

Gelijk loon voor gelijk werk: beginsel heeft ook voor gelijkwaardig werk  
directe werking

Peer-reviewed author version

DE MEYST, Dominique (2021) Gelijk loon voor gelijk werk: beginsel heeft ook voor  
gelijkwaardig werk directe werking. In: Nederlands tijdschrift voor Europees recht,  
27 (7-8) , p. 152 -156.

DOI: 10.5553/NtER/138241202021027007006

Handle: <http://hdl.handle.net/1942/36651>

# Gelijk loon voor gelijk werk: beginsel heeft ook voor *gelijkwaardig* werk directe werking

D. De Meyst\*

In de zaak *Tesco Stores* sprak het Hof van Justitie zich op 3 juni 2021 uit over de directe werking van artikel 157 VWEU, dat het beginsel van gelijk loon voor gelijke en gelijkwaardige arbeid bevat. Dat beginsel is ouder dan de Europese Unie zelf, maar in de praktijk is het voor individuen vaak niet gemakkelijk om het beginsel voor de nationale rechter af te dwingen. In het *Tesco-arrest* kent het Hof expliciet directe werking toe aan het beginsel, zowel voor gelijke als gelijkwaardige arbeid.

*HvJ 3 juni 2021, zaak C-624/19, ECLI:EU:C:2021:429 (Tesco Stores), punt 12.*

## Feiten, juridische precedentes en wettelijke basis van de vordering

Tesco Stores is een Britse supermarktketen. Het bedrijf heeft talrijke winkels en distributiecentra. Een grote groep huidige en voormalige werknemers, voornamelijk vrouwen maar ook mannen, die werk(t)en in verschillende vestigingen van het bedrijf, stelden voor het Watford Employment Tribunal een vordering in op basis van het principe van gelijk loon voor gelijk of gelijkwaardig werk. In deze specifieke zaak menen de werknemers dat er sprake is van *gelijkwaardig* werk.<sup>1</sup>

De Britse rechtbank schorst de vordering van de werknemers in afwachting van het resultaat van de vordering van de werkneemsters.<sup>2</sup> Deze verzoeksters menen hun arbeid te kunnen vergelijken met die van de werknemers en baseren hun claim op twee rechtsgronden: de Britse *Equality Act* 2010<sup>3</sup> en artikel 157 Verdrag betreffende de

werking van de Europese Unie (VWEU).<sup>4</sup> Deze rechts-

gronden garanderen voor mannen en vrouwen gelijke arbeidsvoorwaarden respectievelijk gelijk loon voor gelijk(waardig) werk.

Tesco Stores betwist de toepasselijkheid van de bepalingen. In het geval van artikel 157 VWEU stelt Tesco dat het niet toepasselijk is nu het enkel directe werking heeft wat betreft gelijk werk, met uitsluiting van *gelijkwaardig* werk. Bovendien valt een claim voor gelijk loon buiten de toepassingsvoorwaarden van artikel 157 VWEU indien de arbeidsvoorwaarden van de vergeleken werknemers niet uit 'eenzelfde bron' voortvloeien. Volgens Tesco is er geen sprake van eenzelfde bron.<sup>5</sup> Bij gebrek aan gemeenschappelijke arbeidsvoorwaarden zou volgens Tesco ook de *Equality Act* 2010 niet van toepassing zijn. In deze noot ga ik alleen verder in op artikel 157 VWEU.

### Prejudiciële vraag

De verwijzende rechter stuit bij zijn onderzoek van de zaak op het *Defrenne* II-arrest van het Hof van Justitie. Met dat arrest besliste het Hof van Justitie dat het toenmalige artikel 119 EEG-Verdrag (huidig art. 157 VWEU) - dat het beginsel van gelijk loon voor gelijke arbeid bevatte - horizontale directe werking heeft. Bij de rechters in het Verenigd Koninkrijk heerst volgens de bodemrechter in de *Tesco-zaak* onzekerheid over de vraag of artikel 157 VWEU directe werking heeft en houdt deze onzekerheid verband met het in het *Defrenne* II-arrest gemaakte onderscheid tussen enerzijds gevallen van discriminatie die louter aan de hand van de criteria 'gelijke arbeid' en 'gelijke beloning' kunnen worden vastgesteld en anderzijds gevallen van discriminatie die enkel kunnen worden geconstateerd op basis van gedetailleerdere Unierechtelijke of nationale uitvoeringsbepalingen<sup>6</sup>. Tesco Stores voert aan dat de term '*gelijkwaardig*' dergelijke expliciete verduidelijking

behoeft, waardoor de nationale rechter artikel 157 VWEU in de onderhavige zaak niet kan toepassen.<sup>7</sup>

