1. Een pensioenregeling die, ofschoon ingevoerd in overeenstemming met de door de wetgever vastgestelde bepalingen, haar oorsprong vindt in een akkoord tussen de werkgever en een instantie die de werknemers vertegenwoordigt, een integrerend deel van de arbeidscontracten is en de krachtens de algemeen geldende nationale bepalingen verschuldigde sociale uitkeringen aanvult door uitkeringen die uitsluitend door de werkgever worden gefinancierd, is geen rechtstreeks bij wet geregeld stelsel van sociale zekerheid dat daardoor buiten de werkingssfeer van artikel 119 EEG-Verdrag valt; integendeel, zij valt binnen de werkingssfeer van dat artikel.

2. Artikel 119, EEG-Verdrag wordt geschonden door een onderneming die deeltijdwerknemers uitsluit van de bedrijfspensioenregeling, wanneer die maatregel een veel groter aantal vrouwen dan mannen treft, tenzij de onderneming aantoont dat bedoelde maatregel haar verklaring vindt in factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.

   Dergelijke factoren kunnen voortvloeien uit het feit dat de onderneming zich ten doel heeft gesteld, zo weinig mogelijk deeltijdwerknemers tewerk te stellen, wanneer wordt aangetoond dat dit doel aan een echte behoefte van de onderneming beantwoordt en de ter bereiking van dat doel gekozen middelen daarvoor ook geschikt en noodzakelijk zijn.

3. Artikel 119 verplicht een werkgever niet, de door hem voor zijn werknemers voorziene bedrijfspensioenregeling een dusdanige vorm te geven, dat rekening wordt gehouden met de bijzondere moeilijkheden die werknemers met gezinslasten hebben om aan de voorwaarden voor het recht op een dergelijk pensioen te voldoen.

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 15 oktober 1985 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Bij beschikking van 5 juni 1984 heeft het Bundesarbeitsgericht het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Is er sprake van schending van artikel 119 EEG-Verdrag in de vorm van een ‚indirecte discriminatie', wanneer een warenhuisexploitante die overwegend vrouwen in dienst heeft, deeltijdwerknemers van de bedrijfspensioenregeling uitsluit, ofschoon door die uitsluiting onevenredig meer vrouwen dan mannen worden getroffen ?

2) Zo ja:

a) Kan de onderneming ter rechtvaardiging van die discriminatie aanvoeren, dat zij zich tot doel heeft gesteld, zo weinig mogelijk deeltijdpersoneel tewerk te stellen, ofschoon

* Vertaald uit het Frans.

in de warenhuisbranche een dergelijk personeelsbeleid niet noodzakelijk is om redenen van doelmatige bedrijfsvoering ?

b) Moet de onderneming haar pensioenregeling een dusdanige vorm geven, dat op passende wijze rekening wordt gehouden met de bijzondere problemen die werknemers met gezinsverplichtingen hebben om aan de uitkeringsvoorwaarden voor een bedrijfspensioen te voldoen ?"

Deze zaak zal vooral moeten leiden tot een precisering van de strekking van het eveneens op deeltijdarbeid betrekking hebbende arrest van 31 maart 1981 (zaak 96/80, Jenkins, Jurispr. 1981, blz. 911), waarop de verwijzende rechter en alle interveniënten in de procedure uitvoerig zijn ingegaan. Maar eerst de feiten.

2. Verweerster in het hoofdgeding, tevens verzoekster in „Revision", Bilka-Kaufhaus GmbH (hierna: Bilka), behoort tot de Hertie-groep, een Duits warenhuisconcern met verscheidene duizenden werknemers.

Verzoekster in het hoofdgeding, tevens verweerster in „Revision", mevrouw K. Weber von Hartz, geboren in 1930, heeft sedert 15 april 1961 bij Bilka gewerkt, de eerste elfeneenhalf jaar als verkoopster in een volledige betrekking.

Op eigen verzoek ging zij vanaf 1 oktober 1972 in deeltijd werken, ongeveer de helft van de normale arbeidstijd. Drieëneenhalf jaar later, op 14 april 1976, nam mevrouw Weber op 46-jarige leeftijd ontslag, na vijftien jaar bij de onderneming te hebben gewerkt.

