1. En virksomhedspensionsordning, som — skønt den er vedtaget i overensstemmelse med de bestemmelser, der er fastsat af lovgiver — har sin oprindelse i en overenskomst mellem arbejdsgiveren og repræsentanter for de ansatte, som er en integrerende del af arbejdskontrakterne, og hvorefter de sociale ydelser, som skal betales i medfør af de almindeligt gældende nationale regler, suppleres af ydelser, der udelukkende finansieres af arbejdsgiveren, er ikke en social sikringsordning, der direkte er reguleret ved lov og som følge heraf er undtaget fra artikel 119's anvendelsesområde, men er tværtimod omfattet af denne bestemmelse.
2. En virksomhed, som udelukker deltidsansatte fra virksomhedens pensionsordning, overtræder traktatens artikel 119, når denne foranstaltning rammer et meget større antal kvinder end mænd, medmindre virksomheden godtgør, at den nævnte foranstaltning kan forklares ved andre — objektivt begrundede — faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn.

   Disse faktorer kan være, at virksomheden tilsigter at beskæftige færrest mulige deltidsansatte, når det godtgøres, at dette mål er i overensstemmelse med virksomhedens virkelige behov, og at de midler, der er valgt for at opnå dette mål, både er adækvate og nødvendige.
3. Artikel 119 bevirker ikke, at en arbejdsgiver er forpligtet til at udforme sin pensionsordning for de ansatte således, at der tages hensyn til de særlige vanskeligheder for ansatte med familiemæssige forpligtelser i forbindelse med konstateringen af, om de betingelser, der giver ret til en sådan pension, er opfyldt.

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 15. oktober 1985 *

Høje Domstol.

1. Ved kendelse af 5. juni 1984 har Bundesarbeitsgericht forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Foreligger der en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 119 i form af 'indirekte forskelsbehandling', dersom en varehusvirksomhed, der overvejende beskæftiger kvinder, undtager deltidsansatte fra sin overenskomstmæssige pensionsordning, skønt denne undtagelse rammer uforholdsmæssigt flere kvinder end mænd?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende:

   a) Kan virksomheden begrunde denne ringere stilling med, at den tilsigter at beskæftige færrest mulige deltidsansatte, selv om driftsøkonomiske hensyn ikke taler for en sådan perso-

* Oversat fra fransk.

nalepolitik inden for varehusområdet?

b) Skal virksomheden udforme sin pensionsordning således, at der i fornødent omfang tages hensyn til de særlige vanskeligheder, som består for arbejdstagere med familieforpligtelser, med hensyn til opfyldelse af betingelserne for at få udbetalt pension fra virksomheden?«

Denne sag vil fremfor alt give Domstolen anledning til at præcisere rækkevidden af dommen af 31. marts 1981 i sag 96/80 (Jenkins mod Kingsgate, Sml. s. 911), som vedrørte deltidsbeskæftigelse, og som den forelæggende ret og alle procesdeltagerne i vid udstrækning har henvist til. Men lad os først se på sagens faktiske omstændigheder.

2. Sagsøgte i hovedsagen og revisionsappellanten, firma Bilka-Kaufhaus GmbH (herefter benævnt Bilka), er en del af en kæde af stormagasiner i Forbundsrepublikken Tyskland, Hertie-koncernen, som beskæftiger flere tusinde ansatte.

Sagsøgeren i hovedsagen og revisionsindstævnte, Karin Weber von Hartz, der er født i 1930, var fra 15. april 1961 fuldtidsansat som ekspeditrice i Bilka. Dette ansættelsesforhold fortsatte i 11 1/2 år.

Fra den 1. oktober 1972 havde hun efter eget ønske deltidsarbejde, omtrent svarende til halvdelen af de timer, der kræves i en fuldtidsstilling. 3 1/2 år senere, den 14. april 1976, forlod hun i en alder af 46 år den virksomhed, hun havde været ansat i i 15 år.