De verwijzende rechter vraagt dan ook aan het Hof van Justitie (1) of artikel 157 VWEU rechtstreekse werking heeft 'ten aanzien van vorderingen die berusten op de stelling dat de verzoekende partijen arbeid verrichten die gelijkwaardig is aan die van de met hen vergelijkbare personen' en (2) indien het antwoord op de eerste vraag negatief is, of 'het criterium van een bron dat wordt gehanteerd om uit te maken of er voor de toepassing van artikel 157 VWEU sprake is van vergelijkbaarheid, dan los[staat] van de kwestie van de gelijkwaardigheid en, zo ja, [of] dat criterium rechtstreekse werking [heeft]?'.<sup>8</sup> Enerzijds wil de verwijzende rechter dus weten of artikel 157 VWEU directe werking heeft in de zaak waarover hij oordeelt, waarin verzoek(st)ers een vordering instelden voor gelijk loon voor gelijkwaardige arbeid. Mocht de rechter de verdragsbepaling niet rechtstreeks op de zaak kunnen toepassen, dan lijkt hij te willen weten of hij ten minste het principe dat de arbeids- en loonsvoorwaarden uit een bron afkomstig moeten zijn, rechtstreeks op de zaak kan toepassen. Dat principe is volgens het Hof van Justitie een voorwaarde om de werknemers met elkaar te mogen vergelijken. Zowel op de directe werking van artikel 157 VWEU als op het principe dat arbeidsvoorwaarden uit een bron moeten komen, ga ik hierna dieper in.

### Antwoord van het Hof van Justitie

Het antwoord van het Hof van Justitie is duidelijk: artikel 157 VWEU heeft directe werking war *gelijkwaardige* arbeid betreft.<sup>9</sup> Een andere uitlegging zou afbreuk doen aan het nuttig effect en de verwezenlijking van de doelstelling van her artikel.<sup>10</sup> Het Hof van Justitie steunt op vaste rechtspraak om tot die conclusie te komen. Her bevestigt dat het beginsel van gelijke arbeid voor gelijk of gelijkwaardig werk een van de grondslagen van het Unierecht is<sup>11</sup> en de specifieke uitdrukking van het algemene gelijkheidsbeginsel.<sup>12</sup> Artikel 157 VWEU legt een resultaatsverplichting op en is van dwingend recht ten aanzien van zowel 'gelijke arbeid' als 'gelijkwaardige arbeid'.<sup>13</sup> Het is van toepassing op alle overeenkomsten die de arbeid in loondienst collectief regelen, alsmede op overeenkomsten tussen particulieren. Het heeft met andere woorden horizontale directe werking.<sup>14</sup> Of de betrokken werknemers 'gelijke arbeid' of 'gelijkwaardige arbeid' verrichten als bedoeld in artikel 157 VWEU, moet de nationale rechter feitelijk beoordelen.<sup>15</sup>

Hoewel het Hof van Justitie, met het positieve antwoord op de eerste prejudiciële vraag, niet op de tweede vraag hoeft in te gaan, vermeldt het toch de 'eenbronvoorwaarde'. De situatie van werknemers valt slechts onder

artikel 157 VWEU wanneer de beloningsvoorwaarden voor werknemers van verschillend geslacht die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten, kunnen worden toege-rekend aan een bron. Dit is het geval zelfs indien de werknemers hun arbeid in verschillende vestigingen verrichten. Het is aan de rechter om na te gaan of er sprake is van een bron, maar volgens het Hof van Justitie blijkt uit het verzoek van de verwijzende recht-bank dat dit het geval blijkt te zijn in de Tesco-zaak.<sup>16</sup>

De verwijzende rechter kan artikel 157 VWEU dus rechtstreeks toepassen op de zaak en zo oordelen of de verzoeksters inderdaad geen gelijk loon ontvingen voor gelijkwaardige arbeid in vergelijking met hun mannelij-ke collega's, zelfs die uit een andere vestiging van Tesco.