Het geschil is gerezen naar aanleiding van de pensioenregeling voor deeltijdwerknemers, die bij de onderneming geldt. De pensioenregeling van het warenhuisconcern waartoe Bilka behoort, heeft rechtens de vorm van een collectieve arbeidsovereenkomst, krachtens welke de onderneming een aanvullend pensioen moet uitkeren. Tijdens de periode van werkzaamheid van verzoekster heeft deze regeling de volgende ontwikkeling doorgemaakt:

— krachtens een collectieve overeenkomst van 31 december 1962 hadden de werknemers recht op die uitkering wanneer zij vijfentwintig jaar ononderbroken bij de onderneming hadden gewerkt en op 65-jarige leeftijd met pensioen gingen;

— bij collectieve overeenkomsten van 3 september 1966 en 17 januari 1969 werd deze regeling gewijzigd als volgt: om recht te hebben op een aanvullend pensioen, moesten de werknemers voortaan ten minste twintig jaar in een *volledige* betrekking werkzaam zijn geweest en op hun 65e met pensioen gaan. Vrouwelijke werknemers kwamen op hun 60e jaar in aanmerking voor een vervroegd aanvullend pensioen. Deze regeling gold voor alle werknemers met uitzondering van de deeltijdwerknemers. De regeling van 1969 werd uitdrukkelijk verklaard deel uit te maken van het in 1972 tussen mevrouw Weber en Bilka afgesloten nieuwe arbeidscontract;

— ten slotte bood een collectieve overeenkomst van 26 oktober 1973 de deeltijdwerknemers opnieuw uitzicht op een ouderdomspensioen, op voorwaarde dat zij ten minste twintig jaar bij het bedrijf in dienst waren geweest, waarvan vijftien jaar in een volledige betrekking. Alleen de werknemers die op 30 september 1966 reeds een arbeidscontract voor deeltijdarbeid hadden, behoefden niet te voldoen aan de voorwaarde van een volledige betrekking gedurende vijftien jaar.

Mevrouw Weber werd het recht op bedrijfspensioen ontzegd op grond dat zij niet voldeed aan de contractuele voorwaarden betreffende de duur van de werkzaamheid in een volledige betrekking.

3. Het probleem van „indirecte discriminatie" van vrouwelijke ten opzichte van mannelijke werknemers is door het Bundesarbeitsgericht al opgeworpen in een eerste „Revisions"-procedure. Het Landesarbeitsgericht, waarnaar de zaak werd terugverwezen, wees de vordering van verzoekster weliswaar toe, op grond dat bij collectieve overeenkomst van 26 oktober 1973 de deeltijdwerknemers weer in beperkte mate in de pensioenregeling waren opgenomen, maar dat de opneming van een referentiedatum — 30 september 1966 — willekeurig was, omdat dit had geleid tot een discriminatie van de werknemers met een volledige betrekking die pas na die datum in deeltijd waren gaan werken. Het Landesarbeitsgericht had daarentegen geen schending van het beginsel van gelijke behandeling of van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers aanvaard.

In het tweede „Revisions"-beroep kritiseerde het Bundesarbeitsgericht de motivering van de feitenrechter en heeft het de zaak naar het Hof verwezen.

4. Het Bundesarbeitsgericht is van mening, dat ingevolge 's Hofs arrest van 11 maart 1981 (zaak 69/80, Worringham en Humphreys, Jurispr. 1981, blz. 767) pensioenuitkeringen een beloning zijn in de zin van artikel 119, tweede alinea, EEG-Verdrag. Vervolgens onderzoekt het de feiten van de zaak in het licht van het arrest-Jenkins, waarbij het in de eerste plaats verwijst naar rechtsoverweging 13, die als volgt luidt:

„Indien daarentegen blijkt dat het percentage vrouwen die het ter verkrijging van het volle uurloon vereiste minimum aantal uren per week arbeiden, aanzienlijk lager is dan het percentage mannen, zal die ongelijke beloning in strijd zijn met artikel 119 EEG-Verdrag wanneer, mede gelet op de moeilijkheden waarvoor vrouwen staan om dat minimum aantal uren per week te arbeiden, het loonbeleid van de betrokken onderneming niet kan worden verklaard door factoren die discriminatie op grond van geslacht uitsluiten" (Jurispr. 1981, blz. 925-926).

Blijkens de cijfers die aan de nationale rechter zijn voorgelegd, had Bilka over een periode van negen jaar gemiddeld 72% vrouwelijke en 28% mannelijke werknemers. 90% van de mannelijke werknemers hadden een volledige betrekking en 10% werkten in deeltijd, terwijl van de vrouwelijke werknemers 61% een volledige betrekking hadden en 38,5% in deeltijd werkten. Op het totale personeelsbestand werkten dus 2,8% van de mannelijke en 27,7% van de vrouwelijke werknemers in deeltijd, dat wil zeggen één man op tien vrouwen.

De verwijzende rechter constateert dat de in geding zijnde pensioenregeling tienmaal meer vrouwen dan mannen treft. Hij meent dat het hem op grond van de „tot op heden" door 's Hofs rechtspraak geformuleerde beginselen niet mogelijk is het bij hem aanhangige geschil te beslechten, en hij wenst dan ook, dat het Hof hem ter zake enkele „aanvullende aanwijzingen" geeft.

