand varieert naar gelang het werkrooster?

2) Is het voor het antwoord op de eerste vraag van belang, dat de vroedvrouwen regelmatig moeten werken op tijden die recht geven op de toeslag voor ongunstige werkuren, terwijl het lid van de technische dienst niet regelmatig op die tijden werkt?

3) Is de omstandigheid dat de toeslag voor ongunstige werkuren naar nationaal

8 — Artikel 6.

recht deel uitmaakt van het basisloon voor de vaststelling van pensioenen, ziekengeld, schadevergoeding en andere aan het loon gekoppelde vergoedingen, van belang voor de beslissing over de vraag, of de toeslag voor ongunstige werkuren deel uitmaakt van de loonvergelijking wanneer loondiscriminatie wordt gesteld?

4) Moet de arbeidstijdverkorting, dat wil zeggen het verschil tussen de normale arbeidsduur bij arbeid overdag en bij continue drieploegendienst, volgens artikel 119 EG-Verdrag en richtlijn 75/117/EEG 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, in aanmerking worden genomen bij de loonvergelijking, wanneer loondiscriminatie wordt gesteld? Zo ja, is het van belang dat de kortere arbeidsduur bij continue drieploegendienst volgens de cao als voltijdarbeid geldt? Indien aan de arbeidstijdverkorting een bepaalde waarde moet worden toegekend, maakt die waarde dan deel uit van het vaste contante maandloon of moet die waarde als een bijzondere vergoeding worden beschouwd, die in de loonvergelijking moet worden betrokken?

5) Is het voor het antwoord op de vierde vraag van belang, dat de vroedvrouwen wel, maar het lid van de technische dienst niet in ploegendienst werken, waardoor zij volgens de cao recht hebben op arbeidstijdverkorting?"

12. Deze vragen kunnen worden teruggebracht tot de vraag of, en zo ja hoe, de toeslag voor ongunstige werkuren en de arbeidstijdverkorting in de loonvergelijking moeten worden betrokken.

13. Schriftelijke opmerkingen werden ingediend door de ombudsman, het landsting, de Commissie en de Finse regering, die alle eveneens vertegenwoordigd waren tijdens de mondelinge behandeling.

De relevante bepalingen van gemeenschapsrecht

14. Artikel 119 van het Verdrag legt het principe vast dat mannen en vrouwen voor gelijke arbeid een gelijke beloning dienen te ontvangen. Het tweede lid omschrijft „beloning" als „het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt".

15. Het eerste lid van artikel 1 van de richtlijn gelijke beloning bepaalt:

„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 onderdelen en voorwaarden van de beloning."

16. Een vrouwelijke werknemer die een schending van het beginsel van gelijke beloning voor gelijkwaardige arbeid wil aantonen, zal (gewoonlijk) twee, mogelijk zelfs drie afzonderlijke punten aan de orde moeten stellen. In het geval van een indirecte discriminatie, zoals in casu, kunnen die punten als volgt worden geformuleerd. Allereerst moet zij deel uitmaken van een hoofdzakelijk uit vrouwelijke werknemers bestaande groep, die arbeid verricht die gelijkwaardig is aan die van een hoofdzakelijk uit mannelijke werknemers bestaande groep. In de tweede plaats moet de eerste groep een lagere beloning ontvangen dan de referentiegroep. Indien de werkneemster beide punten aantoont, dan levert dit een vermoeden op van discriminatie. In de derde plaats kan de werkgever dit vermoeden evenwel weerleggen door aan te tonen dat het verschil in beloning berust op objectief gerechtvaardigde redenen die niets te maken hebben met discriminatie op grond van geslacht. [9]