Sagen har sit udspring i den pensionsordning, der gælder for deltidsansatte i det sagsøgte selskab. Pensionsordningen i den koncern af stormagasiner, som Bilka er en del af, er retligt indgået i form af en virksomhedsoverenskomst, der pålægger selskabet at udbetale tillægspension. I den periode, hvori sagsøgeren var ansat i selskabet, udviklede denne ordning sig således:

— ifølge en overenskomst af 31. december 1962 udbetaltes denne pension til medarbejdere, som uafbrudt havde arbejdet i virksomheden i 25 år og gik på pension, når de fyldte 65 år;

— overenskomsterne af 3. september 1966 og 17. januar 1969 medførte følgende ændringer: For at have krav på tillægspension skulle de ansatte nu have arbejdet i virksomheden i mindst 20 år på *fuld tid* og være gået på pension, når de fyldte 65 år. Kvindelige ansatte kunne få førtidstillægspension, når de fyldte 60 år. Denne ordning gjaldt for alle ansatte og udelukkede deltidsansatte fra tillægspensionsordningen. Pensionsordningen af 1969 blev udtrykkelig gjort til en del af den nye arbejdskontrakt, der i 1972 blev indgået mellem fru Weber og Bilka;

— endelig gav en overenskomst af 26. oktober 1973 på ny deltidsansatte mulighed for at erhverve alderspension, hvis de havde været ansat i virksomheden i mindst 20 år, heraf 15 på fuld tid. Ansatte, der allerede den 30. september 1966 var ansat på deltid, behøvede ikke at opfylde betingelsen om 15 års fuldtidsbeskæftigelse.

Fru Webers pensionskrav blev afvist med den begrundelse, at hun ikke opfyldte betingelsen i overenskomsten om fuldtidsbeskæftigelse.

3. Spørgsmålet om en »indirekte forskelsbehandling« af kvindelige arbejdstagere i forhold til mandlige arbejdstagere blev rejst af Bundesarbeitsgericht under den første revisionsanke. Den Landesarbeitsgericht, som sagen blev hjemvist til, gav sagsøgeren medhold, men med den begrundelse, at overenskomsten af 26. oktober 1973 i begrænset omfang på ny optog de deltidsansatte i pensionsordningen, og at det forekom vilkårligt at indføje en skæringsdato — den 30. september 1966 — der medførte en forskelsbehandling af de fuldtidsansatte, som først senere gik over til deltidsbeskæftigelse. Landesarbeitsgericht kunne derimod ikke anerkende, at der forelå en overtrædelse af princippet om ligebehandling eller princippet om lige løn til mænd og kvinder.

I forbindelse med den anden revisionsanke har Bundesarbeitsgericht, der har indvendinger mod Landesarbeitsgerichts begrundelse, indbragt spørgsmålet for Domstolen.

4. Bundesarbeitsgericht er af den opfattelse, at det følger af dommen af 11. marts 1981 (Worringham og Humphreys mod Lloyd's Bank Ltd, sag 69/80, Sml. s. 767), at pensionsydelser er løn i EØF-traktatens artikel 119, stk. 2's forstand. Retten har herefter foretaget en gennemgang af de faktiske omstændigheder i lyset af dommen i Jenkins-sagen, hvorfra den først og fremmest har citeret præmis 13, der lyder således:

»godtgøres det ... at en betydelig mindre procentdel af kvinder end mænd udfører det minimumsantal arbejdstimer pr. uge, som er nødvendigt for at gøre krav på timelønsatsen for fuldtidsbeskæftigelse, er lønuligheden i strid med traktatens artikel 119, når den pågældende virksomheds lønpolitik, under hensyn til kvindernes vanskeligheder ved at nå op på dette minimumsantal arbejdstimer pr. uge, ikke kan forklares ved andre faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn«(Sml. 1981, s. 925-926).

Det fremgår af de oplysninger, der er givet den nationale ret, at Bilka i en periode på 9 år gennemsnitlig havde 72% kvindelige ansatte og 28% mandlige ansatte. 90% af de mandlige ansatte arbejdede på fuld tid og 10% på deltid, mens 61,5% af kvinderne havde fuldtidsarbejde og 38,5% deltidsarbejde. Heraf følger, at der af det samlede personale var 2,8% af de mandlige arbejdstagere og 27,7% af de kvindelige, der arbejdede på deltid, det vil sige en mand for hver 10 kvinder.

Den forelæggende ret er af den opfattelse, at pensionsordningen således rammer kvinder 10 gange hårdere end mænd. Den mener, at de retsgrundsætninger, der »hidtil« er udviklet i Domstolens praksis, ikke sætter den i stand til at træffe afgørelse i den sag, der er indbragt for den, og at Domstolen derfor må give den »yderligere holdepunkter«.

Med hensyn til Jenkins-dommen har retten i det væsentlige rejst det spørgsmål, om denne kun tager sigte på en »skjult« og derfor tilsigtet forskelsbehandling, eller om den også gør det muligt at skride ind over for en »indirekte«, det vil sige rent objektiv, forskelsbehandling. I så fald foreligger der forskelsbehandling, så snart kvinder *faktisk* udelukkes fra at kunne opnå en ret på

grund af de familiemæssige forpligtelser, som traditionelt påhviler dem.

