1. Non costituisce un regime previdenziale direttamente disciplinato dalla legge e che esuli, per questo motivo, dal campo di applicazione dell'art. 119 del trattato, bensì ricade sotto questa disposizione il regime pensionistico d'impresa il quale, benché adottato conformemente alle disposizioni stabilite dal legislatore, tragga origine dall'accordo fra il datore di lavoro ed i rappresentanti dei dipendenti, faccia parte integrante dei contratti di lavoro ed abbia l'effetto di completare le prestazioni sociali dovute a norma delle leggi nazionali di applicazione generale mediante prestazioni il cui finanziamento è unicamente a carico del datore di lavoro.
2. L'art. 119 del trattato è trasgredito dall'impresa la quale escluda i dipendenti ad orario ridotto dal regime pensionistico d'impresa, qualora questo provvedimento colpisca un numero molto più elevato di donne che di uomini, a meno che l'impresa non provi che detto provvedimento è dovuto a considerazioni obiettive ed estranee a qualsiasi discriminazione basata sul sesso.

   Queste considerazioni possono riguardare il fatto che l'impresa mira ad occupare il minimo possibile di lavoratori ad orario ridotto, qualora sia provato che questo scopo risponde ad un'esigenza effettiva dell'impresa e che i mezzi scelti per raggiungerlo sono adeguati e necessari.
3. L'art. 119 del trattato non ha l'effetto di obbligare il datore di lavoro ad organizzare il regime pensionistico d'impresa da lui istituito per i propri dipendenti in modo da tener conto dei particolari problemi che sorgono per i dipendenti con carico di famiglia in fatto di acquisto del diritto alla pensione.

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE MARCO DARMON del 15 ottobre 1985 *

Signor Presidente,
signori Giudici,

1. Con ordinanza 5 giugno 1984, il Bundesarbeitsgericht vi ha sottoposto le seguenti questioni pregiudiziali:

« 1) Se sia ravvisabile una violazione dell'art. 119 del trattato CEE, costituente una « discriminazione indiretta », nel fatto che un'impresa di grandi magazzini, che occupa prevalentemente personale femminile, escluda coloro che prestano servizio ad orario ridotto dal beneficio del regime pensionistico aziendale nonostante che quest'esclusione colpisca sproporzionatamente il personale femminile più di quello maschile.

2) In caso di soluzione affermativa della prima questione:

   a) Se l'impresa possa giustificare questa discriminazione sostenendo che essa aspira ad occupare il minor numero possibile di dipendenti ad orario ridotto, mentre l'interesse del-

* Traduzione dal francese.

l'impresa non impone una siffatta politica del personale nel settore dei grandi magazzini.

b) Se l'impresa debba organizzare il proprio regime pensionistico tenendo adeguato conto delle difficoltà particolari incontrate dai dipendenti che hanno carichi di famiglia per soddisfare le condizioni di attribuzione della pensione aziendale. »

Il presente procedimento vi porterà in sostanza a precisare la portata della vostra sentenza 31 marzo 1981 (causa 96/80, Jenkins/Kingsgate, Racc. 1981, pag. 911), relativa al lavoro ad orario ridotto, cui il giudice a quo e tutte le parti intervenute nel corso del procedimento hanno fatto ampiamente riferimento. Ma esaminiamo anzitutto i fatti.

2. La Bilka-Kaufhaus GmbH, convenuta nella causa principale, ricorrente per cassazione (« Revision »), (in prosieguo: « la Bilka ») fa parte di una catena di grandi magazzini operante nella Repubblica federale di Germania, il gruppo Hertie, che dà lavoro a varie migliaia di dipendenti.

La sig.ra Karin Weber von Hartz, attrice nella causa principale e resistente in cassazione (« Revision »), nata nel 1930, dal 15 aprile 1961 lavorava a tempo pieno come commessa presso la Bilka. Questa situazione si protraeva per undici anni e mezzo.

Dal 1° ottobre 1972, in seguito a richiesta da lei presentata in tal senso, la sig.ra Weber lavorava ad orario ridotto, e cioè pressappoco per la metà delle ore corrispondenti ad un lavoro a tempo pieno. Tre anni e mezzo dopo, il 14 aprile 1976, essa veniva licenziata, all'età di quarantasei anni, dopo quindici anni di servizio nell'impresa.