### Commentaar bij het arrest

De erkenning van directe werking van het beginsel van gelijk loon voor gelijkwaardig werk door het Hof van Justitie in de *Tesco-zaak* is een logische stap in de steeds ruimere interpretatie die het Hof van Justitie door de jaren heen aan de directe werking van die verdragsbepaling is gaan geven. Hieronder bespreek ik hoe (de direc-te werking van) het beginsel van gelijk loon voor gelijk en gelijkwaardig werk zich in de wetgeving en de recht-spraak van het Hof van Justitie heeft ontwikkeld. Het is echter niet zo dat met *Tesco-arrest* nu alle onduidelijkheid van de baan is.

## Gelijk loon voor gelijk werk als grondslag van de Europese Unie

Al in 1957 bevatte het Verdrag van Rome een arti-kel 119, waarvan het eerste lid luidt: 'Iedere Lidstaat verzekert (...)de toepassing van her beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid'.<sup>17</sup> Het beginsel van gelijke beloning is de specifieke uitdrukking van het algemene gelijkheidsbeginsel en een van de grondslagen van de Europe-se Unie.<sup>18</sup> Merk op dat de richtlijn enkel 'gelijke arbeid' vermeldt en niet 'arbeid van gelijke waarde'.

In 1975 nam de Europese Raad Richtlijn 75/117/EEG aan, om de implementatie van het principe van gelijk loon voor gelijk werk in de lidstaten te bevorderen.<sup>19</sup> De

16. *Tesco Stores*, punt 36-38.

17. Art. 119 Verdrag tot de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, Rome, 25 maart 1957; later art. 141 Verdrag tot oprich-ting van de Europese Gemeenschap (geconsolideerde versie Amster-dam) (*PbEG* 1997, C 340), p. 173-306; zie ook EU Commission, *Memo-randum on Equal Pay for Equal Work*, COM(94)6 final, 23 juni 1994, p. 4.

18. HvJ 3 oktober 2006, zaak C-17/05, ECLI:EU:C:2006:633 (*Cadman*), punt 28; HvJ 26 juni 2001, zaak C-381/99, ECLI:EU:C:2001:358 (*Brunnhöfer*), punt 27-28; HvJ 8 april 1976, zaak C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56 (*Defrenne* II), punt 12.

19. 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 (*PbEG* 1975, L 45/19-20). Deze richtlijn werd met ingang van 15 augustus 2009 ingetrokken door Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006

7. *Tesco Stores*, punt 19.

8. *Tesco Stores*, punt 16-18.

9. *Tesco Stores*, punt 29 en 39.

10. *Tesco Stores*, punt 35.

11. *Tesco Stores*, punt 33.

12. *Tesco Stores*, punt 27.

13. *Tesco Stores*, punt 20 en 31.

14. *Tesco Stores*, punt 21-22.

15. *Tesco Stores*, punt 30.

\* Mevr. D. (Dominique) De Meyst is doctoraal onderzoekster sociaal recht aan de UHasselt/KULeuven.

1. HvJ 3 juni 2021, zaak C-624/19, ECLI:EU:C:2021:429 (*Tesco Stores*), punt 12.

2. *Tesco Stores*, punt 11.

3. Equality Act 2010, 8 april 2010, www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents (meer bepaald art. 79, sectie 4, Equality Act 2010).

4. Geconsolideerde versie van het verdrag betreffende de Europese Unie en het verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (*PbEU* 2012, C 326/47-390).

5. *Tesco Stores*, punt 13.

6. *Tesco Stores*, punt 15.

preambule ervan verwees expliciet naar artikel 119 EEG-Verdrag en artikel 1 luidde:

'Het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, neergelegd in artikel 119 van het Verdrag (... ), 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.'

'Arbeid van gelijke waarde' wordt er expliciet in vermeld. Volgens het Hof van Justitie veranderde de richtlijn de betekenis van artikel 119 EEG-Verdrag nochtans niet. De richtlijn biedt extra handvatten om de verdragsbepaling toe te passen, zo luidde het: gelijke arbeid houdt ook arbeid van gelijke waarde in.<sup>20</sup>Bij het Verdag van Amsterdam werd gelijkwaardige arbeid ook expliciet ingevoegd in de tekst van artikel 141 EG-Verdrag. Het beginsel van gelijk loon bevindt zich intussen in artikel 157 VWEU. Zowel gelijke als gelijkwaardige arbeid valt er dus onder.