Da Domstolen selv i Jenkins-dommen har lagt afgørende vægt på, at »en betydelig mindre procentdel af kvinder end mænd udfører det minimumsantal arbejdstimer pr. uge, som er nødvendigt ...« (præmis 13), ønsker den forelæggende ret oplyst, hvilken betydning der skal tillægges dette forhold. Dette er formålet med det første præjudicielle spørgsmål.

Domstolen har endvidere i samme dom udtalt, at

»11) det ... ikke [er] i strid med ligelønsprincippet i traktatens artikel 119 at udbetale en forskellig timeløn, afhængig af det ugentlige antal arbejdstimer, såfremt lønforskellen mellem deltids- og fuldtidsbeskæftigelse skyldes faktorer, som er objektivt begrundede, og som ikke beror på nogen form for kønsdiskrimination.

12) Dette kan navnlig være tilfældet, når arbejdsgiveren, af objektivt begrundede økonomiske grunde og uden hensyn til arbejdstagerens køn, ved at give en mindre timeløn for deltidsend for fuldtidsbeskæftigelse, ønsker at fremme fuldtidsbeskæftigelse«.

Den forelæggende ret anser det for tvivlsomt, om det er tilstrækkeligt at henvise til, at personalepolitikken skal fremme fuldtidsbeskæftigelse, eller det desuden må antages, at en sådan politik kun er berettiget, hvis den er begrundet i økonomiske hensyn? Dette er formålet med spørgsmål 2 a).

Den forelæggende ret har endelig rejst det spørgsmål, om det ikke under alle omstændigheder påhviler arbejdsgiveren at tilrettelægge sin pensionsordning således, at de virkninger, som denne kan have for ansatte med familiemæssige forpligelser, altså i realiteten kvinder, afbødes. Retten har derfor stillet spørgsmål 2 b).

5. De skriftlige og mundtlige indlæg, der er indgivet af Det forenede Kongeriges regering, rejser et spørgsmål, der går forud herfor. Regeringen har nemlig anført, at hverken betingelserne for at få adgang til en pensionsordning eller ydelserne i medfør af denne er omfattet af artikel 119.

Denne bestemmelse finder derfor ikke anvendelse i dette tilfælde.

Det første præjudicielle spørgsmål vedrører *adgangen* til pensionsordningen. Domstolens dom af 15. juni 1978 i Defrenne III-sagen (149/77, Sml. s. 1365), støtter det af Det forenede Kongeriges regering anførte, jfr. præmisserne 19-22 (Sml. s. 1376 og 1377), som citeres i deres helhed i indlægget. Denne praksis er stadfæstet i dommen af 16. februar 1982 i sag 19/81, Burton (Sml. s. 555). Regeringen henviser til præmisserne 7 og 8 i dommen, hvori Domstolen har udtalt, at det ikke er et problem, der vedrører fortolkningen af artikel 119, at der er forskel i minimumsalderen for at få udbetalt godtgørelse ved frivillig fratræden — 60 år for mænd, 55 for kvinder — idet dette problem — om betingelserne for adgang til den frivillige fratrædelsesordning indebærer forskelsbehandling — reguleres af Rådets

direktiv 76/207 af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39 af 14.2.1976, s. 40).

Selv om Domstolen måtte finde, at det spørgsmål, der er forelagt den, ikke vedrører betingelserne for adgangen til ordningen, men ydelserne, må det ifølge Det forenede Kongeriges regering antages, at dette spørgsmål ikke reguleres af artikel 119. Denne bestemmelse finder nemlig kun anvendelse på løn og ikke på pensioner, som henhører under den sociale sikring og derfor er omfattet af artikel 117. I øvrigt viser den omstændighed, at der findes et forslag til Rådets direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (forelagt Rådet af Kommissionen den 5. maj 1983, EFT C 134 af 21.5.1983, s. 7) — om fornødent — at dette spørgsmål ligger uden for artikel 119's anvendelsesområde.

Desuden ville enhver anden løsning, der bygger på artikel 119's umiddelbare anvendelighed på dette område, være en fare for virksomhedernes stabilitet, idet den ville pålægge dem uforudsete økonomiske byrder. Dette er meningen med bestemmelserne i artikel 10 i ovennævnte forslag til direktiv.

Denne opfattelse er desuden i overensstemmelse med ånden i Defrenne I-dommen af 25. maj 1971 (sag 80/70, G. Defrenne mod Belgien, Sml. 1971, s. 109). I den nu foreliggende sag har Domstolen lejlighed til at gøre en ende på den bestående usikkerhed ved udtrykkeligt at fastslå, at pensionsordninger på arbejdsmarkedet ikke er omfattet af artikel 119.