La controversia riguarda il regime pensionistico applicato dall'impresa ricorrente nella causa principale ai dipendenti ad orario ridotto. Il regime vigente nel gruppo di grandi magazzini di cui fa parte la Bilka ha la forma giuridica di una convenzione aziendale che impone all'impresa il versamento di prestazioni pensionistiche complementari. Durante il periodo dell'attività lavorativa della resistente nella causa principale esso veniva modificato come segue:

— secondo la convenzione del 31 dicembre 1962, erano ammessi a fruire di dette prestazioni i dipendenti che avessero lavorato ininterrottamente per venticinque anni nell'impresa e fossero andati in pensione a sessantacinque anni compiuti;

— accordi conclusi il 3 settembre 1966 e il 17 gennaio 1969 recavano le seguenti modifiche: per poter fruire del diritto alla pensione complementare, i dipendenti avrebbero dovuto da allora in poi aver lavorato nell'impresa almeno venti anni a *tempo pieno* ed essere andati in pensione a sessantacinque anni compiuti. Le donne potevano fruire di una pensione complementare anticipata a sessant'anni. Questo regime vigeva per tutti i dipendenti ed escludeva dal diritto alla pensione complementare i dipendenti che prestavano servizio ad orario ridotto. Il regime del 1969 faceva parte integrante, come espressamente dichiarato, del nuovo contratto di lavoro stipulato nel 1972 fra la sig.ra Weber e la Bilka;

— infine, la convenzione adottata il 26 ottobre 1973 offriva nuovamente ai dipendenti ad orario ridotto la possibilità di fruire di una pensione di vecchiaia se avessero lavorato nell'impresa almeno per vent'anni, di cui quindici a tempo pieno. Soltanto i dipendenti che già prima del 30 settembre 1966 avessero un contratto di lavoro ad orario ridotto non avrebbero dovuto soddisfare il requisito di un periodo di quindici anni di lavoro a tempo pieno.

Alla sig.ra Weber veniva negato il diritto alla pensione per il motivo ch'essa non rispondeva ai requisiti relativi al lavoro a tempo pieno convenzionalmente stabiliti.

3. La questione della « discriminazione indiretta » delle lavoratrici rispetto ai lavoratori veniva sollevata dallo stesso Bundesarbeitsgericht in un primo procedimento per « Revision ». Il Landesarbeitsgericht, cui la causa veniva rinviata, aveva riconosciuto fondata la pretesa dell'attrice, in considerazione del fatto che la convenzione 26 ottobre 1973 aveva riammesso in misura limitata i dipendenti ad orario ridotto a fruire del regime pensionistico da essa contemplato e in quanto sarebbe stato arbitrario stabilire una data di riferimento — il 30 settembre 1966 — che avrebbe comportato una discriminazione nei confronti dei dipendenti a tempo pieno che solo successivamente a detta data avessero cominciato a prestare servizio ad orario ridotto. Detto giudice aveva invece negato l'esistenza di una violazione del principio della parità di trattamento o di quello della parità delle retribuzioni per i lavoratori e le lavoratrici.

Nell'ambito del secondo procedimento per « Revision », il Bundesarbeitsgericht criticava la motivazione sulla quale si era basato il giudice del merito e adiva in via pregiudiziale la Corte di giustizia.

4. A suo avviso, dalla vostra sentenza 11 marzo 1981 (causa 69/80, Worringham e Humphreys/Lloyd Bank Ltd, Racc. 1981, pag. 767) risulta che le prestazioni pensionistiche costituiscono una retribuzione ai sensi dell'art. 119, 2° comma, del trattato CEE. Esso ha inoltre proceduto ad un'analisi dei fatti in relazione alla vostra sentenza Jenkins, di cui ha in primo luogo citato il punto 13 della motivazione, che così recita:

« (...) se risulti che una percentuale notevolmente inferiore di lavoratrici, rispetto ai colleghi maschi, effettua il minimo di ore lavorative settimanali prescritto per poter fruire della paga oraria ad aliquota intera, la disparità di retribuzione è in contrasto con l'art. 119 del trattato allorché, tenuto conto delle difficoltà che devono superare le lavoratrici per poter prestare questo minimo di ore settimanali, il sistema retributivo applicato dall'impresa di cui trattasi non possa giustificarsi con fattori che escludono una discriminazione fondata sul sesso » (Racc. 1981, pagg. 925 e 926).

Dalle medie fornite al giudice nazionale risultava che, durante nove anni, la Bilka aveva il 72% di dipendenti di sesso femminile e il 28% di sesso maschile. Gli uomini erano occupati per il 90% a tempo pieno e per il 10% ad orario ridotto, mentre le donne lavoravano per il 61,5% a tempo pieno e per il 38,5% ad orario ridotto. Sul totale dell'organico erano perciò occupati ad orario ridotto il 2,8% dei lavoratori e il 27,7% delle lavoratrici, il che corrispondeva ad un rapporto di 1 uomo per 10 donne.

Il giudice a quo ritiene che il regime pensionistico in questione pregiudichi quindi dieci volte più le donne degli uomini. Esso rileva che i principi « finora » enunciati nella vostra giurisprudenza non gli consentono di risolvere la controversia sottopostagli e che sono quindi necessarie in proposito « ulteriori indicazioni » da parte della Corte.