## Directe werking van het beginsel van gelijk loon voor gelijke arbeid

De bewoordingen van artikel 119 EEG-Verdrag richtten zich tekstueel tot de lidstaten. In 1975 oordeelde het Hof van Justitie in het hiervoor vermelde *Defrenne II*-arrest dat dit niet verhindert dat het artikel ook rechten kan scheppen voor particulieren. Uit het artikel vloeit een dwingende resultaatsverplichting voort.<sup>21</sup> Het beginsel van gelijk loon voor gelijk werk is van toepassing niet enkel op overheidshandelingen maar op 'alle overeenkomsten die een collectieve regeling van arbeid in loondienst inhouden, alsmede op contracten tussen particulieren'. Het heeft dus horizontale directe werking.<sup>22</sup>

De directe werking uit het *Defrenne II*-arrest geldt niet voor alle gevallen waarbij werknemers van verschillend

geslacht geen gelijk loon krijgen voor gelijk werk. Het arrest maakt een onderscheid tussen

' enerzijds rechtstreekse en openlijke discriminaties, die reeds met behulp van de in genoemd artikel 119 [EEG-verdrag] vermelde criteria voor gelijke arbeid en gelijke beloning als zodanig zijn te herkennen, en anderzijds zijdelingse en verkapte discriminaties, die slechts met behulp van verduidelijkende - communautaire dan wel nationale - toepassingsbepalingen kunnen worden opgespoord'.<sup>23</sup>

In latere arresten verduidelijkt het Hof van Justitie <lit: de bedoeling was om de horizontale directe werking te beperken tot de gevallen waarin de verdragsbepaling *duidelijk toepasbaar* was en geen verdere verduidelijking behoeftde, onder andere om discrepanties in de toepassing van de verdragsbepaling in de verschillende lidstaten te vermijden.<sup>24</sup> In sommige gevallen behoeft de verwezenlijking van het principe van gelijk loon voor gelijke arbeid volgens het Hof van Justitie 'de vaststelling van criteria (... ), waarvoor de tussenkomst van passende communautaire en nationale maatregelen is vereist'. In die gevallen lijkt het Hof van Justitie directe werking uit te sluiten. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zaak *Macarthys*, waarin het Hof van Justitie in een zaak over gelijk werk stelt 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 verschillende kunne binnen dezelfde inrichting of dienst wordt verricht'.<sup>25</sup>

Met andere woorden: alleen wanneer een werkneemster en een werknemer worden vergeleken wat betreft het concrete zelfde werk dat ze verrichten binnen deze inrichting of dienst, is het beginsel van gelijk loon voor gelijk werk duidelijk toepasbaar en heeft het horizontale directe werking. Om directe werking te hebben moet een bepaling nauwkeurig, duidelijk en onvoorwaardelijk zijn en geen aanvullende maatregelen vereisen. Voldoet de term 'gelijke arbeid' aan die voorwaarden? Wat zijn de criteria om te oordelen wanneer arbeid 'gelijk' is? Men zou kunnen zeggen dat het niet zozeer de duidelijkheid van de verdragsbepaling is, maar de frustratie van het Hof van Justitie met de trage implementatie van het beginsel van

- Defrenne II*, punt 18.
- Conclusie A-G J-P. Warner 28 januari 1981, ECLI:EU:C:1981:21 (*Jenkins*), *Reports of Cases* 1981, 911, p. 937-38; Ellis & Watson 2012, p. 251.
- HvJ 27 maart 1980, zaak C-129/79, ECLI:EU:C:1980:103 (*Macarthys*), punt 15. Dit in tegenstelling tot een situatie waarin een verzoekster zich zou willen vergelijken met een hypothetische verzoeker. *Voor* die situatie is wel vereist dat de criteria om tot vergelijkbaarheid over te gaan, verder warden uitgewerkt.