In verband met het arrest-Jenkins vraagt hij zich in hoofdzaak af, of dit arrest enkel betrekking heeft op een „verkapte", dus opzettelijke discriminatie, dan wel of het eveneens geldt voor „indirecte", dit wil zeggen zuiver objectieve discriminatie. In dat geval zou er reeds discriminatie zijn wanneer

vrouwen wegens de taken die zij traditioneel in het gezin te vervullen hebben, *de facto* van een recht worden uitgesloten.

Aangezien het Hof zelf in het arrest-Jenkins erop heeft gewezen, hoe belangrijk de omstandigheid is, dat „het percentage vrouwen die het ter verkrijging van het volle uurloon vereiste aantal uren per week arbeiden, aanzienlijk lager is dan het percentage mannen" (r.o. 13, reeds aangehaald), wenst de verwijzende rechter te weten, welk gewicht aan deze omstandigheid toekomt, en het is dit punt waarop de eerste prejudiciële vraag betrekking heeft.

Voorts overwoog het Hof in hetzelfde arrest:

„11) ... derhalve (is) het feit dat de betaling voor arbeid in tijdloon verschilt naar gelang van het aantal gewerkte uren per week, niet in strijd met het in artikel 119 EEG-Verdrag neergelegde beginsel van gelijke beloning, zolang maar het verschil in beloning voor deeltijd- en voltijdarbeid zijn verklaring vindt in objectief gerechtvaardigde factoren die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht.

12) Dit kan met name het geval zijn wanneer de werkgever om objectief gerechtvaardigde economische redenen voltijdarbeid voor werknemers van beide geslachten poogt aan te moedigen door het uurloon voor deeltijdarbeid lager te stellen dan dat voor voltijdarbeid."

De verwijzende rechter vraagt derhalve, of men rekening mag houden met een personeelsbeleid dat voltijdarbeid tracht te bevorderen, of dat men bovendien moet aannemen, dat een dergelijk beleid slechts gerechtvaardigd is, wanneer er bedrijfseconomische redenen voor bestaan. Daarom gaat het in vraag 2 a).

Ten slotte vraagt de verwijzende rechter zich af, of de werkgever in ieder geval zijn pensioenregeling niet zo moet inrichten, dat mogelijke kwalijke gevolgen voor werknemers met gezinsverplichtingen, in feite dus vrouwen, worden voorkomen. Dit is het onderwerp van vraag 2 b).

5. In haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen stelt de Britse regering een prealabel punt aan de orde. Zij betoogt namelijk, dat noch de voorwaarden voor toegang tot een pensioenregeling, noch ook de uitkeringen zelf binnen de werkingssfeer van artikel 119 vallen.

Dit artikel zou in casu dus niet van toepassing zijn.

De eerste prejudiciële vraag, aldus de Britse regering, betreft de *toegang* tot een pensioenregeling. 's Hofs arrest van 15 juni 1978 (zaak 149/77, Defrenne III, Jurispr. 1978, blz. 1365) zou steun bieden aan de stelling van de Britse regering, die de rechtsoverwegingen 19 tot 22 van dat arrest integraal citeert (Jurispr. 1978, blz. 1377 en 1378). Het Hof zou deze rechtspraak hebben bevestigd in zijn arrest van 16 februari 1982 (zaak 19/81, Burton, Jurispr. 1982, blz. 555). De Britse regering verwijst naar de rechtsoverwegingen 7 en 8 van dit arrest, waarin het Hof overwoog dat het verschil in de minimumleeftijd waarbij aanspraak bestond op een uitkering bij vrijwillige uittreding — 60 jaar voor mannen, 55 jaar voor vrouwen —, geen probleem opwierp met betrekking tot de uitlegging van artikel 119, daar deze materie — het al dan niet bestaan van discriminatie bij de voorwaarden waaronder van de regeling inzake vrijwillige uittreding gebruik kon worden gemaakt — werd beheerst door richtlijn nr. 76/207 van

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

Zelfs wanneer het Hof van mening zou zijn dat de gestelde vraag niet de toegangsvoorwaarden, maar de uitkeringen zelf betreft, zou men volgens de Britse regering tot de conclusie moeten komen, dat deze materie niet door artikel 119 wordt beheerst. Deze bepaling zou immers enkel van toepassing zijn op de beloning en niet op pensioenen, die tot de sociale zekerheid behoren en dus binnen de werkingssfeer van artikel 117 vallen. Het bestaan van een voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de beroepsregelingen van de sociale zekerheid (door de Commissie bij de Raad ingediend op 5.5.1983, PB 1983, C 134, blz. 7) zou overigens aantonen — voor zover dat nog nodig is —, dat deze materie buiten de werkingssfeer van artikel 119 valt.