17. Hoewel het naar mijn mening doorgaans aan te bevelen is deze drie punten in bovenstaande volgorde te beantwoorden, kunnen ze in sommige gevallen beter in een andere volgorde behandeld worden. In die gevallen kan de nationale rechter het wenselijk achten eerst de mening van het Hof over het tweede en het derde punt te vernemen, alvorens in te gaan op het eerste punt. Dit was het geval in de zaak Enderby [10], waarin de Court of Appeal of England and Wales drie vragen stelde, die zich in wezen toespitsten op het bovengenoemde derde punt, namelijk de mogelijkheid van rechtvaardiging, waarbij in die zaak uitdrukkelijk ervan werd uitgegaan dat de twee functies waarvan de beloningen werden vergeleken, gelijkwaardig waren. In die zaak betoogde de Duitse regering dat het Hof zich niet kon uitspreken over die vragen zonder eerst vast te stellen of de functies gelijkwaardig waren. Het Hof besliste dat het uitsluitend aan de nationale rechter is om, gelet op de bijzonderheden van elk geval, de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, alsmede de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Waar, zoals in die zaak, het Hof een vraag van uitlegging van het gemeenschapsrecht

9 — Zie de arresten van 13 mei 1986, Bilka (170/84, Jurispr. blz. 1607, punt 36); 27 oktober 1993, Enderby (C-127/92, Jurispr. blz. I-5535, punt 19), en thans richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht (PB 1998 L 14, blz. 6).

10 — Aangehaald in voetnoot 9.

is gesteld, die niet kennelijk zonder verband met de realiteit of het voorwerp van het hoofdgeding is, dient het die vraag te beantwoorden zonder zich bezig te houden met de juistheid van een onderstelling die, indien nodig, later door de verwijzende rechter zal moeten worden geverifieerd. [11]

18. Advocaat-generaal Lenz merkte op dat de bedenkingen van de Duitse regering ten aanzien van de veronderstelde gelijkwaardigheid van de functies waarschijnlijk toe te schrijven waren aan het feit dat een wezenlijk deel van de bewijslast die rust op de persoon die loondiscriminatie aanvoert, samenhangt met de vraag of de arbeid al dan niet gelijk of gelijkwaardig is. De advocaat-generaal verklaarde evenwel dat het feit dat de Court of Appeal, net als de lagere rechter waaraan de zaak was voorgelegd, uitging van de gelijkwaardigheid van de te vergelijken functies, het resultaat was van de procedurele mogelijkheden die het rechtstelsel van de betrokken lidstaat bood. Voor de beoordeling van de gelijkwaardigheid van twee functies kan in sommige gevallen een uitgebreid en kostbaar onderzoek nodig zijn. Overeenkomstig de nationale procedureregels kan een onderzoek van het feitenmateriaal worden uitgesteld hangende het onderzoek van de rechtsvragen. [12]

19. De schriftelijke en mondelinge opmerkingen van het landsting richten zich voornamelijk op de vraag of de vroedvrouwen en de ziekenhuistechnicus gelijkwaardige arbeid in de zin van het beginsel van gelijke beloning verrichten. Het landsting is duidelijk van mening dat de arbeid die vroedvrouwen verrichten niet gelijkwaardig is aan de arbeid die de ziekenhuistechnici verrichten. Hoewel ook de Finse regering en de Commissie twijfels uiten over de gelijkwaardigheid van de arbeid, accepteren beide dat de nationale rechter gerechtigd is vragen te stellen over gelijke beloning onder de aanname van gelijkwaardigheid van de arbeid. Aangezien, zoals ik hiervoor reeds opmerkte, uit de verwijzingsbeschikking (en impliciet uit de gestelde vragen) blijkt dat de nationale rechter de gelijkwaardigheid veronderstelt ten behoeve van zijn prejudiciële vragen, en aangezien het arrest van het Hof in de zaak Enderby duidelijk aantoont dat dit een acceptabele benadering is, stel ik voor niet in te gaan op de kwestie van de gelijkwaardigheid.

20. De in casu aangenomen hypothese dat de arbeid van de twee betrokken groepen „gelijkwaardig" is, komt er op neer dat 40 uur werk verricht door vroedvrouwen gelijkwaardig is aan 40 uur werk verricht door technici, en niet dat, bijvoorbeeld, 34 uur werk van de ene groep gelijkwaardig is aan 40 uur van de andere. Alleen op deze grondslag kan de vraag worden bezien of de kortere werkweek van de vroedvrouwen van belang kan zijn. (Dat de cao werkweken van verschillende lengte als „gelijkwaardig" lijkt te erkennen, moet dus buiten beschouwing blijven.)

11 — Punten 10 en 12 van het arrest.

12 — Punten 6 en 7 van de conclusie.