6. Kommissionen er den eneste, der har begrundet sin stillingtagen til de spørgsmål, som betingelserne for at opnå ydelser i henhold til den omhandlede pensionsordning og disse ydelsers retlige karakter rejser.

Ifølge Kommissionen kan Domstolens afgørelse i Burton-sagen ikke overføres på den foreliggende sag. Den vedrører en forskel i aldersbetingelserne for at *oppebære* en ydelse. I nærværende sag er spørgsmålet imidlertid ikke *på hvilket tidspunkt*, men *om* fru Weber som deltidsansat kan opnå en pension. Bundesarbeitsgericht antager, at fru Weber i medfør af den tyske lov af 19. december 1974 om forbedring af virksomhedernes pensionsordninger har erhvervet et pensionskrav, som kun betingelsen om fuldtidsbeskæftigelsens varighed i overenskomsten af 1973 står i vejen for.

Med hensyn til den omhandlede ydelses retlige karakter finder Kommissionen, at den forelæggende ret med føje har henvist til Domstolens dom i Worringham og Humphreys-sagen. Ganske vist er der i nærværende sag ikke som i sag 69/80 tale om »et bidrag til en pensionsordning, der indbetales af en arbejdsgiver på de ansattes vegne i form af et tillæg til bruttolønnen, og som følgelig er med til at bestemme denne løns størrelse«; dette er »løn« efter EØF-traktatens artikel 119, stk. 2 (præmis 17, Sml. 1981, s. 790). Ikke desto mindre bør det her opstillede princip også gælde i nærværende sag.

Det fremgår nemlig af Domstolens praksis, at begrebet løn skal fortolkes vidt. Kommissionen har i denne forbindelse citeret præmis 7 i Defrenne I-dommen (Sml. 1971, s. 109), hvor Domstolen udtalte, at

»selv om fordele med karakter af ydelser under den sociale sikring ... ikke principielt kan udelukkes fra begrebet løn, ses dette begreb, som det er defineret i artikel 119, imidlertid ikke at kunne omfatte de socialsikringsordninger eller -ydelser, navnlig alderspension, som direkte er reguleret ved lov, således at der ikke foreligger nogen overenskomst inden for den pågældende virksomhed eller erhvervsgren, og som obligatorisk finder anvendelse på almindelige grupper af arbejdstagere«.

Bilka's pensionsordning opfylder ingen af de betingelser, der kan udelukke anvendelsen af artikel 119. Den er i overensstemmelse med de kriterier, der er opstillet af generaladvokat Dutheillet de Lamothe i hans forslag til afgørelse af Defrenne I-sagen, og som skal være opfyldt, for at denne bestemmelse kan anvendes. Endelig er der ved den omtvistede forskelsbehandling ikke tale om et af de tilfælde, hvor princippet om ligebehandling af mænd og kvinder først træder i kraft, når ovennævnte direktivforslag vedrørende de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger vedtages.

7. Lad mig tage stilling til dette spørgsmål først.

Jeg mener ligesom Kommissionen og i første række af de grunde, denne har anført, at Burton-dommen ikke er afgørende for løsningen af nærværende sag. Sagen drejede sig ikke om Burtons *ret* til at benytte sig af muligheden for frivillig fratrædelse, men kun om *hvornår* han kunne fratræde. I nærværende sag er det *selve* fru Webers *ret* til pension, der bestrides.

Desuden har Domstolen i denne dom klart angivet grunden til, at fastsættelsen af en mindstepensionsalder, som er forskellig for mænd og kvinder, inden for rammerne af en ordning vedrørende social sikring ikke kan anses for at være en efter fællesskabsretten forbudt forskelsbehandling.

I præmis 13 hedder det nemlig, at »Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT L 6, s. 24), ... bestemmer i artikel 7, at direktivet ikke er til hinder for, at medlemsstaterne fra direktivets anvendelsesområde kan undtage fastsættelse af pensionsalderen for ydelse af alders- og arbejdsophørspensioner ...« (Sml. 1982, s. 576). Der var altså i dette tilfælde en udtrykkelig fællesskabsbestemmelse, der tillod den anfægtede foranstaltning.

Tilbage står derfor spørgsmålet om, hvorvidt en pension skal anses for løn i artikel 119's forstand. Også hvad dette spørgsmål angår, er jeg enig med Kommissionen i, at begrebet løn skal fortolkes vidt.

Der må derfor henvises til dommen i Defrenne I-sagen og specielt til præmis 7, der citeres af Kommissionen, hvis bedømmelse jeg er enig i.