Bovendien zou iedere andere, op de directe werking van artikel 119 gebaseerde oplossing het financiële evenwicht van de ondernemingen in gevaar brengen, door hun onvoorziene lasten op te leggen. Dat zou de zin zijn van artikel 10 van voormelde ontwerp-richtlijn.

Deze opvatting zou ten slotte in overeenstemming zijn met de geest van 's Hofs arrest van 25 mei 1971 (zaak 80/70, Defrenne I, Jurispr. 1971, blz. 445). De onderhavige zaak zou het Hof de gelegenheid kunnen bieden om de nog bestaande onzekerheid weg te nemen door bedrijfspensioenregelingen uitdrukkelijk buiten de werkingssfeer van artikel 119 te plaatsen.

6. Alleen de Commissie heeft een met redenen omkleed standpunt ingenomen met betrekking tot de problemen betreffende de voorwaarden om recht te hebben op de betrokken pensioenuitkeringen en het rechtskarakter hiervan.

Volgens haar kan 's Hofs uitspraak in de zaak-Burton geen toepassing vinden op de onderhavige zaak. Daar ging het om de verschillende leeftijd waarop men de uitkering kreeg. In casu echter is de vraag niet *wanneer,* maar *of* mevrouw Weber als deeltijdwerkneemster recht heeft op ouderdomspensioen. Het Bundesarbeitsgericht meent dat mevrouw Weber krachtens de Duitse wet van 19 december 1974 betreffende de verbetering van de bedrijfspensioenregelingen een recht op pensioen heeft, dat nog in opbouw is en dat enkel geblokkeerd wordt door de in de collectieve overeenkomst van 1973 opgenomen voorwaarde inzake de duur van werkzaamheid in een volledige betrekking.

Wat het rechtskarakter van de betrokken uitkering betreft, meent de Commissie dat de verwijzende rechter terecht naar 's Hofs arrest in de zaak-Worringham en Humphreys heeft verwezen. Anders dan in zaak 69/80 hebben we hier weliswaar niet te maken met de situatie waarin een „bijdrage aan een pensioenregeling, die door de werkgever namens de werknemer wordt betaald door middel van een aanvulling op het bruto-salaris en die daardoor mede bepalend is voor het bedrag van dat salaris, een ‚beloning' is in de zin van artikel 119, tweede alinea, EEG-Verdrag" (arrest van 11.3.1981, zaak 69/80, Worringham en Humphreys, Jurispr. 1981, blz. 767, r.o. 17), maar toch zou het aldus ontwikkelde beginsel ook in de onderhavige zaak toepassing moeten vinden.

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt immers dat het begrip beloning ruim moet worden uitgelegd. De Commissie citeert hier rechtsoverweging 7 van het arrest-Defrenne I (Jurispr. 1971, blz. 452), waarin het Hof overwoog:

„dat voordelen met het karakter van uitkeringen van sociale zekerheid derhalve in beginsel niet geheel losstaan van het begrip beloning, maar dat men onder dit begrip, zoals het in artikel 119 is afgebakend, toch niet de stelsels of uitkeringen van sociale zekerheid en met name de ouderdomspensioenen kan brengen, die zonder enig overleg binnen de betrokken onderneming of bedrijfstak rechtstreeks bij de wet worden vastgesteld en verplicht van toepassing zijn op algemene categorieën werknemers."

De pensioenregeling van Bilka zou aan geen van de voorwaarden voldoen die de toepassing van artikel 119 kunnen uitsluiten. Zij zou daarentegen beantwoorden aan de criteria voor de toepasselijkheid van dit artikel, welke door advocaat-generaal Dutheillet de Lamothe zijn opgesomd in zijn conclusie in de zaak-Defrenne I. Ten slotte zou de in geding zijnde discriminatie niet behoren tot de gevallen waarin het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen pas van toepassing kan zijn na de aanvaarding van de eerder genoemde ontwerp-richtlijn betreffende de beroepsregelingen van de sociale zekerheid.

7. Wat te zeggen van dit prealabele probleem ?

Met de Commissie meen ik, en wel allereerst om de door haar genoemde redenen, dat de oplossing voor de onderhavige zaak niet in het arrest-Burton te vinden is. Daar was immers niet het *recht* van Burton op de mogelijkheid van vrijwillige uittreding in geding, doch enkel het *moment waarop* hij dat kon doen. Hier echter wordt het recht zelf van mevrouw Weber op pensioen betwist.

Daarenboven heeft het Hof in dat arrest duidelijk gezegd, waarom het meende dat de vaststelling, in het kader van de sociale zekerheid, van een voor mannen en vrouwen verschillende pensioenleeftijd in casu geen door het gemeenschapsrecht verboden discriminatie was.