De relevantie van collectieve onderhandelingen

21. Ter terechtzitting verklaarde de ombudsman dat in Zweden cao's geacht worden niet onderworpen te zijn aan het gemeenschapsrecht, waarmee hij waarschijnlijk bedoelt dat het feit dat het salaris het resultaat is van cao-onderhandelingen beschouwd wordt als een verweer tegen een vordering wegens ongelijke beloning. Een dergelijke opvatting is duidelijk in strijd met het gemeenschapsrecht: het Hof heeft ondubbelzinnig uitgemaakt dat het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers ook van toepassing is wanneer de verschillende bestanddelen van de beloning via collectieve onderhandelingen of via onderhandelingen op het plaatselijke vlak zijn bepaald, al mag de nationale rechter met die omstandigheid rekening houden bij de beoordeling van de vraag of de verschillen in gemiddelde beloning van twee groepen werknemers al dan niet het gevolg zijn van objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. [13]

De toeslag voor ongunstige werkuren

De strekking van het begrip „beloning"

22. Allereerst wil ik erop wijzen dat de toeslag duidelijk beloning in de zin van artikel 119 is en dat er dus sprake zou zijn van discriminatie wanneer, bijvoorbeeld, een hoofdzakelijk uit mannen bestaande groep werknemers die werk verrichten dat gelijkwaardig is aan dat van vroedvrouwen geen toeslag zou ontvangen wanneer zij op ongunstige uren werken. Dit helpt ons echter niet verder bij de oplossing van de vraag waarmee het Hof zich thans geconfronteerd ziet: moet de toeslag meetellen om in de omstandigheden van deze zaak het beginsel van gelijke beloning toepassing te doen vinden?

23. Gelet op het bovenstaande stel ik voor niet in te gaan op de argumenten van het landsting ten betoge dat de toeslag voor ongunstige werkuren, aangezien het hier om „beloning" gaat, voor de vergelijking beschouwd moet worden als een onderdeel van het maandelijkse basissalaris van de vroedvrouwen.

De strekking van het arrest Barber

24. In het arrest Barber [14] stelt het Hof:

„(...) de nationale rechter [wenst] in wezen te vernemen, of de toepassing van het

13 — Zie bijvoorbeeld het arrest van 31 mei 1995, Royal Copenhagen (C-400/93, Jurispr. blz. I-1275, punt 47).

14 — Arrest van 17 mei 1990 (C-262/88, Jurispr. blz. I-1889).

beginsel van gelijke beloning moet worden verzekerd ten aanzien van elk onderdeel van de beloning, dan wel door de aan de werknemers toegekende voordelen in hun totaliteit te beoordelen.

(...)

Aangaande de methode om naleving van het beginsel van gelijke beloning te controleren, moet worden vastgesteld, dat wanneer de nationale rechterlijke instanties alle voordelen van verschillende aard die naar gelang van de omstandigheden aan mannelijke en vrouwelijke werknemers worden toegekend, zouden moeten beoordelen en vergelijken, de rechterlijke controle moeilijk zou zijn en de doeltreffendheid van artikel 119 dientengevolge sterk zou worden verzwakt. Hieruit volgt, dat werkelijke doorzichtigheid, waardoor een doeltreffende controle mogelijk is, slechts is verzekerd wanneer het beginsel van gelijke beloning op elk onderdeel van de aan mannelijke en vrouwelijke werknemers toegekende beloning van toepassing is." [15]

25. Voor hun opvatting dat met betrekking tot het maandelijkse basissalaris de gelijkheid verzekerd moet worden zonder rekening te houden met de toeslag voor ongunstige werktijden, beroepen de ombudsman en de Commissie zich voornamelijk op dit arrest.

26. De ombudsman is van mening dat het een inbreuk op het beginsel van doorzichtigheid zou zijn indien de nationale rechter een ingewikkelde analyse van de aan iedere werknemer toegekende toeslag zou moeten verrichten. De vroedvrouwen werken op ongunstige uren en ontvangen daarvoor een toeslag. De technicus werkt niet op ongunstige uren en ontvangt dus geen toeslag. Gezond verstand en logica ondersteunen de opvatting dat vergelijking van de maandelijkse basissalarissen de enige rechtvaardige is.