gelijk loon voor gelijk werk in de verschillende lidstaten, die tot het activistische *Defrenne II*-arrest heeft geleid.<sup>26</sup> Over *gelijkwaardige* arbeid heeft het Hof van Justitie zich niet uitgesproken in de *Defrenne II*-zaak, omdat gelijkwaardige arbeid toen nog niet expliciet deel uitmaakte van de verdragsbepaling (het toenmalige art. 119 EEG-Verdrag). Het Hof van Justitie oordeelde in de zaak *Commissie I VK* wel dat artikel 1 Richtlijn 75/117 /EG, dat wel een expliciete vermelding bevat van *gelijkwaardige* arbeid, directe werking had. De term 'gelijkwaardigheid' was met andere woorden duidelijk genoeg om te worden toegepast door de nationale rechter, zij het niet horizontaal - het betreft immers een richtlijn.<sup>27</sup> Dat arrest biedt een indicatie over de visie van het Hof van Justitie. Over het begrip 'gelijkwaardigheid' in de verdragsbepaling kwam evenwel geen arrest dat de horizontale werking ervan bevestigde, vermoedelijk omdat een dergelijk arrest de deur open zou zetten naar (op dat moment te) ruime afdwingingsmogelijkheden van het beginsel van gelijk loon voor de nationale rechters.<sup>28</sup> Hoe dan ook, de rechtspraak rond directe werking laat de nationale rechters achter met de vraag hoe zij moeten beoordelen wanneer arbeid nu precies gelijk is, laat staan gelijkwaardig.

## Wat is gelijke of gelijkwaardige arbeid?

Uit het *Defrenne II*-arrest blijkt dat voor directe werking nodig is dat de verdragsbepaling duidelijk toepasbaar is, wat betekent dat de nationale rechter de bepaling rechtstreeks kan toepassen zonder dat verdere verduidelijking van criteria door nationale of Unierechtelijke bepalingen zich opdringt. In de aanvankelijke rechtspraak was dat enkel het geval wanneer twee werknemers werden vergeleken die gelijke arbeid verrichtten voor eenzelfde werkgever binnen eenzelfde inrichting of dienst. Nadat Richtlijn 75/117/EG de betekenis van 'gelijke' arbeid in artikel 119 EEG-Verdrag had uitgebreid tot gelijkwaardige arbeid én na de expliciete opname van 'gelijkwaardige' arbeid in artikel 141 EG-Verdrag (zie hiervoor), heeft het Hof van Justitie in zijn rechtspraak criteria uiteengezet voor de vergelijkbaarheid en beoordeling van de vergeleken arbeid. Desondanks zal blijken dat er een gebrek aan duidelijkheid blijft wat betreft de beoordelingscriteria.<sup>29</sup>

**Vergelijkbaarheid**

Om te weten of het beginsel van gelijke beloning is nageleefd, is een vergelijking nodig tussen de beloning die aan werknemers van verschillend geslacht wordt betaald voor gelijke of gelijkwaardige arbeid. D a artoe

- Ellis & Watson 2012, p. 247.
- Commissie!VK*, punt 12-13.
- Zie ook Arnulf 1987, p. 206.
- European Commission, DG Justice and Consumers, *Equal Pay. Overview of landmark case-law of the CJEU*, 2019, p. 7.

moeten de situaties van de verzoeker en de vergelijkingspersoon effectief vergelijkbaar zijn; zo niet, dan is artikel 157 VWEU niet van toepassing. De criteria voor vergelijkbaarheid zijn zuiver kwalitatief: ze hebben betrekking op de aard van de door betrokkenen daadwerkelijk verrichte arbeid, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden (en niet, bijvoorbeeld, op de tewerkstellingsbreuk of anciënniteit).<sup>30</sup> Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak de gevallen waarin vergelijking mogelijk is, steeds uitgebreid. Onder 'alle vormen van discriminatie die reeds met behulp van de in genoemd artikel vermelde criteria "gelijke arbeid" en "gelijke beloning" als zodanig zijn te herkennen' - en waarop de verdragsbepaling dus rechtstreeks toepasselijk is - vielen uiteindelijk ook situaties waarin de vergeleken man en vrouw arbeid *van gelijke waarde* verrichten.<sup>31</sup> Het Hof van Justitie heeft het beginsel van toepassing (met directe werking) verklaard op mannen en vrouwen die dezelfde arbeid verrichten in verschillende vestigingen, maar in een andere periode,<sup>32</sup> op een indirecte loonsdiscriminatie van mannen en vrouwen die hetzelfde werk verrichten<sup>33</sup> en op een situatie van meervoudige discriminatie (dat wil zeggen discriminatie op basis van meerdere persoonskenmerken tegelijk) tussen mannen en vrouwen die dezelfde arbeid verrichten.<sup>34</sup> Het beginsel van gelijk loon geldt niet in geval van arbeid van *ongelijke* waarde,<sup>35</sup> maar is wel van toepassing op het geval waarin de werknemer die zich op deze bepaling beroept, arbeid verricht van *hogere* waarde clan de arbeid van degene die als vergelijkingsbasis dient.<sup>36</sup> Het Hof van Justitie aanvaardt zelfs dat het artikel directe werking heeft in gevallen waarin de vergeleken functies verschillend zijn (vroedvrouwen tegenover ziekenhuistechnici in hetzelfde ziekenhuis).<sup>37</sup> Ook de vergelijking tussen deeltijd- en voltijdwerk vormt geen probleem.<sup>38</sup>