In rechtsoverweging 13 immers wordt dienaangaande overwogen: „Richtlijn nr. 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (PB 1979, L 6, blz. 24), ... bepaalt in artikel 7, dat zij geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de Lid-Staten om van haar werkingssfeer uit te sluiten de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen..." (Jurispr. 1982, blz. 576). Er was daar dus een uitdrukkelijke gemeenschapsbepaling die de gewraakte maatregel toeliet.

Blijft dus de vraag, of een rustpensioen als een beloning in de zin van artikel 119 moet worden beschouwd. Ook hier meen ik met de Commissie, dat het begrip beloning ruim moet worden uitgelegd.

Daarbij dienen wij dus aansluiting te zoeken bij het arrest-Defrenne I en in het bijzonder bij de aangehaalde rechtsoverweging 7; met de analyse daarvan door de Commissie kan ik het geheel eens zijn.

In dat arrest heeft het Hof de wettelijke pensioenregelingen uitgesloten van de werkingssfeer van artikel 119, zulks met de precisering (r.o. 8), dat de financiële bijdragen van werknemers, werkgevers en eventueel van de overheid „niet zozeer worden bepaald door de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer, als wel door overwegingen van sociaal beleid".

Zo gezien valt aan te nemen, dat de thans in geding zijnde pensioenregeling, die een in wezen contractueel karakter heeft, niet buiten de werkingssfeer van artikel 119 kan vallen.

In zijn conclusie in die zaak noemde advocaat-generaal Dutheillet de Lamotte als één van de redenen waarom dergelijke aanvullende pensioenen onder artikel 119 vallen, het volgens deze bepaling „noodzakelijke verband tussen voordeel, werkgever, werknemer en dienstbetrekking" (Jurispr. 1971, blz. 460). Dat er in casu een dergelijk verband bestaat, valt niet te ontkennen. Ik herinner eraan, dat het gaat om een vrijwillige regeling ter aanvulling en verbetering van het wettelijke stelsel, ook al is zij door de overheid bevorderd of in een wettelijk kader geplaatst, en dat de toepasselijkheid ervan afhangt van de vraag of zij, na onderhandelingen tussen werkgever en werknemers, een onderdeel is geworden van de arbeidsverhouding.

En al moge het ten slotte juist zijn, dat wettelijke pensioenregelingen in beginsel binnen de werkingssfeer van artikel 117 EEG-Verdrag vallen, dat met name betrekking heeft op de harmonisatie van de sociale stelsels, toch moet — zoals de Commissie heeft gedaan — van geval tot geval en rekening houdend met het toepasselijke nationale recht worden onderzocht, of een pensioenregeling al dan niet aan de criteria van het arrest-Defrenne I voldoet.

Op dit punt is de rechtspraak van het Hof flexibel genoeg om de diversiteit van de nationale stelsels te kunnen eerbiedigen. Ik meen dan ook, dat de verwijzende rechter zijn vragen terecht in het kader van artikel 119 van het Verdrag heeft geplaatst.

Laat ons nu de argumenten bezien die naar aanleiding van die vragen zijn voorgedragen.

8. Volgens mevrouw Weber volgt uit het arrest-Jenkins, dat men niet moet onderscheiden tussen directe en „indirecte" discriminatie. In casu zou alleen de personeelsstructuur van de onderneming al voldoende zijn om tot het bestaan van discriminatie te kunnen besluiten. Deeltijdarbeid zou de traditionele rolverdeling tussen man en vrouw bevestigen en geen enkele waarborg bieden voor de economische zelfstandigheid van de vrouw. In deeltijdarbeid zou het aan de positie van de vrouw inherente conflict tot uiting komen: enerzijds gezin en huishouden, anderzijds beroepswerkzaamheden. In de huidige economische situatie zou deeltijdarbeid bovendien bevorderen dat de volledige betrekkingen door mannen worden ingenomen.

Het doel dat Bilka zich zegt te stellen — het tegengaan van deeltijdarbeid — zou de onderhavige discriminatie niet kunnen rechtvaardigen. De werkgever die in zijn personeelsbeleid de voorkeur geeft aan werknemers met een volledige baan, kan er eenvoudig van afzien deeltijdwerknemers aan te stellen. Maar zonder inbreuk te maken op artikel 119 kan hij de situatie van werknemers die wegens hun arbeidsvoorwaarden toch al minder pensioenrechten hebben, niet nog meer verslechteren door hun ook het recht op een aanvullend pensioen te onthouden. Iedere andere oplossing zou discriminerend zijn. Met het discriminatieverbod kan echter niet geschipperd worden. Daarom zouden compensatieregels, zoals die welke het Bundesarbeitsgericht heeft genoemd, toepassing moeten vinden.