Per quanto attiene alla sentenza Jenkins, detto giudice si chiede in sostanza se essa riguardi unicamente una discriminazione « dissimulata », quindi intenzionale, o possa riferirsi anche ad una discriminazione « indiretta », cioè semplicemente oggettiva. In tal caso, si avrebbe una discriminazione qualora le donne, a causa degli obblighi familiari che sono tradizionalmente a loro ca-

rico, siano escluse *di fatto* dall'acquisto di un diritto.

Poiché la Corte stessa ha insistito, nella sentenza Jenkins, sul carattere decisivo della « percentuale notevolmente inferiore di lavoratrici, rispetto ai colleghi maschi, (che) effettua il minimo di ore lavorative (...) prescritto » (punto 13 della motivazione), il giudice a quo vorrebbe sapere quale sia la portata da attribuire a questa circostanza. La prima questione pregiudiziale mirerebbe a chiarire questo punto.

Nella stessa sentenza avete d'altronde affermato quanto segue:

« 11) (...) il fatto di corrispondere, per il lavoro pagato a tempo, una retribuzione oraria diversa, a seconda del numero di ore lavorative settimanali, non stride con il principio della parità di retribuzione sancito dall'art. 119 del trattato, sempreché la differenza di retribuzione tra il lavoro ad orario ridotto e il lavoro a tempo pieno sia dovuta a fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione a motivo del sesso.

12) Ciò può verificarsi in particolare allorché il datore di lavoro, corrispondendo per il lavoro ad orario ridotto una retribuzione oraria inferiore a quella corrisposta per il lavoro a tempo pieno, mira, per motivi economici obiettivamente giustificati, ad incentivare il lavoro a tempo pieno, indipendentemente dal sesso del lavoratore. »

Il giudice a quo si chiede pertanto se si possa tener conto di una politica del personale consistente nell'incentivare il lavoro a tempo pieno ovvero si debba, inoltre, ritenere giustificata una siffatta politica solo se questa sia basata su motivi economici. Tale è il senso della questione 2 a).

Il giudice a quo si chiede infine se, in ogni caso, il datore di lavoro non sia tenuto ad organizzare il regime pensionistico aziendale in modo da prevenire gli effetti negativi che potrebbero derivarne nei confronti dei dipendenti aventi obblighi familiari, cioè di fatto delle lavoratrici. È per questo che vi ha sottoposto la questione 2 b).

5. Le osservazioni scritte e orali del governo del Regno Unito sollevano una questione preliminare. Detto governo ha infatti sostenuto che né le condizioni di accesso ad un regime pensionistico né le prestazioni che ne risultano rientrano nella sfera di applicazione dell'art. 119.

Questa disposizione non si potrebbe quindi applicare nella fattispecie.

La prima questione pregiudiziale riguarderebbe l'*accesso* ad un regime pensionistico. La vostra sentenza 15 giugno 1978 (causa 149/77, Defrenne III, Racc. pag. 1365) corroborerebbe la tesi sostenuta dal governo del Regno Unito, che ne cita integralmente i punti da 19 a 22 della motivazione (Racc. 1978, pagg. 1377 e 1378). Questa giurisprudenza sarebbe stata confermata dalla Corte nella sentenza 16 febbraio 1982 (causa 19/81, Burton, Racc. 1982, pag. 555). Il governo interveniente si richiama ai punti 7 e 8 di questa sentenza, nei quali avete dichiarato che la diversa età minima — sessant'anni per gli uomini, cinquantacinque per le donne — per fruire di un'indennità per il pensionamento anticipato non sollevava un problema d'interpretazione dell'art. 119, poiché questa materia — l'esistenza o no di una discriminazione per quel che riguarda le condizioni d'accesso al regime di pensionamento anticipato — è disciplinata dalla direttiva 76/207 del Consiglio, del 9

febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39 del 14.2.1976, pag. 40).

Anche qualora la Corte ritenesse che la questione sottopostale riguardi non già le condizioni di accesso, bensì le prestazioni, si dovrebbe, secondo il governo del Regno Unito, considerare che questa materia non è disciplinata dall'art. 119. A suo avviso, infatti, quest'ultima disposizione si applica alle sole retribuzioni e non alle pensioni che farebbero parte della previdenza sociale e rientrerebbero quindi nel campo di applicazione dell'art. 117. Del resto, l'esistenza di una proposta di direttiva del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di previdenza sociale (presentata dalla Commissione al Consiglio il 5 maggio 1983, GU C 134 del 21.5.1983, pag. 7) proverebbe, se occorresse, che questa materia esula dalla sfera di applicazione dell'art. 119.