27. De Commissie meent dat de toeslag alleen kan worden vergeleken met de toeslag die de technicus zou hebben ontvangen indien zijn werkuren gelijk zouden zijn geweest aan die van de vroedvrouwen, en dat de enige correcte vergelijking derhalve die is tussen de maandelijkse basissalarissen.

28. Het landsting is daarentegen van mening dat het arrest Barber in casu niet relevant is. In dit arrest ging het hoofdzakelijk om doorzichtigheid en om een beloning waarop zowel mannen als vrouwen recht hadden, zij het op verschillende leeftijden. In feite besliste het Hof dat het feit dat de heer Barber, die op 52-jarige leeftijd ontslagen werd, recht had op een hogere ontslagvergoeding dan een vrouw die op dezelfde leeftijd ontslagen werd, niet de discriminatie ophief die gelegen was in het feit dat een vrouw van zijn leeftijd recht zou hebben gehad op een onmiddellijk

15 — Punten 31 en 34 van het arrest.

ingaand pensioen, terwijl hij slechts aanspraak had op een uitgesteld pensioen. In de onderhavige zaak daarentegen hebben de vroedvrouwen die in drieploegendienst werken, recht op de toeslag voor ongunstige werkuren, terwijl de technicus die op normale uren werkt, daar geen recht op heeft.

29. Ook de Finse regering verwijst naar het arrest Barber. Zij merkt op dat aangezien de twee betrokken werknemers (waarvan de een zich beroept op discriminatie en de ander dient als referentiepersoon) dezelfde of nagenoeg dezelfde arbeid verrichten onder dezelfde voorwaarden en op dezelfde werktijden, het op basis van dat arrest eenvoudig is om elk onderdeel van hun beloning te vergelijken. Het beginsel van gelijke beloning moet evenwel ook worden gewaarborgd wanneer de arbeid niet gelijk, maar wel gelijkwaardig is. Hoe meer de twee soorten arbeid echter van elkaar verschillen, hoe moeilijker het wordt, niet alleen om de diverse onderdelen van de beloning met elkaar te vergelijken, maar ook om de gelijkwaardigheid van de arbeid te beoordelen. Wanneer de arbeid wegens de veeleisendheid of moeilijkheid ervan als gelijkwaardig beschouwd wordt, kunnen de daarbij in aanmerking genomen factoren onmogelijk bij de loonvergelijking buiten beschouwing blijven. Wanneer dus bij de vergelijking rekening wordt gehouden met arbeidsomstandigheden (zoals de noodzaak arbeid te verrichten op ongunstige uren) teneinde te bepalen of beide soorten arbeid gelijkwaardig zijn, dan moet de beloning ter compensatie van die omstandigheden bij de loonvergelijking betrokken worden. Daarom moet per geval beslist worden welke onderdelen van de beloning vergeleken moeten worden teneinde de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel te waarborgen.

30. Ik deel de opvatting van de Finse regering dat het niet mogelijk is een vaste regel te geven, welke loonbestanddelen wel en welke niet bij de loonvergelijking in aanmerking moeten worden genomen. Anders dan de Finse regering, die meent dat dit afhankelijk is van de factoren die opkomen bij de beoordeling van de gelijkwaardigheid, ben ik echter van mening dat het eerder de aard van de betrokken beloningsstructuur is die bepaalt hoe de gelijkheid van de beloningen dient te worden beoordeeld.

31. Een op zichzelf staande beoordeling van elk loonbestanddeel zal over het algemeen de enig juiste manier zijn om gelijkheid te verzekeren. Bovendien is het de enige manier waarop doorzichtigheid bereikt kan worden en een effectieve rechterlijke controle gewaarborgd is. Zoals het Hof bevestigde in het arrest Danfoss [16] en herhaalde in het arrest Barber [17], verhindert het ontbreken van doorzichtigheid iedere vorm van controle door de nationale rechters. Daarom ben ik in het algemeen van mening dat, conform de uitspraak van het Hof in het arrest Barber, het beginsel van gelijke beloning behoort te gelden voor elk onderdeel van de beloning die aan mannen en vrouwen wordt uitbetaald.