Som det vil erindres, udtalte Domstolen i denne afgørelse, at alderspensionsordninger, der er reguleret ved lov, ikke er omfattet af artikel 119; det fremhævedes (i præmis 8), at arbejdstagernes, arbejdsgivernes og eventuelt det offentliges bidrag til ordningerne »i mindre grad følger af ansættelsesforholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager end af socialpolitiske overvejelser«.

Ud fra dette synspunkt må man kunne gå ud fra, at der ikke er grund til at holde den omhandlede pensionsordning, der i det væsentlige beror på overenskomst, ude fra artikel 119's anvendelsesområde.

I sit forslag til afgørelse af denne sag anførte generaladvokat Dutheillet de Lamothe, at en af grundene til, at disse tillægspensioner er omfattet af artikel 119, efter hans opfattelse var, at der forelå »det nødvendige bånd mellem ydelse, arbejsgiver, arbejdstager og ansættelsesforhold« som denne bestemmelse forudsætter (Sml. 1971, s. 119). Det er ubestrideligt, at dette bånd foreligger i dette tilfælde. Det vil erindres, at der er tale om en ordning, der er føjet til den lovbestemte ordning for at forbedre denne, og som er frivillig, selv om det offentlige har givet inspirationen til den eller fastlagt rammerne for den, og at dens gennemførelse er betinget af, at den gøres til en del af arbejdsforholdet efter forhandlinger mellem arbejdsgiveren og de ansatte.

Endelig må det — selv om det er rigtigt, at alderspensionsordninger, der er reguleret ved lov, i princippet er omfattet af EØF-traktatens artikel 117 om harmoniseringen af de sociale ordninger — i hvert enkelt tilfælde under hensyn til den pågældende nationale lovgivning undersøges, om en pensionsordning opfylder de kriterier, der er opstillet i dommen i Defrenne I-sagen, således som Kommissionen har gjort.

Domstolens praksis på dette område er tilstrækkelig smidig til, at der kan tages hensyn til de nationale ordningers forskelligartethed. Jeg mener derfor, at den forelæggende ret med føje har stillet spørgsmålene på baggrund af traktatens artikel 119.

Jeg vil derfor nu tage stilling til de argumenter, som er fremført med hensyn til disse spørgsmål.

8. Fru Weber er af den opfattelse, at det følger af Jenkins-dommen, at der ikke er grund til at sondre mellem direkte og »indirekte« forskelsbehandling. I nærværende sag viser virksomhedens personalestruktur med tilstrækkelig tydelighed, at der er tale om forskelsbehandling. Deltidsbeskæftigelse styrker den traditionelle fordeling af rollerne mellem mænd og kvinder uden at sikre sidstnævntes økonomiske uafhængighed. Den afspejler således den konflikt, som er uadskilleligt forbundet med kvindens situation, nemlig mellem familie og hjem på den ene side og arbejde uden for hjemmet på den anden. Under de nuværende økonomiske forhold fremmer den endvidere mændenes beskæftigelse i fuldtidsstillinger.

Det af Bilka anførte formål — at bekæmpe deltidsbeskæftigelse — kan ikke begrunde denne forskelsbehandling. En arbejdsgiver, som vil gennemføre en politik til fordel for fuldtidsbeskæftigelse, kan lade være med at ansætte deltidsbeskæftigede. Men han kan ikke uden at overtræde bestemmelserne i artikel 119 forværre forholdene for denne gruppe ansatte, som allerede er stillet ringere med hensyn til deres pensionsret som følge af betingelserne for deres ansættelse, ved også at udelukke dem fra en tillægspension. Enhver anden løsning ville være diskriminerende. Man kan ikke gå på akkord med forbudet mod forskelsbehandling. Der må derfor anvendes kompenserende ordninger som dem, Bundesarbeitsgericht har henvist til.

9. Bilka har gjort gældende, at der før 1977 var mangel på arbejdskraft, særlig i detailhandelen, hvor arbejdstiderne, specielt sidst på eftermiddagen eller om lørdagen ikke tiltrak ansøgere. Det har derfor været nødvendigt at fremme ansættelsen af fuldtidsbeskæftigede. Denne forkærlighed for fuldtidsansatte, der er uafhængig af de ansattes køn, må betragtes som objektivt og økonomisk begrundet, jfr. præmis 12 i Jenkins-dommen.

Revisionsappellanten slutter heraf, at det første præjudicielle spørgsmål må besvares benægtende. Under retsmødet har revisionsappellanten tilføjet, at det samme må gælde spørgsmål 2 b), som beror på en klar forveksling af de opgaver, der påhviler henholdsvis en medlemsstat og en virksomhed.