Per di più, qualsiasi altra soluzione basata sull'efficacia diretta, in materia, dell'art. 119 potrebbe alterare l'equilibrio delle imprese imponendo a queste ultime oneri finanziari imprevisti. Tale sarebbe la « ratio » dell'art. 10 della suddetta proposta di direttiva.

Questa tesi sarebbe, inoltre, conforme allo spirito della vostra sentenza 25 maggio 1971, Defrenne I (causa 80/70, G. Defrenne/Stato belga, Racc. 1971, pag. 445). Il presente caso potrebbe dare alla Corte la possibilità di porre fine alle sussistenti incertezze, escludendo espressamente dal campo di applicazione dell'art. 119 i regimi pensionistici aziendali.

6. Solo la Commissione ha esposto una tesi motivata in merito ai problemi sollevati dalle condizioni di accesso alle prestazioni pensionistiche aziendali in questione e dalla natura giuridica delle stesse.

A suo avviso, la vostra sentenza nella causa Burton non può essere estesa al presente caso. Essa riguarderebbe una differenza di età per la *riscossione* di una prestazione. Orbene, nella fattispecie, si tratterebbe di stabilire non già *quando*, ma *se* la sig.ra Weber possa, in quanto lavoratrice ad orario ridotto, ottenere una pensione di vecchiaia. Secondo il Bundesarbeitsgericht, in forza della legge tedesca 19 dicembre 1974 sul miglioramento dei regimi pensionistici aziendali, la Weber avrebbe un'aspettativa alla pensione, cui osterebbe esclusivamente la condizione relativa alla durata del lavoro a tempo pieno stabilita dalla convenzione del 1973.

Quanto alla natura giuridica della prestazione di cui trattasi, la Commissione ritiene che giustamente il giudice a quo fa riferimento alla sentenza da voi pronunciata nella causa Worringham e Humphreys. Benché nel presente caso non ci si trovi di fronte, come nella causa 69/80, ad un « contributo ad un regime di pensione versato dal datore di lavoro per conto dei dipendenti mediante un importo complementare dello stipendio lordo e che, (concorrendo) pertanto a determinare l'importo di detto stipendio, costituisce una " retribuzione " ai sensi dell'art. 119, 2° comma, del trattato CEE » (punto 17 della motivazione, Racc. 1981, pag. 790), tuttavia, il principio ivi elaborato dovrebbe essere esteso alla presente fattispecie.

Dalla vostra giurisprudenza emergerebbe infatti che la nozione di retribuzione dev'essere intesa in senso lato. La Commissione cita in proposito il punto 7 della sentenza Defrenne I (Racc. 1971, pag. 452), ove avete affermato quanto segue:

« in linea di principio, i vantaggi aventi il carattere di prestazioni previdenziali non sono, (...), estranei alla nozione di retribuzione. Quest'ultima tuttavia, così com'è definita all'art. 119, non può essere estesa ai regimi o alle prestazioni previdenziali, in ispecie alle pensioni di vecchiaia, direttamente disciplinate dalla legge al di fuori di qualsiasi concertazione nell'ambito dell'impresa o della categoria professionale interessata, e obbligatorie per categorie generali di lavoratori ».

Il sistema di pensioni di vecchiaia della Bilka non soddisferebbe alcuna delle condizioni che possono escludere l'applicazione dell'art. 119. Esso sarebbe conforme ai criteri enumerati dall'avvocato generale Dutheillet de Lamonthe, nelle conclusioni presentate in occasione della causa Defrenne I, per rientrare nella sfera di applicazione di detto articolo. Infine, la discriminazione controversa non rientrerebbe fra i casi per i quali l'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne dipenderebbe dall'adozione della suddetta proposta di direttiva relativa ai regimi professionali di previdenza sociale.

7. Prendo posizione su questa questione preliminare.

Con la Commissione, e innanzitutto per le ragioni da questa indicate, ritengo che non sia possibile risolvere la presente causa basandosi sulla sentenza Burton. Allora non era controverso il *diritto* del sig. Burton a fruire della possibilità del pensionamento anticipato, ma solo il *momento* a partire dal quale egli poteva far valere tale diritto. Adesso, è il *diritto stesso* alla pensione di vecchiaia che viene negato alla sig.ra Weber.

Inoltre, in detta sentenza avete enunciato chiaramente la ragione per cui ritenete che la fissazione, nell'ambito della previdenza sociale, di un'età pensionabile minima che sia diversa per gli uomini e per le donne non costituisce una discriminazione vietata dal diritto comunitario.