32. Wanneer echter, om historische of andere redenen, de beloningsstructuren zo

16 — Arrest van 17 oktober 1989 (C-109/88, Jurispr. blz. I-3199, punt 12).

17 — Aangehaald in voetnoot 14, punt 34 van het arrest.

complex zijn, dat de afzonderlijke onderdelen of de grondslagen waarop deze uitgekeerd worden moeilijk of onmogelijk los van elkaar kunnen worden gezien, dan zou het onrealistisch en zinloos zijn de afzonderlijke onderdelen van het totale loonpakket los van elkaar te beschouwen. Bovendien kan dit tot discriminatie van het andere geslacht leiden. In dit soort gevallen zal, in afwachting van een herstructurering van het systeem, een globale beoordeling de enige redelijke, of zelfs mogelijke, methode zijn. Ongetwijfeld zijn het dit soort omstandigheden waarop het Hof doelde toen het in het arrest Royal Copenhagen [18] besliste dat sommige beloningssystemen dermate gestructureerd zijn, dat alleen een „globale beoordeling" mogelijk is van de vraag of artikel 119 is geschonden. [19]

33. Dit betekent echter niet dat één onderdeel van het totale pakket per definitie door een ander kan worden gecompenseerd. Zo achtte het Hof het in het arrest Barber, waarin mannen die moesten afvloeien recht hadden op een onmiddellijk ingaand pensioen bij de leeftijd van 55 jaar, terwijl vrouwen die moesten afvloeien recht hadden op een onmiddellijk ingaand pensioen bij de leeftijd van 50, begrijpelijkerwijs niet gepast om mogelijke verschillen in afvloeiingspremies in aanmerking te nemen ter compensatie van de discriminatoire pensioenrechten.

34. Wat betekent dit nu voor de onderhavige zaak? Ik herinner eraan [20] dat een vrouwelijke werknemer een schending van het beginsel van gelijke beloning voor gelijkwaardige arbeid aannemelijk kan maken door, in de eerste plaats, te bewijzen dat zij deel uitmaakt van een hoofdzakelijk uit vrouwelijke werknemers bestaande groep die arbeid verricht die gelijkwaardig is aan die van een hoofdzakelijk uit mannelijke werknemers bestaande groep, en in de tweede plaats dat de eerste groep een lagere beloning ontvangt dan de groep waarmee vergeleken wordt. De werkgever kan dit vermoeden echter weerleggen door aan te tonen dat het verschil in beloning gebaseerd is op objectief gerechtvaardigde redenen die niets te maken hebben met discriminatie op grond van geslacht.

35. In de onderhavige zaak is het mogelijk het basissalaris van de vroedvrouwen en de toeslag te splitsen en dus het basissalaris te vergelijken met dat van de referentiepersoon. Naar mijn mening dient in deze en vergelijkbare zaken te worden aanvaard dat de groep met het laagste basissalaris, in casu de vroedvrouwen, een lagere beloning ontvangt, zodat de tweede hierboven uiteengezette vraag, namelijk of de twee groepen een ongelijke beloning ontvangen, bevestigend beantwoord kan worden. Ik voeg hieraan toe dat deze benadering in de onderhavige en vergelijkbare zaken een waarborg biedt voor meer doorzichtigheid: het feit dat de toeslag van maand tot maand

18 — Aangehaald in voetnoot 13, punt 43 van het arrest.

19 — Punt 18 van het arrest.

20 — Zie punt 16 hierboven.

varieert, naar gelang van het dagdeel en de dag waarop gewerkt wordt, bemoeilijkt een zinvolle vergelijking tussen, enerzijds, het totaal van salaris en toeslag van de vroedvrouwen en, anderzijds, het basissalaris van de referentiepersoon.

36. Ik ben dan ook van mening dat werknemers zoals de vroedvrouwen in casu een schending van het beginsel van gelijke beloning aannemelijk kunnen maken. Daarmee is volgens mij echter nog niet gezegd dat de zaak opgelost is: zoals ik in het voorgaande al aangaf, is het, nadat een werknemer een vermoeden van ongelijke beloning aangetoond heeft, aan de werkgever om te bewijzen dat het verschil in beloning gebaseerd is op objectief gerechtvaardigde redenen die niets te maken hebben met discriminatie op grond van geslacht. Indien de werkgever dit hard kan maken, dan is er geen sprake van schending van het beginsel van gelijke beloning.