10. Det forenede Kongeriges repræsentant udtalte sig under retsmødet subsidiært om spørgsmålet om en eventuel »indirekte« forskelsbehandling og gav udtryk for, at Jenkins-dommen klart har vist, at anvendelsen af bestemmelserne i artikel 119 er betinget af, at der foreligger forsæt. Forsæt foreligger, når der ikke er nogen anden rimelig grund, der kan retfærdiggøre den kritiserede foranstaltning. Det kan ikke udledes af den omstændighed, at det påregnede resultat ikke er nået, og heller ikke af, at resultatet kan nås på en anden måde. Retten bør nemlig ikke kunne sætte sig i arbejdsgiverens sted, for så vidt angår bedømmelsen af valget af forretningspolitik.

For at sige det mere generelt kan artikel 119 ikke være gældende med hensyn til »indirekte forskelsbehandling«. Den kan i særdeleshed ikke begrunde en kompensation af den type, den forelæggende ret har henvist til i det præjudicielle spørgsmål 2 b).

11. Under henvisning til præmisserne 10 og 11 i Jenkins-dommen finder Kommissionen, at de af Bundesarbeitsgericht anvendte begreber »skjult forskelsbehandling« og »indirekte forskelsbehandling« er lidet egnede til at præcisere rækkevidden af de principper, der er opstillet i Domstolens praksis.

I dommen af 8. april 1976 i Defrenne II-sagen (43/75, G. Defrenne mod Sabena, Sml. s. 455, præmis 18, s. 472) har Domstolen foretaget en sondring mellem »direkte og åben forskelsbehandling« og »indirekte og skjult forskelsbehandling«. Domstolen udtaler i præmis 19,

»... at en fuldstændig gennemførelse af artikel 119's mål gennem fjernelse af enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling mellem mænd og kvinder ... i visse tilfælde kan have til forudsætning, at der fastsættes kriterier, hvis gennemførelse kræver udstedelse af passende fællesskabsretlige eller nationale foranstaltninger.«

Præmis 17 i Jenkins-dommen (Sml. 1981, s. 926) synes at tilføje en sondring mellem forskelsbehandling, som retterne »uden videre« kan konstatere, og forskelsbehandling, som kun kan konstateres ved anvendelse af mere præcise kriterier, der er opstillet af fællesskabsretten eller national ret.

Bundesarbeitsgericht har i forelæggelseskendelsen fortolket begrebet skjult forskelsbehandling for snævert, idet den har begrænset det til forskelsbehandling specielt på grundlag af køn. Jenkins-dommen giver ifølge Kommissionen holdepunkter for at antage, at artikel 119's direkte virkning også omfatter bestemmelser, som gennemfører forskelsbehandling på grundlag af andre kriterier end køn, når anvendelsen af sådanne bestemmelser *faktisk* fører til samme resultat, og når der ikke er nogen objektiv grund hertil. Domstolen har ikke — som Bundesarbeitsgericht og den engelske forelæggende ret tilsyneladende har antaget efter Jenkins-dommen — udtalt, at der kun kan være tale om overtrædelse af artikel 119 ved forsætlig forskelsbehandling, og har heller ikke udelukket, at der kan

være tale om overtrædelse af artikel 119, når arbejdsgiveren har godtgjort, at han forfølger et andet formål end forskelsbehandling af kvindelige ansatte. Der må foretages en sammenligning mellem forslaget til afgørelse fra generaladvokat Warner (Sml. 1981, s. 936-937), som henviser til en dom fra De forenede Staters Højesteret, Griggs mod Duke Power, og præmisserne 11 og 12 i Jenkins-dommen. Heraf følger, at Domstolen har villet påpege, at den omstændighed, at arbejdsgiveren ikke har haft forsæt til forskelsbehandling, ikke er tilstrækkelig til at erklære en bestemmelse, der faktisk er til ugunst for kvinder, forenelig med princippet om forbud mod forskelsbehandling. Forsæt til forskelsbehandling af kvindelige ansatte er kun et af de tilfælde, hvor artikel 119 kan anvendes.