9. Bilka betoogt dat er vóór 1977 vooral in de kleinhandel een tekort aan arbeidskrachten was en dat er zeker voor arbeid in de late namiddag of op zaterdag nauwelijks gegadigden te vinden waren. Men had dus wel de voorkeur moeten geven aan de aanstelling van werknemers in volledige betrekking. Deze voorkeur, die geen verband hield met het geslacht van de werknemers, zou als een objectief gerechtvaardigde economische reden in de zin van rechtsoverweging 12 van het arrest-Jenkins zijn te beschouwen.

Bilka concludeert hieruit, dat de eerste prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord. Ter terechtzitting voegde zij hieraan nog toe, dat vraag 2 b) in dezelfde zin moest worden beantwoord, omdat deze voortkomt uit een duidelijke verwarring over wat tot de taak van een Lid-Staat en wat tot die van een onderneming behoort.

10. Ter terechtzitting bracht de vertegenwoordiger van het Verenigd Koninkrijk subsidiair het vraagstuk van de „indirecte" discriminatie ter sprake. Volgens hem blijkt uit het arrest-Jenkins duidelijk, dat artikel 119 van toepassing is wanneer er opzet in het spel is. Dat opzet zou volgen uit de omstandigheid, dat de gewraakte maatregel door geen enkel ander aannemelijk argument kan worden gerechtvaardigd. Het kan niet worden afgeleid uit het feit dat het verhoopte resultaat niet is bereikt, en ook niet uit het bestaan van een andere manier om dat resultaat te bereiken. De rechter mag zich immers niet in de plaats van de werkgever stellen bij de beoordeling van de keuze van diens commercieel beleid.

Meer in het algemeen zou artikel 119 niet van toepassing kunnen zijn op „indirecte discriminatie". In het bijzonder zou het geen grond kunnen opleveren voor een compensatie van de door de verwijzende rechter in zijn prejudiciële vraag 2 b) bedoelde aard.

11. Onder verwijzing naar de rechtsoverwegingen 10 en 11 van het arrest-Jenkins meent de Commissie, dat de door het Bundesarbeitsgericht gehanteerde begrippen „verkapte discriminatie" en „indirecte discriminatie" weinig geschikt zijn om de draagwijdte van de beginselen van 's Hofs rechtspraak te preciseren.

In zijn arrest van 8 april 1976 (zaak 43/75, Defrenne II, Jurispr. 1976, blz. 455, r.o. 18) onderscheidde het Hof tussen „rechtstreekse en openlijke" discriminatie en „zijdelingse en verkapte" discriminatie, en overwoog het:

„dat immers niet valt te ontkennen dat de volledige verwezenlijking van de doelstelling van artikel 119 door afschaffing van alle, rechtstreekse zowel als zijdelingse, discriminaties tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers..., in bepaalde gevallen de vaststelling van criteria kan inhouden, waarvoor de tussenkomst van passende communautaire en nationale maatregelen is vereist" (r.o. 19).

Rechtsoverweging 17 van het arrest-Jenkins (Jurispr. 1981, blz. 926), aldus de Commissie, lijkt nog een ander onderscheid te maken, namelijk tussen discriminaties die in rechte „zonder meer" kunnen worden vastgesteld, en discriminaties die slechts vastgesteld kunnen worden met behulp van meer nauwkeurige criteria van het communautaire of het nationale recht.

Het Bundesarbeitsgericht zou in zijn verwijzingsbeschikking het begrip „verkapte discriminatie" te eng hebben uitgelegd, door het te beperken tot discriminaties die specifiek op het geslacht zijn gebaseerd. Uit het arrest-Jenkins zou men volgens de Commissie kunnen afleiden, dat bepalingen die discriminerend zijn op basis van een ander criterium dan het geslacht, eveneens onder de directe werking van artikel 119 vallen, wanneer de toepassing ervan *de facto* tot hetzelfde resultaat leidt zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Anders dan het Bundesarbeitsgericht en de verwijzende Engelse rechter na het arrest-Jenkins lijken te hebben gedacht, zou het Hof de inbreuken op artikel 119 niet hebben beperkt tot opzettelijke discriminaties, noch de gevallen hebben willen uitsluiten waarin de

werkgever aantoont dat hij een ander doel heeft dan het discrimineren van vrouwelijke werknemers. Dit zou aansluiten bij de conclusie van advocaat-generaal Warner (Jurispr. 1981, blz. 936-937), die verwees naar een uitspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof (Griggs/Duke Power) en naar de rechtsoverwegingen 11 en 12 van het arrest-Jenkins. Het Hof zou dus duidelijk hebben willen maken, dat de omstandigheid dat de werkgever niet de bedoeling heeft te discrimineren, niet volstaat om een regeling waardoor vrouwen feitelijk worden benadeeld, verenigbaar te achten met het non-discriminatiebeginsel. Het opzet om vrouwelijke werknemers te discrimineren, zou slechts een van de toepassingsgevallen van artikel 119 zijn.