37. De door mij voorgestelde aanpak strookt met het arrest Royal Copenhagen [21], waarin het Hof gevraagd werd welk belang er bij het onderzoek naar de eerbiediging van het beginsel van gelijke beloning gehecht moest worden aan, onder meer, verschillen tussen de twee groepen met betrekking tot betaalde pauzes, de vrijheid bij de arbeidsorganisatie en arbeidsongemakken [22], waaronder lawaai, temperatuur en eenzijdig, repetitief of monotoon werk [23] (deze zaak handelde over rollerdraaiers en keramiekschilders in een keramiekfabriek). Het Hof besliste dat de nationale rechter dient te bepalen of, gelet op de arbeidsomstandigheden, aan de betrokken arbeid gelijke waarde kan worden toegekend, dan wel of deze factoren kunnen worden beschouwd als objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht en die eventuele verschillen in beloning kunnen rechtvaardigen. [24]

38. In de onderhavige zaak lijkt het twijfelachtig of de werkgever zich ter rechtvaardiging van de ongelijkheid in basissalaris kan beroepen op de toeslag voor ongunstige uren, omdat de toeslag bedoeld lijkt te zijn als compensatie voor het ongemak en de verstoring van het familieleven, het sociale leven en het slaapritme, die de verschillende werktijden die recht geven op de toeslag, met zich brengen. Het landsting heeft in zijn schriftelijke opmerkingen verklaard, dat het in onderhandelingen bepaalde salarisniveau van verpleegsters en vroedvrouwen vastgesteld was met inachtneming van het feit dat deze werknemers in ploegendienst werkten, waardoor zij de toeslag voor ongunstige uren ontvingen. Als dat zo zou zijn, dan zou daarmee het compenserende effect van de toeslag ontkend worden. Mocht dat echter het geval zijn, dan zou het landsting het op de ongelijkheid van het basissalaris gebaseerde vermoeden van schending van het beginsel van gelijke beloning kunnen weerleggen. Het is aan de

21 — Aangehaald in voetnoot 13.

22 — Punt 39 van het arrest.

23 — Zie vraag 4, i, in punt 10 van het arrest.

24 — Punt 42 van het arrest.

nationale rechter om vast te stellen of en, voor zover van belang, in hoeverre de toeslag een dergelijk compenserend effect heeft.

39. Ik ben dan ook van mening dat wanneer de beloningsstructuur het in beginsel mogelijk maakt er afzonderlijke onderdelen uit te lichten en te vergelijken, dit ook gedaan zou moeten worden, met dien verstande dat de werkgever de mogelijkheid behoudt te bewijzen dat de ongelijke beloning niet gebaseerd is op geslacht. Wanneer de beloningsstructuur echter minder doorzichtig is, is alleen een globale beoordeling mogelijk. Het is aan de nationale rechter om vast te stellen of in een bepaalde zaak een vergelijking op onderdelen mogelijk is dan wel slechts een globale beoordeling.

40. In het laatste geval betekent alleen al het (hypothetische) feit dat de structuur niet doorzichtig is, dat op de werkgever de bewijslast rust dat de discriminatie niet bestaat. Die conclusie vloeit voort uit de beslissing in het arrest Danfoss [25], dat wanneer een onderneming een beloningssysteem 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 voor mannelijke werknemers. Ik acht dit beginsel ook toepasselijk wanneer een werknemer beweert gediscrimineerd te worden op grond van een niet-doorzichtig stelsel van toelagen en andere looncomponenten, zelfs wanneer er geen verschil kan worden aangetoond in het gemiddelde loon.

Het effect van de arbeidstijdverkorting

41. De nationale rechter wenst voorts te vernemen of bij het vergelijken van de beloningen de kortere arbeidstijd in aanmerking moet worden genomen die voor de vroedvrouwen in drieploegendienst als volledige werkweek geldt wat betreft de beloning. Dit zou uiteraard tot gevolg hebben dat bij de vergelijking van hun beloning met die van een collega met een 40-urige werkweek, het maandelijkse basissalaris van de vroedvrouwen vermenigvuldigd zou worden met 40/34,33 en dus zou stijgen. Hetzelfde resultaat zou worden verkregen wanneer niet het maandelijkse basissalaris, maar de beloning per feitelijk gewerkt uur vergeleken zou worden.