De tekst van de verdragsbepaling verbiedt niet expliciet dat de vergeleken arbeid bij verschillende werkgevers wordt verricht.<sup>39</sup> Rond het jaar 2000 oordeelde het Hof van Justitie echter dat het voor de vergelijkbaarheid van de werknemers van belang is dat de vastgestelde verschillen in beloning toe te schrijven zijn aan eenzelfde

- Brunnhofer*, punt 42-43; HvJ 11 mei 1997, zaak C-309/97, ECLI:EU:C:1999:241 (*Angestelltenbetriebsrat der Wiener Cebietskrankenkasse*), punt 17; HvJ 31 mei 1995, zaak C-400/93, ECLI:EU:C:1995:155 (*Royal Copenhagen*), punt 32-33; HvJ 1 juli 1986, zaak C-237/85, ECLI:EU:C:1986:277 (*Rummler*), punt 13 en 23; HvJ 27 maart 1980, zaak C-129/79, ECLI:EU:C:1980:103 (*Macarthys*), punt 11.
- Worringham*, punt 23; zie ook Ellis & Watson 2012, p. 252.
- Macarthys*, punt 16.
- HvJ 13 mei 1986, zaak C-170/84, ECLI:EU:C:1986:204 (*Bilka Kaufhaus*), punt 22-23; *Jenkins*, punt 15.
- HvJ 18 september 1984, zaak C-23/83, ECLI:EU:C:1984:282 (*Lieftingl Directie van het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam*), punt 14.
- HvJ 4 februari 1988, zaak C-157/86, ECLI:EU:C:1988:62 (*Murphy*), punt 9.
- Murphy*, punt 12.
- HvJ 30 maart 2000, zaak C-236/98, ECLI:EU:C:2000:173 (*UamO*), punt 48-50.
- Jenkins*, punt 15.
- Zie bijv. *Lawrence*, punt 17.

bron. Is dat niet het geval, dan 'ontbreekt een entiteit die verantwoordelijk is voor de ongelijkheid en die de gelijke behandeling zou kunnen herstellen'.<sup>40</sup> In de arresten *Lawrence* en *Allonby* was er telkens sprake van (resp.) gelijkwaardige (andere hoedanigheid van de werknemers na overdracht van het bedrijf) en gelijke arbeid (een terbeschikkingstelling door de nieuwe werkgever aan de oude werkgever) bij verschillende werkgevers. Ondanks de *prima facie* vergelijkbaarheid van de arbeid, waren de werkgevers die de arbeids- en loonsvoorwaarden hadden opgesteld, verschillend - de voorwaarden hadden andere 'bronnen'. Het Hof van Justitie achtte de verdragsbepaling dan ook niet van toepassing. De theorie is voor kritiek vatbaar: dat sprake is van verschillende werkgevers sluit niet uit dat de arbeid gelijk of van gelijke waarde is, noch dat er een partij kan worden aangeduid die het verschil in behandeling kan rechtzetten.<sup>41</sup>

#### Rol van de nationale rechter

De eigenlijke vergelijking van de arbeid gebeurt door de nationale rechter. Hij of zij is als enige bevoegd om de feiten vast te stellen en te beoordelen of aan het verrichte werk gelijke waarde moet worden toegekend.<sup>42</sup> Het is de taak van de lidstaten om door gepaste wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen te waarborgen dat de nationale rechter die rol kan vervullen.<sup>43</sup> Een werknemer moet bij een geschil het recht hebben voor een bepaalde instantie aan te voeren dat zijn arbeid dezelfde waarde heeft als andere arbeid en zijn uit het Europees recht (zowel de verdragsbepaling als de implementerende richtlijnen) voortvloeiende rechten te doen erkennen bij wege van een bindende beslissing.<sup>44</sup> Ook of er sprake is van eenzelfde bron van arbeidsvoorwaarden is een feitenkwestie waarover de nationale rechter oordeelt.<sup>45</sup>

## Directe werking van gelijkwaardige arbeid in artikel 157 VWEU

Het is onduidelijk waarom de Britse verwijzende rechter in de *Tesco-zaak* vond dat er nog onduidelijkheid bestond over de vraag of een vordering gebaseerd op 'gelijkwaardige' arbeid directe werking had onder artikel 157 VWEU. De rechtstreekse werking van de verdragsbepaling is immers steeds uitgebreider geworden. In het *Tesco-arrest* oordeelt het Hof van Justitie logischerwijs dat artikel 157 VWEU horizontale directe werking heeft, zowel ten opzichte van gelijke als gelijkwaardige arbeid.