Med hensyn til spørgsmål 2 a) har Kommissionen under henvisning til Defrenne II-dommen anført, at artikel 119 forfølger to formål, dels et økonomisk, idet den forhindrer en lønpolitik, der bevirker, at den frie konkurrence fordrejes, dels et socialt, idet den fremmer forbedring af de europæiske folks levevilkår og beskæftigelsesforhold. For så vidt angår det sidstnævnte formål kan artikel 119 kun afføde sin tilsigtede virkning, hvis arbejdsgivernes lønpolitik faktisk tager hensyn til de delstidsansatte kvinders levevilkår og arbejdsforhold. Jenkins-dommen falder helt i tråd med denne praksis. I præmisserne 11-13 kræves nemlig en objektiv begrundelse, der udelukker enhver forskelsbehandling af deltidsbeskæftigelse og fuldtidsbeskæftigelse på grundlag af køn.

Det præjudicielle spørgsmål 2 b) kræver ikke noget svar, da valget af lønpolitik ikke fuldt ud er overladt til arbejdsgiverens skøn.

For det tilfælde at Domstolen ikke deler denne opfattelse, har Kommissionen subsidiært anført, at princippet om nødvendighed og proportionalitetsprincippet må anvendes. I henhold til disse principper skal der tages hensyn til de deltidsansattes loyalitet over for virksomheden, og disse er for størstedelens vedkommende kvinder. Hvis der ikke generelt kan tages hensyn hertil, bør diskriminerende virkninger over for kvinder i hvert fald undgås.

12. Domstolen har i Defrenne II-dommen udtalt:

»18) ... inden for artikel 119's samlede anvendelsesområde [må man] sondre mellem på den ene side direkte og åben forskelsbehandling, som kan konstateres allerede ved hjælp af de i artiklen opstillede kriterier samme arbejde og lige løn, og på den anden side indirekte og skjult forskelsbehandling, som kun kan påvises på grundlag af mere udtrykkelige gennemførelsesbestemmelser af fællesskabsretlig eller national karakter« (Sml. 1976, s. 472).

Det følger af denne afgørelse, at artikel 119 kun har direkte virkning med hensyn til »direkte forskelsbehandling«, hvilket er bekræftet i dommen af 27. marts 1980 (sag 129/79, Macarthys, Sml. s. 1275, især præmis 10, s. 1288) og den allerede nævnte dom i Worringham og Humphreys-sagen (præmis 23, Sml. 1981, s. 791-792).

Men hvad forstås der ved »direkte forskelsbehandling«? I Domstolens praksis defineres denne som forskelsbehandling, som kan konstateres »allerede ved hjælp af de i [artikel 119] opstillede kriterier samme

arbejde og lige løn« (Defrenne II, præmis 18), »uden at der fra Fællesskabets eller medlemsstaternes side skal træffes nærmere gennemførelsesbestemmelser« (Macarthys, præmis 10).

Så snart retten kan bedømme den situation, som er forelagt den, allerede ved hjælp af disse kriterier, finder princippet i artikel 119 umiddelbar anvendelse.

Det må herefter undersøges, om den forelæggende ret i nærværende sag kan bedømme de faktiske omstændigheder, som er forelagt den, allerede ved hjælp af disse kriterier. Dette synes at være tilfældet, da der er tale om en lønordning, hvorefter der udbetales *forskellig løn* (i vid forstand) for *samme arbejde*, der udføres under forskellige betingelser på fuldtid eller deltid.

Må det være mig tilladt her at henlede Domstolens opmærksomhed på, at det første spørgsmål, der er stillet af den forelæggende ret, terminologisk er tvetydigt. Retten spørger nemlig, om det kan statueres, at der foreligger »indirekte forskelsbehandling«, mens Domstolen — som jeg netop har anført — er af den opfattelse, at artikel 119's direkte virkning ikke omfatter denne form for forskelsbehandling. Men er den indirekte forskelsbehandling, som er beskrevet af den forelæggende ret, ikke i virkeligheden direkte forskelsbehandling i Defrenne II-dommens forstand?

Hvordan det end forholder sig, er det ikke forskelsbehandlingens *art*, som bør betinge rettens kompetence. Som generaladvokat Jean-Pierre Warner anførte i sit forslag til afgørelse i Jenkins-sagen, er kriteriet for kompetencen artikel 119's *direkte virkning*. Den direkte virkning opstår ifølge Warner ikke, »når en ret ikke kan anvende [artikel 119] efter de enkle kriterier, der findes i selve artiklen, og når det følgelig er nødvendigt at udstede gennemførelsesbestemmelser til fastlæggelse af de relevante kriterier, det være sig på fællesskabsplan eller nationalt plan« (Sml. 1981, s. 938).

Dette standpunkt, som for at skabe klarhed i forhold til de nationale domstole giver den direkte virkning forrang frem for forskelsbehandlingens art, er i overensstemmelse med ånden i Domstolens praksis. Jeg vil gerne tilslutte mig dette standpunkt og beder Domstolen stå fast på det.