Il punto 13 della motivazione precisa infatti quanto segue: « la direttiva 79/7 del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne in materia di previdenza sociale (GU L 6, pag. 24), (...) dispone, all'art. 7, che essa non pregiudica la facoltà degli Stati membri di escludere dal suo campo di applicazione la fissazione del limite di età per la corresponsione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro (...) » (Racc. 1982, pag. 576). Vi era pertanto, in quel caso, un'espressa disposizione comunitaria che autorizzava il provvedimento impugnato.

Resta, quindi, il problema del se un trattamento pensionistico debba essere considerato una retribuzione ai sensi dell'art. 119. Anche sotto questo profilo ritengo, con la Commissione, che si debba intendere in senso lato la nozione di retribuzione.

Occorre quindi richiamarsi alla vostra sentenza nella causa Defrenne I e in particolare al punto 7, citato dalla Commissione, di cui condivido l'analisi.

Ricorderò che con questa sentenza avete escluso dalla sfera di applicazione dell'art. 119 i regimi pensionistici legali precisando (punto 8 della motivazione) che al finanziamento degli stessi contribuiscono i lavoratori, i datori di lavoro ed eventualmente la pubblica amministrazione « non tanto in funzione del rapporto di lavoro, quanto in base a considerazioni di politica sociale ».

In quest'ordine di idee, si deve poter ritenere che il regime pensionistico di cui trattasi, di natura essenzialmente contrattuale, non sia escluso dalla sfera di applicazione dell'art. 119.

Nelle conclusioni presentate in occasione della suddetta causa, l'avvocato generale Dutheillet de Lamothe osservava che, a suo parere, una delle ragioni del collegamento all'art. 119 delle pensioni complementari di questo tipo risultava dalla « necessaria correlazione tra il vantaggio, il datore di lavoro, il dipendente e l'impiego » prescritta dall'art. 119 (Racc. 1971, pag. 460). Questa correlazione esiste innegabilmente nella fattispecie. Ricordo che si tratta di un regime volontario, che si aggiunge, per migliorarlo, al regime legale, anche se è stato ispirato o sottoposto a direttive di massima dalla pubblica amministrazione, e la cui attuazione dipende dal suo inserimento nel rapporto di lavoro, previe trattative tra il datore di lavoro e i dipendenti.

Infine, anche se è vero che i regimi pensionistici legali rientrano in via di principio nella sfera di applicazione dell'art. 117 del trattato CEE, relativo in particolare all'armonizzazione dei sistemi sociali, occorre, come ha fatto la Commissione, stabilire caso per caso, in funzione di ciascuna legislazione nazionale, se un dato regime pensionistico corrisponda o no ai criteri enunciati nella sentenza Defrenne I.

La vostra giurisprudenza in materia è insufficientemente flessibile per consentire di rispettare la diversità dei sistemi nazionali. Giustamente, perciò, a mio avviso, il giudice a quo ha collocato le questioni nell'ambito dell'art. 119 del trattato.

Esamino quindi gli argomenti che sono stati dedotti in proposito.

8. Secondo la sig.ra Weber, dalla sentenza Jenkins emerge che non è necessario distinguere tra discriminazione diretta e discriminazione « indiretta ». Nella fattispecie, la stessa struttura del personale dell'impresa indicherebbe che sussiste una discriminazione. Il lavoro ad orario ridotto consoliderebbe la ripartizione tradizionale dei ruoli tra l'uomo e la donna, senza garantire l'indipendenza economica di quest'ultima. Esso rifletterebbe così il conflitto insito nella situazione della donna: famiglia e casa da un lato, attività professionale dall'altro. Inoltre, nelle attuali circostanze economiche, esso favorirebbe l'occupazione maschile nel lavoro a tempo pieno.

Lo scopo addotto dalla Bilka — disincentivare il lavoro ad orario ridotto — non potrebbe giustificare la discriminazione di cui trattasi. Il datore di lavoro il quale intenda attuare una politica che favorisca il lavoro a tempo pieno può sempre rinunciare ad assumere dipendenti ad orario ridotto. Egli non può, tuttavia, senza violare l'art. 119, aggravare la situazione di questa categoria di lavoratori che, già svantaggiati per quanto attiene ai diritti alla pensione a causa delle modalità del loro lavoro, non potrebbero per di più essere esclusi dal beneficio di una pensione complementare. Qualsiasi altra soluzione sarebbe discriminatoria. Poiché il divieto di discriminazione non può essere oggetto di transazione, si dovrebbero quindi applicare discipline compensative come quelle prospettate dal Bundesarbeitsgericht.

9. La Bilka sostiene che prima del 1977 si aveva scarsezza di manodopera, particolarmente nel commercio al minuto in cui gli orari di lavoro, soprattutto nel tardo pomeriggio o di sabato, non erano affatto attraenti. Era stato pertanto necessario dare la preferenza all'assunzione di dipendenti a tempo pieno. Tale preferenza, indipendente dal sesso dei lavoratori, dovrebbe essere considerata un motivo economico obiettivamente giustificato ai sensi del punto 12 della motivazione della sentenza Jenkins.