Zo bevestigt het nogmaals de bedoeling dat werknemers het beginsel van gelijk loon rechtstreeks moeten kunnen invoeren in een geschil met hun werkgever. De vraag die het arrest oproept, is echter dezelfde als hiervoor met betrekking tot het *Defrenne* II-arrest: het Hof van Justitie stelt dat de term 'gelijkwaardige arbeid' duidelijk genoeg is om rechtstreeks door nationale rechters te worden toegepast - maar is daarmee duidelijk wat concreet de beoordelingscriteria van 'gelijkwaardigheid' zijn? Daarover zal het Hof van Justitie ongetwijfeld in de toekomst verdere (casuïstische) prejudiciële vragen moeten beantwoorden.

## Conclusie

Het Hof van Justitie herhaalt in wezen voor het beginsel van gelijk loon voor *gelijkwaardig* werk in artikel 157 VWEU wat het al had beslist voor *gelijk* werk in artikel 119 EEG-Verdrag en voor artikel 1 van de voormalige Richtlijn 117175/EG in de zaak *Commissie I VK*: dat (de beoordelingscriteria van) zowel gelijke als gelijkwaardige arbeid duidelijk genoeg zijn om rechtstreeks door een nationale rechter te worden toegepast.

Ten tijde van het *Defrenne* II-arrest, waarbij het Hof van Justitie directe werking toekende aan *gelijke arbeid* in artikel 119 EEG-Verdrag, zou in de beslissing de ontevredenheid van het Hof van Justitie hebben meegeïmponeerd over de schoorvoetende implementatie van het principe van gelijk loon voor gelijk werk door de lidstaten.<sup>46</sup> De directe werking zou de burgers een extra middel geven om hun rechten onder het verdrag af te dwingen. Misschien heeft het Hof van Justitie met het *Tesco-arrest* een nieuw signaal willen uitzenden dat de tenuitvoerlegging van het beginsel door de lidstaten na al die jaren nog steeds niet is wat het moet zijn. Bovendien is het arrest een logisch vervolg op de rechtspraak van het Hof van Justitie die al enige decennia in de richting van meer directe werking evolueert, hoewel de termen gelijkheid en gelijkwaardigheid van arbeid soms moeilijk concreet te beoordelen zijn door de nationale rechter. Onze inschatting is dat de prejudiciële vragen om verduidelijking zich zullen blijven aandienen.

Na de richtlijn van 1975 en de herschikkingsrichtlijn van 2006 is er overigens een nieuwe richtlijn in de maak, ditmaal over loontransparantie, in uitvoering van het beginsel van gelijk loon voor gelijk werk.<sup>47</sup> Het is een teken dat ondanks de volledige directe werking die het beginsel van gelijk loon voor gelijk werk nu heeft, de loonkloof zelf nog lang niet van de baan is.

40. *Affonby*, punt 46; HvJ 17 september 2002, *Lawrence*, punt 18.

41. Ellis & Watson 2012, p. 226-227.

42. *Brunnhöfer*, punt 49; *JiimO*, punt 48; *Royal Copenhagen*, punt 42; *Commissie/VK*, punt 12-13; *Worringham*, punt 23; zie ook Ellis & Watson 2012, p. 252.

43. *Commissie/VK*, punt 7,

44. *Commissie/VK*, punt 9.

45. *Tesco Stores*, punt 36-38.

46. Ellis & Watson 2012, p. 247.

47. Voorstel van 4 maart 2021 voor een richtlijn van het Europees parlement en de Raad ter versterking van de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid door middel van beloningstransparantie en handhavingmechanismen, COM/2021/93 final. Zie hierover P. Faubert & S. Vancleef, 'De effectiviteit van het recht op gelijk loon voor gelijk(waardig) werk voor vrouwen en mannen. Het potentieel van meer loontransparantie in de strijd tegen de loonkloof', *TSR* 2021/1-2, p. 135-166.