Met betrekking tot vraag 2 a) merkt de Commissie onder verwijzing naar het arrest-Defrenne II op, dat artikel 119 een tweeledig doel nastreeft: in de eerste plaats een economisch doel, door een concurrentievervalsend loonbeleid te verhinderen, en in de tweede plaats een sociaal doel, namelijk de verbetering van de levens- en arbeidsomstandigheden van de Europese volkeren. Ten aanzien van dit laatste doel zou artikel 119 slechts dan een echt „nuttige werking" kunnen hebben, wanneer rekening wordt gehouden met de gevolgen van het loonbeleid van de werkgevers voor de levens- en arbeidsomstandigheden van de in deeltijd werkzame vrouwen. Het arrest-Jenkins zou perfect in deze rechtspraak passen, want de rechtsoverwegingen 11 tot 13 verlangen immers een objectieve, iedere op het geslacht gebaseerde discriminatie uitsluitende rechtvaardiging van arbeid in deeltijd en arbeid in volledige betrekking.

De prejudiciële vraag 2 b) zou niet beantwoord behoeven te worden, daar de werkgever bij de keuze van zijn loonbeleid geen volledige vrijheid heeft.

Zou het Hof deze mening niet delen, dan meent de Commissie subsidiair, dat de beginselen van noodzakelijkheid en evenredigheid toepassing moeten vinden. Aan deze beginselen zou enkel een regeling voldoen die rekening houdt met de trouw aan het bedrijf van de — overwegend vrouwelijke — deeltijdwerknemers. Wanneer zo'n regeling niet algemeen kan zijn, zou zij ten minste discriminerende gevolgen voor vrouwen moeten vermijden.

12. In rechtsoverweging 18 van het arrest-Defrenne II overwoog het Hof:

„18) ... binnen de algemene werkingssfeer van artikel 119 moet worden onderscheiden tussen enerzijds rechtstreekse en openlijke discriminaties, die reeds met behulp van de in genoemd artikel 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" (Jurispr. 1976, blz. 474).

Uit deze uitspraak volgt, dat artikel 119 slechts directe werking heeft ten opzichte van „rechtstreekse discriminaties". Dit wordt bevestigd in 's Hofs arrest van 27 maart 1980 (zaak 129/79, Macarthys, Jurispr. 1980, blz. 1275, in het bijzonder r.o. 10) en in het reeds aangehaalde arrest-Worringham en Humphreys (Jurispr. 1981, blz. 791—792, r.o. 23).

Wat is nu „rechtstreekse discriminatie" ? Volgens 's Hofs rechtspraak is het de discriminatie die door de nationale rechter kan worden herkend met behulp van „de in artikel 119 vervatte criteria voor gelijke arbeid

en gelijke beloning" (Defrenne II, r.o. 18), „zonder dat meer gedetailleerde uitvoeringsmaatregelen vanwege de Gemeenschap of de Lid-Staten nodig zijn" (Macarthys, r.o. 10).

Zodra dus de rechter de hem voorgelegde zaak enkel en alleen met behulp van deze criteria kan kwalificeren, is het beginsel van artikel 119 rechtstreeks van toepassing.

Laat ons thans nagaan of de verwijzende rechter de hem in casu voorgelegde feiten enkel en alleen met behulp van deze criteria kan beoordelen. Dit lijkt inderdaad het geval te zijn, aangezien het gaat om een loonbeleid waarbij voor *gelijk werk* — dat weliswaar op verschillende wijze verricht wordt: in volledige betrekking of in deeltijd — een *verschillende beloning* (lato sensu) wordt betaald.

Ik zou hier de aandacht willen vestigen op de terminologische tegenstrijdigheid in de eerste vraag van de verwijzende rechter. Hij vraagt immers, of hij over een „indirecte discriminatie" kan beslissen, terwijl zoals wij zagen, dit type discriminatie volgens het Hof niet onder de directe werking van artikel 119 valt. Maar is de door de verwijzende rechter beschreven indirecte discriminatie in werkelijkheid niet een rechtstreekse discriminatie in de zin van het arrest-Defrenne II ?

Wat hiervan ook zij, de bevoegdheid van de rechter wordt niet bepaald door de *aard* van de discriminatie. Zoals advocaat-generaal Warner in zijn conclusie in de zaak-Jenkins betoogde, ligt het bevoegdheidscriterium in de *directe werking* van artikel 119. Deze directe werking is er niet, aldus advocaat-generaal Warner, „wanneer een nationale rechter de bepalingen ervan niet kan toepassen door een enkele verwijzing naar de eenvoudige criteria die daarin zijn neergelegd, en wanneer dientengevolge voor de vaststelling van desbetreffende criteria communautaire of nationale uitvoeringswetgeving noodzakelijk is" (Jurispr. 1981, blz. 938).