Secondo la ricorrente nella causa principale, ne consegue che la prima questione pregiudiziale dovrebbe essere risolta negativamente. In udienza, essa ha aggiunto che nello stesso senso deve esser risolta la questione 2 b), basata su una evidente confusione tra i compiti spettanti ad uno Stato membro e, rispettivamente, ad un'impresa.

10. Trattando in subordine, all'udienza, la questione dell'eventuale discriminazione « indiretta », il rappresentante del Regno Unito ha sostenuto che nella sentenza Jenkins la Corte ha chiaramente affermato che l'attuazione dell'art. 119 dipende dall'esistenza di un elemento intenzionale. Quest'ultimo risulterebbe dall'assenza di qualsiasi altro motivo plausibile che possa giustificare il provvedimento criticato. Esso non potrebbe desumersi dal fatto che lo scopo perseguito non è stato raggiunto, né dall'esistenza di un altro mezzo per ottenerlo. Il giudice non dovrebbe, infatti, poter sostituire la propria valutazione a quella del datore di lavoro per quanto riguarda la scelta della politica commerciale dell'impresa.

Più in generale, l'art. 119 non potrebbe applicarsi in materia di « discriminazione indiretta ». In particolare, esso non potrebbe costituire il fondamento giuridico per una compensazione come quella cui si riferisce il giudice a quo nella questione pregiudiziale 2 b).

11. Richiamandosi ai punti 10 e 11 della motivazione della sentenza Jenkins, la Commissione sostiene che le nozioni di « discriminazione dissimulata » e di « discriminazione indiretta », di cui si serve il Bundesarbeitsgericht, non sono idonee a precisare la portata dei principi enunciati dalla vostra giurisprudenza.

Nella sentenza 8 aprile 1976, Defrenne II (causa 43/75, G. Defrenne/Sabena, Racc. 1976, pag. 455, punto 18 della motivazione, pag. 474), la Corte avrebbe fatto una distinzione tra le discriminazioni « dirette e palesi » e le discriminazioni « indirette e dissimulate », e avrebbe dichiarato quanto segue:

« (...) la realizzazione integrale dello scopo perseguito dall'art. 119, mediante l'eliminazione di qualsiasi discriminazione fra lavoratori di sesso femminile e lavoratori di sesso maschile, tanto diretta quanto indiretta, ... può richiedere in determinati casi l'adozione di criteri da determinarsi con opportuni provvedimenti comunitari o nazionali » (punto 19 della motivazione).

Il punto 17 della motivazione della sentenza Jenkins (Racc. 1981, pag. 926) sembrerebbe aggiungere una distinzione tra le discriminazioni che possono « senz'altro » essere rilevate dal giudice e quelle che potrebbero esserlo solo in base a criteri più precisi, stabiliti dal diritto comunitario o nazionale.

Il Bundesarbeitsgericht avrebbe, nella sua ordinanza di rinvio, interpretato troppo restrittivamente la nozione di discriminazione dissimulata, considerandola circoscritta alle discriminazioni specificamente fondate sul sesso. Secondo la Commissione, la sentenza Jenkins consente di ritenere che l'art. 119 sia direttamente efficace anche per le disposizioni che effettuano discriminazioni in base ad un criterio diverso dal sesso, qualora la loro applicazione porti *di fatto* allo stesso risultato e non sussista al riguardo alcuna giustificazione obiettiva. A suo avviso, la Corte non ha limitato, come sembrano aver supposto il Bundesarbeitsgericht e il giudice proponente inglese a seguito della sentenza Jenkins, i casi di violazione dell'art. 119 alle discriminazioni intenzionali,

né ha escluso tale violazione per il semplice fatto che il datore di lavoro abbia dimostrato ch'egli persegue uno scopo diverso dalla discriminazione dei lavoratori di sesso femminile. In proposito, si dovrebbero vedere le conclusioni dell'avvocato generale Warner (cfr. Racc. 1981, pagg. 936 e 937), che si richiama ad una sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti (Griggs/Duke Power), in relazione ai punti 11 e 12 della sentenza Jenkins. Da detto raffronto risulterebbe che la Corte ha voluto affermare che l'assenza dell'intenzione di discriminare da parte del datore di lavoro non è sufficiente per poter dichiarare compatibile col divieto di discriminazione un provvedimento che di fatto pregiudica le donne. La discriminazione intenzionale delle lavoratrici costituirebbe solo uno dei casi di applicazione dell'art. 119.