13. Hvorom alting er, skal den forelæggende ret tage stilling til den omtvistede foranstaltning, der er truffet af Bilka, under hensyntagen til den særlige sammensætning af det personale, der er beskæftiget på deltid i virksomheden.

Dette skal den gøre efter følgende principper, der er fastlagt i Jenkins-dommen:

— en lønulighed, der uden forskel gælder for arbejdstagere af begge køn, er ikke i sig selv i strid med artikel 119 (præmisserne 10 og 11); den kan »navnlig« være berettiget af »objektivt begrundede økonomiske grunde« (præmis 12);

— hvis uligheden imidlertid i højere grad berører det kvindelige personale, er den i strid med artikel 119, med mindre den kan forklares ved »andre faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn« (præmis 13);

— den *nationale ret* har *enekompetence* til »i hvert enkelt tilfælde ... på grundlag af de *faktiske omstændigheder, sagens forhistorie* og arbejdsgiverens *bevæggrunde*«, at afgøre, om lønuligheden »i

virkeligheden indebærer forskelsbehandling« på grundlag af arbejdstagerens køn (præmis 14, mine understregninger).

Den forelæggende ret beder Domstolen gå endnu længere. For det tilfælde, at det lykkes Bilka over for den ret, der skal behandle hovedsagen, at godtgøre, at det virkelige formål var gennem pensionsordningen at tilskynde til indgåelse af kontrakter om fuldtidsbeskæftigelse, ønsker den oplyst, om den også skal undersøge, om denne afgørelse er nødvendig af økonomiske grunde. Det er det, udtrykket »driftsøkonomiske hensyn« i spørgsmål 2 a) betyder, jfr. forelæggelseskendelsens grunde.

Efter min opfattelse må dette spørgsmål besvares benægtende. Når der ikke findes en udtrykkelig bestemmelse, kan det på fællesskabsrettens nuværende stade ikke på grundlag af artikel 119's direkte virkning udelukkes, at der kan foreligge en ikkeøkonomisk grund som begrundelse i henhold til præmis 13 i Jenkins-dommen. Efter min opfattelse er der ingen bestemmelser, der forbyder en arbejdsgiver at anvende en personalepolitik, der begunstiger fuldtidsbeskæftigelse, når blot der tages hensyn til gældende retsregler, og der ikke foreligger forsæt til forskelsbehandling.

Det samfundsmæssige og kulturelle pres, som kvinder med erhvervsarbejde ligger under for, og som både er baggrunden for Jenkins-sagen og nærværende sag, bør ikke kunne udnyttes af arbejdsgiveren. Men det kan ikke pålægge ham yderligere forpligtelser, der begrænser det valg, han normalt har med hensyn til personalepolitikken.

14. Det præjudicielle spørgsmål 2 b) kræver kun få kommentarer. Hvor rosværdige og interessante de initiativer, der er taget i denne henseende, end er, kan man ikke pålægge arbejdsgiveren at træde i det offentliges sted, når der skal oprettes en pensionsordning, der tager hensyn til de særlige vanskeligheder, som arbejdstagere med familieforpligtelser har.

Ifølge artikel 119 er det kun medlemsstaterne, der har forpligtelse til at handle og ikke virksomhederne, som inden for de angivne grænser kun har pligt til ikke at udøve forskelsbehandling.

15. Herefter skal jeg foreslå, at de af Bundesarbeitsgericht forelagte spørgsmål besvares således:

1) En virksomheds tillægspensionsordning, der begunstiger fuldtidsansatte, er i strid med EØF-traktatens artikel 119, når den — selv om den gælder uden forskel for ansatte af begge køn — i virkeligheden har til formål at begrænse udearbejdende kvinders rettigheder, og kvinderne på grund af deres forpligtelser udgør størstedelen eller den overvejende del af det deltidsansatte personale.

2) Artikel 119 er umiddelbart anvendelig i en sådan situation, for så vidt som den nationale ret kan begrunde sin afgørelse ved hjælp af kriterierne samme arbejde og lige løn, uden at fællesskabsregler eller nationale regler behøver at komme ind i billedet.

3) Arbejdsgiveren kan godtgøre, at den omtvistede foranstaltning er berettiget ved at bevise, at den er begrundet i andre faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn.

4) På fællesskabsrettens nuværende stade kan arbejdsgiveren ikke være forpligtet til ved oprettelsen af pensionsordninger i virksomheden at kompensere for de særlige vanskeligheder, som deltidsbeskæftigede arbejdstagere har på grund af deres familiemæssige forpligtelser.