Deze opvatting, die in een poging tot duidelijkheid tegenover de nationale rechter voorrang geeft aan de directe werking boven de aard van de discriminatie, strookt met de geest van 's Hofs rechtspraak. Ik sluit mij erbij aan en verzoek het Hof hetzelfde te doen.

13. Hoe dan ook, de verwijzende rechter zal de bestreden regeling van Bilka moeten beoordelen en daarbij rekening moeten houden met de bijzondere samenstelling van het personeel dat bij dat bedrijf in deeltijd werkzaam is.

Hij zal dat moeten doen in overeenstemming met de volgende, uit het arrest-Jenkins af te leiden regels:

— een ongelijke beloning, die gelijkelijk voor werknemers van beiderlei kunne geldt, is op zich niet in strijd met artikel 119 (r.o. 10 en 11); zij kan „met name" berusten op „objectief gerechtvaardigde economische redenen" (r.o. 12);

— indien evenwel deze ongelijkheid het vrouwelijk personeel zwaarder treft, is zij in strijd met artikel 119, tenzij zij een verklaring vindt in „factoren die discriminatie op grond van geslacht uitsluiten" (r.o. 13);

— *alleen de nationale rechterlijke instantie is bevoegd* om „in elk afzonderlijk geval [te oordelen] of, gelet op *de feiten en de antecedenten van de zaak* en de *bedoeling* van de werkgever", de ongelijke beloning „in werkelijkheid niet

een discriminatie is op grond van het geslacht" (r.o. 14; cursivering van mij).

De verwijzende rechter vraagt het Hof verder te gaan. Voor het geval Bilka voor de feitenrechter weet waar te maken, dat zij met haar pensioenregeling in werkelijkheid beoogde tot meer arbeidscontracten voor een volledige betrekking te komen, wil de verwijzende rechter bovendien weten, of moet worden nagegaan of deze beslissing economisch gerechtvaardigd is. Naar uit de motivering van de beschikking blijkt, is dit de betekenis van de in vraag 2 a) gebruikte uitdrukking „redenen van doelmatige bedrijfsvoering".

Ik meen dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Bij gebreke van een uitdrukkelijke bepaling en bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht, kan men op grond van de directe werking van artikel 119 een niet-economische beweegreden niet uitsluiten als rechtvaardigingsgrond in de zin van rechtsoverweging 13 van het arrest-Jenkins. Niets belet immers een werkgever een personeelsbeleid te voeren waarbij de voorkeur wordt gegeven aan werknemers in volledige betrekking, zolang deze keuze maar in overeenstemming is met het geldende recht en niet discriminerend is bedoeld. De sociaal-culturele druk waaraan werkende vrouwen blootstaan en die de achtergrond vormt zowel van de zaak-Jenkins als van deze zaak, mag natuurlijk niet door de werkgever worden uitgebuit, maar anderzijds kan die druk hem ook geen extra verplichtingen opleggen, die zijn normale keuzemogelijkheden op het gebied van het personeelsbeleid beperken.

14. Met betrekking tot de prejudiciële vraag 2 b) kan ik kort zijn. Wat ook de verdiensten en het belang van de initiatieven ter zake mogen zijn, een werkgever kan niet worden verplicht om in plaats van de overheid een pensioenregeling op te stellen die tegemoet komt aan de specifieke problemen van werknemers met gezinsverplichtingen. Artikel 119 legt slechts verplichtingen op aan de Lid-Staten en niet aan de ondernemingen; deze dienen enkel binnen de gestelde grenzen iedere discriminatie te vermijden.

15. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de door het Bundesarbeitsgericht gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

1) Een aanvullende bedrijfspensioenregeling die gunstiger is voor werknemers met een volledige betrekking, is in strijd met artikel 119, wanneer zij, hoewel gelijkelijk van toepassing op werknemers van beiderlei kunne, in werkelijkheid ten doel heeft de rechten van werkende vrouwen, die op grond van hun verplichtingen de totaliteit of de meerderheid van de deeltijdwerknemers vormen, te beperken.

2) Op een dergelijke situatie is artikel 119 rechtstreeks van toepassing wanneer de nationale rechter zijn beslissing kan baseren op de criteria van gelijke arbeid en gelijke beloning, zonder dat communautaire of nationale maatregelen nodig zijn.

3) De werkgever kan de bestreden maatregel rechtvaardigen door te bewijzen dat hij is ingegeven door redenen die discriminatie op grond van geslacht uitsluiten.

4) Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht kan de werkgever er niet toe worden gedwongen, de moeilijkheden van werknemers die op grond van hun gezinsverplichtingen in deeltijd werken, door de regeling van een aanvullend bedrijfspensioen te compenseren.