In merito alla questione 2 a) la Commissione sostiene, richiamandosi alla sentenza Defrenne II, che il suddetto articolo ha un duplice scopo: esso persegue, da un lato, un obiettivo economico, opponendosi a sistemi retributivi che abbiano l'effetto di falsare il gioco della libera concorrenza, e, dall'altro, un obiettivo sociale, promuovendo il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei. Sotto quest'ultimo aspetto, l'art. 119 potrebbe avere efficacia pratica solo se la politica salariale dei datori di lavoro tenesse effettivamente conto delle condizioni di vita e di lavoro delle donne occupate ad orario ridotto. La vostra sentenza Jenkins sarebbe perfettamente coerente con questo indirizzo giurisprudenziale. Secondo i punti da 11 a 13 della motivazione di tale sentenza sarebbe infatti necessaria una giustificazione oggettiva, che escluda qualsiasi differenziazione fondata sul sesso, del lavoro ad orario ridotto e del lavoro a tempo pieno.

Secondo la Commissione, non è necessario risolvere la questione pregiudiziale 2 b), poiché la scelta della politica salariale non è lasciata all'intera discrezione del datore di lavoro.

Per il caso che la Corte non condivida questa tesi, la Commissione sostiene, in subordine, che devono applicarsi i principi di necessità e di proporzionalità. Questi principi imporrebbero di tener conto della fedeltà all'impresa dei lavoratori ad orario ridotto (prevalentemente di sesso femminile). Tale soluzione, anche se non potesse essere generale, dovrebbe almeno evitare gli effetti discriminatori nei confronti delle donne.

12. Nella sentenza Defrenne II avete affermato che occorreva

> « 18) (...) fare una distinzione, nell'ambito dell'applicazione complessiva dell'art. 119, fra le discriminazioni dirette e palesi, che si possono accertare con l'ausilio dei soli criteri di identità del lavoro e parità di retribuzione indicati da detto articolo, da un lato, e, dall'altro lato, le discriminazioni indirette e dissimulate, che possono essere messe in luce solo valendosi di disposizioni d'attuazione più precise, di carattere comunitario o nazionale » (Racc. 1976, pag. 474).

Da questa sentenza risulta che l'art. 119 ha efficacia diretta solo nei confronti delle « discriminazioni dirette », come è stato confermato dalle vostre sentenze Macarthys (27 marzo 1980, causa 129/79, Racc. 1980, pag. 1275, vedasi in particolare il punto 10 della motivazione, a pag. 1288) e Worringham e Humphreys, già ricordata (punto 23 della motivazione, Racc. 1981, pagg. 791 e 792).

Ma che cosa bisogna intendere per « discriminazione diretta »? La vostra giurisprudenza definisce tale quella che il giudice nazionale può accertare in base ai « soli criteri di identità del lavoro e parità di retribuzione

indicati dall'art. 119 » (Defrenne II, punto 18 della motivazione, sopra citato), « senza necessità di provvedimenti di applicazione più dettagliati da parte della Comunità o degli Stati membri » (Macarthys, punto 10 della motivazione).

Qualora il giudice possa valutare la situazione sottopostagli in base a questi soli criteri, il principio dell'art. 119 si applica direttamente.

Si deve stabilire ora se, nella fattispecie, il giudice a quo sia in grado di valutare i fatti sottopostigli in base a questi soli criteri. Sembra che ciò sia possibile, poiché si tratta di una prassi salariale che dà luogo, per un *lavoro identico*, prestato secondo modalità diverse — a tempo pieno o ad orario ridotto — *a retribuzioni* (lato sensu) *diverse*.

Mi sia consentito qui di richiamare la vostra attenzione sull'ambiguità terminologica della prima questione formulata dal giudice a quo. Questi vi chiede infatti se possa decidere in merito ad una « discriminazione indiretta », mentre, come abbiamo ricordato, la Corte ritiene che l'efficacia diretta dell'art. 119 non si estenda a questo tipo di discriminazione. Tuttavia, la discriminazione indiretta descritta dal giudice a quo non è, in realtà, una discriminazione diretta ai sensi della vostra sentenza Defrenne II?

Comunque sia, non è la *natura* della discriminazione che deve condizionare la competenza del giudice. Come osservava l'avvocato generale Jean-Pierre Warner, nelle conclusioni da lui presentate nella causa Jenkins, il criterio della competenza è quello dell'*efficacia diretta* dell'art. 119. Questa efficacia non esiste, rileva Warner, « qualora un giudice non possa applicare le sue disposizioni facendo richiamo ai semplici criteri che quelle stesse disposizioni stabiliscono e qualora, di conseguenza, sia necessaria una disciplina di attuazione, comunitaria o nazionale, per definire i criteri da applicarsi » (Racc. 1981, pag. 938).