42. Het landsting stelt dat de loonvergelijking uitgevoerd moet worden op basis van de voor elk feitelijk gewerkt uur uitbetaalde beloning. Het voert aan dat indien het door een werkgever verschafte gratis vervoer „beloning" in de zin van artikel 119 is,

25 — Aangehaald in voetnoot 16. Zie ook het arrest van 30 juni 1988, Commissie/Frankrijk (318/86, Jurispr. blz. 3559).

zoals het Hof uitmaakte in het arrest Garland [26], arbeidstijdverkorting logischerwijs eveneens als zodanig moet worden beschouwd. Dienovereenkomstig moet de tegenwaarde van de arbeidstijdverkorting worden gekwantificeerd en voor de vergelijking in de totale maandelijkse beloning worden betrokken. Naar mijn mening zijn zaken als de zaak Garland hier echter niet relevant: in die zaak ging het om de vraag of de vervoersfaciliteit als beloning moest worden aangemerkt, in welk geval het duidelijk discriminatoir was geweest indien deze wel aan mannen, maar niet aan vrouwen werd toegekend; hier gaat het duidelijk om iets anders.

43. De ombudsman verwijst naar een aantal zaken waarop kennelijk een beroep was gedaan door het landsting in een eerder stadium van de procedure voor de nationale rechter. [27] Uit deze arresten blijkt dat om aan te tonen dat er sprake is van ongelijke beloning, gekeken moet worden naar de ontvangen beloning per feitelijk gewerkt uur in elke week. De ombudsman voert hiertegen aan dat de aangehaalde arresten, die alle handelen over beweerdelijke discriminatie tussen vol- en deeltijdwerkers, voor de onderhavige zaak, waarin een vergelijking van uurtarieven onbillijk zou zijn, niet relevant zijn. Dit omdat een vroedvrouw met een normale 40-urige werkweek dezelfde beloning zou ontvangen als een vroedvrouw met een 34-urige werkweek. Een arbeidstijdverkorting kan in beginsel een objectief gerechtvaardigde reden zijn voor een verschil in beloning, hoewel het in deze zaak het verschil niet zou rechtvaardigen.

44. Naar mijn mening moet de algemene regel luiden dat bij de vergelijking van de beloningen van twee werknemers natuurlijk rekening wordt gehouden met het aantal gewerkte uren en dat een verschil hierin een verschil in beloning rechtvaardigt, zodat, om een extreem voorbeeld te geven, het duidelijk niet discriminerend zou zijn een man die voltijds werkt tweemaal zoveel te betalen als een vrouw die hetzelfde werk halftijds verricht, of een man die overwerkt meer dan een vrouw die niet overwerkt. De zaken waarnaar de ombudsman verwijst, en die deze stelling duidelijk ondersteunen, zijn echter verder hier niet relevant, aangezien ze over het algemeen betrekking hebben op verschillende beloningstarieven of verstrekkingen in natura, toegekend aan deel- en voltijdwerkers. In casu kan volgens mij niet in ernst beweerd worden dat de vroedvrouwen, die door hun werkgever duidelijk als voltijdwerkers worden behandeld, niet als zodanig beschouwd zouden moeten worden. De stukken waarover het Hof beschikt, wijzen erop — en daar moet dan ook van uitgegaan worden — dat de arbeidstijdverkorting de compensatie vormt voor het werken in drieploegendienst; naar mijn mening zou die daarom bij de loonvergelijking niet in

26 — Arrest van 9 februari 1982 (12/81, Jurispr. blz. 359).

27 — Zie arresten van 27 juni 1990, Kowalska (C-33/89, Jurispr. blz. I-2591, punten 19 en 20); Bilka, aangehaald in voetnoot 9, punt 27, en van 15 december 1984, 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 26 en 27).

aanmerking moeten worden genomen. De juiste benadering is dus het basissalaris dat de vroedvrouwen ontvangen, te vergelijken met het salaris dat de met hen vergeleken collega ontvangt, zonder daarbij het salaris van de vroedvrouwen aan te passen voor de arbeidstijdverkorting.