Questa tesi che, in un desiderio di chiarezza nei confronti del giudice nazionale, dà maggiore importanza all'efficacia diretta che non alla natura della discriminazione, è conforme allo spirito della vostra giurisprudenza. Facendola mia, vi suggerisco di seguirla.

13. In ogni caso, il giudice a quo dovrà valutare il provvedimento controverso adottato dalla Bilka tenendo conto delle particolarità della composizione del personale che svolge la propria attività ad orario ridotto in detta impresa.

Esso dovrà farlo secondo i seguenti principi, enunciati nella sentenza Jenkins:

— una disparità di retribuzione, che sussista indifferentemente per i lavoratori dei due sessi, non è, di per sé, in contrasto con l'art. 119 (punti 10 e 11 della motivazione); essa può « in particolare » essere dovuta a « motivi economici obiettivamente giustificati » (punto 12 della motivazione);

— tuttavia, detta disparità, qualora pregiudichi maggiormente le lavoratrici, è in contrasto con l'art. 119, a meno che sia giustificata da « fattori che escludono una discriminazione fondata sul sesso » (punto 13 della motivazione);

— il *giudice nazionale* è il *solo competente* a valutare « in ogni singola fattispecie (...) se, tenuto conto degli *elementi di fatto*, degli *antecedenti* e delle *ragioni* addotte dal datore di lavoro », la disparità di retribuzione « si risolva o meno, in realtà,

in una discriminazione« fondata sul sesso (punto 14 della motivazione, con mie sottolineature).

Il giudice a quo vi chiede di andare più in là. Esso desidera sapere, per il caso che la Bilka riesca a provare al giudice del merito che il suo scopo effettivo consisteva nell'incentivare, tramite il proprio regime pensionistico, la stipulazione di contratti di lavoro a tempo pieno, se occorra inoltre accertare che tale decisione sia dovuta a motivi economici. È questo, alla luce della motivazione dell'ordinanza, il significato dell'espressione « l'interesse dell'impresa » che figura nella questione 2 a).

A mio parere, detta questione va risolta negativamente. In mancanza di una disposizione espressa e allo stato attuale del diritto comunitario, non si può escludere, tramite l'efficacia diretta dell'art. 119, come giustificazione ai sensi del punto 13 della sentenza Jenkins, un motivo che non sia di natura economica. Non sembra infatti che sia possibile vietare a un datore di lavoro di applicare una politica del personale che favorisca il lavoro a tempo pieno, qualora tale scelta, nel rispetto delle norme giuridiche vigenti, sia esente da qualsiasi intento discriminatorio.

Le costrizioni socio-culturali che gravano sulle donne lavoratrici, e che caratterizzavano la causa Jenkins così come caratterizzano la presente causa, non devono poter essere sfruttate dal datore di lavoro. Tuttavia, esse non possono imporgli ulteriori obblighi che limitino la sua normale discrezionalità in materia di politica del personale.

14. Per la questione pregiudiziale 2 b) sono sufficienti alcune brevi considerazioni. Indipendentemente dal merito e dall'importanza delle iniziative adottate in proposito, non si può tuttavia imporre al datore di lavoro di sostituirsi ai pubblici poteri per organizzare un regime pensionistico che compensi le specifiche difficoltà incontrate dai dipendenti con obblighi familiari. L'art. 119 comporta obblighi di fare solo a carico degli Stati membri, non già delle imprese, cui incombe, nei limiti indicati, soltanto l'obbligo di non effettuare discriminazioni.

15. Tenuto conto delle osservazioni che precedono, vi propongo di risolvere come segue le questioni formulate dal Bundesarbeitsgericht:

1) Un regime aziendale di pensione complementare che favorisca i lavoratori a tempo pieno è in contrasto con l'art. 119 del trattato CEE qualora, sebbene indistintamente vigente per i lavoratori dei due sessi, miri in realtà a pregiudicare i diritti delle donne lavoratrici che, a causa degli obblighi ad esse incombenti, costituiscono, esclusivamente o prevalentemente, il personale che lavora ad orario ridotto.

2) L'art. 119 si applica direttamente a tale situazione qualora il giudice nazionale possa basare la propria decisione su criteri di identità del lavoro e di parità di retribuzione, senza dover ricorrere ad ulteriori disposizioni comunitarie o nazionali.

3) Il datore di lavoro può giustificare il provvedimento criticato fornendo la prova del fatto ch'esso è dovuto a motivi che escludono una discriminazione fondata sul sesso.

4) Allo stato attuale del diritto comunitario, il datore di lavoro non può essere costretto a compensare, tramite l'organizzazione di regimi pensionistici aziendali, le difficoltà che i lavoratori ad orario ridotto incontrano a causa dei loro obblighi familiari.