45. De Commissie meent dat de arbeidstijdverkorting een arbeidsvoorwaarde vormt in de zin van de richtlijn gelijke behandeling. [28] Die opvatting lijkt mij juist; zie bijvoorbeeld het arrest Stoeckel [29], waarin erkend werd dat een systeem van continue ploegendienst waarbij ook 's nachts gewerkt werd, een arbeidsvoorwaarde in de zin van die richtlijn betrof.

46. De Commissie voegt hieraan toe dat het feit dat de arbeidstijdverkorting geldelijke gevolgen kan hebben, onvoldoende reden is om deze binnen de reikwijdte van voorschriften inzake gelijke beloning te brengen. [30] Hoewel dit juist is, betekent het alleen maar dat artikel 119 niet aldus kan worden uitgelegd dat het naast de gelijkheid van beloning ook de gelijkheid van andere arbeidsvoorwaarden voorschrijft. [31] Het betekent niet dat arbeidsvoorwaarden nimmer relevant kunnen zijn voor het algemene vraagstuk van gelijke beloning.

47. Met name uit het arrest Royal Copenhagen [32] blijkt duidelijk dat arbeidsvoorwaarden van belang kunnen zijn zowel voor de vraag of arbeid gelijkwaardig is, als voor de vraag of er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor enigerlei ongelijkheid in beloning voor gelijkwaardige arbeid. [33]

48. Net als bij de toeslag voor ongunstige uren, staat het de werkgever derhalve in beginsel vrij om, waar dit inderdaad het geval is, aan te tonen dat de arbeidstijdverkorting niet als compensatie voor de uit de drieploegendienst voortvloeiende ongemakken en verstoring moet worden beschouwd, maar dat het hieruit voortvloeiende verschil in uurloon berust op objectief gerechtvaardigde redenen die niets te maken hebben met discriminatie op grond van geslacht.

28 — Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 39, blz. 40).

29 — Arrest van 25 juli 1991 (C-345/89, Jurispr. blz. I-4047).

30 — Arrest van 15 juni 1978, Defrenne (149/77, Jurispr. blz. 1365, punt 21).

31 — Zie punt 24 van het arrest Defrenne.

32 — Aangehaald in voetnoot 13.

33 — Zie punt 42 van het arrest en punt 39 hierboven.

Conclusie

49. Daarom moeten de vragen van Arbetsdomstolen naar mijn mening worden beantwoord als volgt:

„1) Wanneer de beloning bestaat uit verschillende onderdelen, bijvoorbeeld een basissalaris en een toeslag voor ongunstige werkuren, dan dient met het oog op een loonvergelijking in beginsel elk onderdeel afzonderlijk te worden beschouwd. Levert die vergelijking het vermoeden van schending van het beginsel van gelijke beloning op, dan kan de werkgever dit vermoeden weerleggen door aan te tonen dat het verschil in beloning gebaseerd is op objectief gerechtvaardigde redenen die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.

2) Wanneer het moeilijk of onmogelijk is de verschillende onderdelen van de beloning te splitsen, dan dient met het oog op een loonvergelijking een globale beoordeling plaats te vinden. In dat geval betekent alleen al het feit dat de structuur niet doorzichtig is, dat de werkgever dient te bewijzen dat de gestelde discriminatie niet bestaat.

3) Wanneer de werknemer die stelt gediscrimineerd te worden, per week minder uren werkt dan de collega met wie hij vergeleken wordt, maar wiens uren door de werkgever als een gelijkwaardige werkweek worden beschouwd, dan is vanuit het oogpunt van het beginsel van gelijke beloning de juiste maatstaf, vergelijking van het basissalaris van de twee werknemers zonder daarbij het basissalaris van de eerste werknemer aan te passen voor de arbeidstijdverkorting. Levert die vergelijking het vermoeden van schending van het beginsel van gelijke beloning op, dan kan de werkgever dit vermoeden weerleggen door aan te tonen dat het verschil in beloning gebaseerd is op objectief gerechtvaardigde redenen die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht."