CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 18 mei 2004 [1]

I — Inleiding

1. De onderhavige zaak heeft betrekking op het begrip „oproepwerk". Het gaat daarbij in wezen om de vraag of een contract zonder vooraf overeengekomen vaste arbeidstijden in strijd is met de communautaire discriminatieverboden.

2. In dat kader stelt het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk) (hierna ook: „verwijzende rechter") in zijn prejudiciële verzoek een aantal vragen over de uitlegging van bepalingen van het gemeenschapsrecht op het gebied van het sociaal beleid, in het bijzonder over het verbod van discriminatie van deeltijdwerkers ten opzichte van voltijdwerkers en het verbod van discriminatie op grond van geslacht.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

3. Artikel 141, lid 1, EG luidt:

„Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast."

4. Artikel 1, eerste alinea, van richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake

de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers [2] (hierna: „richtlijn 75/117"), luidt als volgt:

„Het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, neergelegd in artikel 119 van het Verdrag en hierna te noemen ‚beginsel van gelijke beloning', houdt in dat voor gelijke arbeid of voor arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend ieder onderscheid naar kunne wordt afgeschaft ten aanzien van alle elementen en voorwaarden van de beloning."

5. Artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden [3] (hierna: „richtlijn 76/207"), in de in casu toepasselijke versie, luidt als volgt:

„De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden, houdt in dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht." [4]

6. Artikel 2, lid 1, van richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid [5] (hierna: „richtlijn 97/81"), bepaalt:

„De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 20 januari 2000 hieraan te voldoen of verzekeren zich er uiterlijk op die datum van dat de sociale partners de nodige bepalingen bij overeenkomst hebben ingevoerd; de lidstaten moeten alle nodige maatregelen treffen om de in deze richtlijn voorgeschreven resultaten te allen tijde te kunnen waarborgen. [...]"

7. Artikel 3 van richtlijn 97/81 luidt:

„Deze richtlijn treedt in werking op de dag van haar bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen." [6]

2 — PB L 45, blz. 19.

3 — PB L 39, blz. 40.

4 — Inmiddels is artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 vervangen door het gewijzigde artikel 3, lid 1, sub c, van dezelfde richtlijn. De nieuwe versie is conform artikel 3 van richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van richtlijn 76/207 (PB L 269, blz. 15), op 5 oktober 2002 in werking getreden. De omzettingstermijn voor de wijzigingen loopt nog tot en met 5 oktober 2005.

5 — PB 1998, L 14, blz. 9 (rectificatie in PB 1998, L 128, blz. 71).

6 — De bekendmaking in het Publicatieblad heeft plaatsgevonden op 20 januari 1998.

8. De kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid, die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 97/81, dient overeenkomstig clausule 1 ervan:

„a) de opheffing van discriminatie van deeltijdwerkers te verzekeren en de kwaliteit van deeltijdarbeid te verbeteren;

b) de ontwikkeling van deeltijdarbeid op vrijwillige basis te vergemakkelijken en bij te dragen aan een flexibele organisatie van de arbeidstijd waarbij rekening wordt gehouden met de behoeften van werkgevers en werknemers."

9. Clausule 2, lid 1, van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid bepaalt:

„Deze overeenkomst is van toepassing op deeltijdwerkers die werken uit hoofde van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding, als omschreven bij wet, collectieve overeenkomsten of gebruiken in iedere lidstaat."

10. Clausule 3, lid 1, van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid definieert „deeltijdwerker" als een werknemer wiens normale arbeidsduur, berekend op weekbasis of als gemiddelde over een werkperiode van maximaal een jaar, minder is dan die van een vergelijkbare voltijdwerker.

11. Clausule 4 van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid bepaalt onder meer:

„1. Met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden worden deeltijdwerkers niet minder gunstig behandeld dan vergelijkbare voltijdwerkers louter op grond van het feit dat zij in deeltijd werkzaam zijn, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is.

2. Wanneer zulks passend is, wordt het ‚pro rata temporis'-beginsel toegepast."

12. Clausule 6 van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid bepaalt onder meer:

„1. De lidstaten en/of de sociale partners kunnen bepalingen handhaven of invoeren die gunstiger zijn dan die welke in deze overeenkomst zijn opgenomen.

[...]

4. Deze overeenkomst doet geen afbreuk aan meer specifieke gemeenschapsbepalingen en vooral niet aan gemeenschapsbepalingen op het gebied van gelijke behandeling van en kansen voor mannen en vrouwen.

5. Het voorkomen en beslechten van geschillen alsmede de behandeling van klachten over de toepassing van deze overeenkomst geschieden in overeenstemming met de nationale wetgeving, collectieve arbeidsovereenkomsten of gebruiken."

13. Naast de genoemde bepalingen wijs ik op het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers [7], dat door de Europese Raad van 9 december 1989 in Straatsburg is aangenomen en luidt als volgt (uittreksel):

„5. Elke arbeid dient rechtvaardig te worden beloond.

Daartoe dient volgens de in ieder land geldende bepalingen:

— aan de werknemers een billijke beloning te worden gewaarborgd, dat wil zeggen een beloning die volstaat om hun een acceptabele levensstandaard te bieden;

— aan de werknemers met een andere arbeidsovereenkomst dan een voltijdse overeenkomst voor onbepaalde duur een billijk referentieloon te worden gewaarborgd;

[...]

7. De verwezenlijking van de interne markt moet leiden tot een verbetering van de levens- en arbeidsvoorwaarden voor de werkenden in de Europese Gemeenschap. Dit proces wordt verwezenlijkt door onderlinge aanpassing van die voorwaarden in opwaartse richting en heeft met name betrekking op de aanpassing en de flexibiliteit van de arbeidsduur en andere arbeidsvormen dan arbeid voor onbepaalde duur, zoals arbeid voor een bepaalde duur, deeltijdarbeid, uitzendarbeid en seizoenarbeid.

[...]

9. De arbeidsvoorwaarden van alle werknemers in de Europese Gemeenschap moe-

7 — Opgenomen in document van de Commissie COM(89) 471 van 2 oktober 1989.

ten volgens de in ieder land geldende bepalingen bij de wet, in een collectieve overeenkomst of in een arbeidsovereenkomst zijn geregeld.

[...]

10. Volgens de in ieder land geldende bepalingen

— hebben alle werknemers in de Europese Gemeenschap recht op adequate sociale bescherming en hebben zij, ongeacht hun statuut en de grootte van de onderneming waarin zij werken, recht op toereikende socialezekerheidsprestaties. [...]"

B — *Nationaal recht*

14. Van het Oostenrijkse recht zijn met name de bepalingen van het Gleichbehandlungsgesetz (Oostenrijkse wet gelijke behandeling; hierna: „GlBG") en van het Arbeitszeitgesetz van 6 juni 1994 [8] (Oostenrijkse arbeidstijdenwet; hierna: „AZG") van belang.

8 — BGBl. 1994 I, blz. 1170.

15. Volgens § 2, lid 1, GlBG is elke directe of indirecte discriminatie op grond van geslacht verboden, met name bij de totstandkoming van de arbeidsverhouding, bij de vaststelling van de beloning en bij de overige arbeidsvoorwaarden. Wanneer bij de vaststelling van de beloning wordt gediscrimineerd, heeft de werknemer recht op uitbetaling door de werkgever van het verschil (§ 2a, lid 2, GlBG).

16. In § 3 AZG wordt de normale arbeidstijd vastgesteld op in beginsel 40 uur per week en 8 uur per dag

17. Met betrekking tot het rooster van de normale arbeidstijd bepaalt § 19c AZG het volgende:

„(1) Het rooster van de normale arbeidstijd, alsmede de wijziging ervan, moeten in onderling overleg worden vastgesteld, voorzover zij niet in collectieve overeenkomsten zijn neergelegd.

(2) In afwijking van lid 1 kan de werkgever het rooster van de normale arbeidstijd wijzigen indien:

1. dit om objectieve redenen, die met de aard van de arbeidsprestatie verband houden, gerechtvaardigd is,

2. het rooster van de normale arbeidstijd minstens twee weken op voorhand aan de werknemer wordt meegedeeld,

3. er geen achtenswaardige belangen van de werknemer aan in de weg staan, en

4. er geen andersluidende afspraak werd gemaakt.

(3) Van het bepaalde in lid 2, sub 2, kan worden afgeweken indien zulks nodig blijkt in geval van onvoorziene omstandigheden, teneinde onevenredige economische schade te voorkomen en indien andere maatregelen onaanvaardbaar zijn. Bij collectieve overeenkomst kan van lid 2, sub 2, worden afgeweken om redenen van bedrijfsspecifieke noodzaak."

18. § 19d AZG luidt als volgt:

„(1) Van deeltijdarbeid is sprake wanneer de overeengekomen wekelijkse arbeidstijd korter is dan de wettelijke normale arbeidstijd of een bij collectieve overeenkomst vastgelegde kortere normale arbeidstijd.

(2) De duur en het rooster van de arbeidstijd, alsmede de wijziging ervan, moeten in onderling overleg worden vastgesteld, voorzover zij niet bij collectieve overeenkomst zijn vastgelegd. § 19c, leden 2 en 3, is van toepassing.

[...]

(6) Deeltijdwerkers mogen niet vanwege hun deeltijdarbeid gediscrimineerd worden ten opzichte van voltijdwerkers, tenzij een verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is [...]. In geval van een geschil moet de werkgever bewijzen dat de discriminatie niet aan de deeltijdarbeid te wijten is."

19. Voorts blijkt uit de verwijzingsbeschikking dat de collectieve overeenkomst voor het Oostenrijkse winkelpersoneel de normale arbeidstijd vaststelt op 38,5 uur per week en ook bepalingen inzake de doorberekening over langere periodes bevat.

III — Feiten en hoofdgeding

20. Van oktober 1998 tot en met juni 2000 was verzoekster in het hoofdgeding, N. Wippel, werkzaam bij verweerster in het hoofdgeding, Peek & Cloppenburg GmbH & Co KG (hierna: „P & C"), een kledingzaak. De arbeidsverhouding berustte op een kaderarbeidsovereenkomst, gebaseerd op het beginsel van het oproepcontract.

21. Deze kaderovereenkomst voorzag met name niet in vaste werktijden, maar bepaalde dat de duur en het rooster van de werktijd van geval tot geval in onderling overleg tussen partijen zouden worden vastgelegd. In het bijzonder zou P & C Wippel oproepen afhankelijk van de hoeveelheid te verrichten werk, en Wippel zou het werkaanbod kunnen aanvaarden of weigeren, zonder zich te hoeven rechtvaardigen. In de praktijk stelde de verkoopleider van P & C aan het begin van elke week de omzetplanning en het werkplan voor de daaropvolgende week op. Elke werknemer kon op een lijst aangeven wanneer hij of zij in die week niet wilde werken. In overeenstemming met deze wensen van de werknemers werd het werkrooster vervolgens door P & C ingevuld. Overigens blijkt uit het dossier, dat Wippel herhaaldelijk heeft aangegeven dat zij op bepaalde dagen niet kon of wilde werken.

22. Volgens de kaderarbeidsovereenkomst zou Wippel ook geen vast loon ontvangen, omdat beide partijen uitdrukkelijk ervan afzagen een bepaalde arbeidsomvang vast te leggen. P & C stelde verzoekster slechts in het vooruitzicht dat zij ongeveer drie dagen per week en twee zaterdagen per maand zou kunnen werken. Haar loon bedroeg 6,54 EUR per uur, exclusief eventuele verkoopprovisies.

23. In de periode waarin zij tewerk was gesteld, van oktober 1998 tot en met juni 2000, werkte Wippel inderdaad onregelmatig; de hoogte van haar loon varieerde derhalve van maand tot maand. Het hoogste aantal uren dat zij in een maand heeft gewerkt, bedroeg 123,32 uur, in oktober 1999.

24. Vóór de sluiting van de kaderarbeidsovereenkomst was Wippel, die aan het begin van de arbeidsverhouding 19 jaar oud was en net haar schoolopleiding had afgerond, door P & C geïnformeerd over de voor- en nadelen van de gekozen contractvorm. Zij had daarbij aangegeven dat zij niet op een regelmatig inkomen was aangewezen.

25. Thans twisten partijen in het hoofdgeding over een loonvordering van Wippel. Zij heeft in juni 2000 bij het Arbeits- und Sozialgericht Wien (Oostenrijk) van P & C een bedrag gevorderd van 11 929,23 EUR,

vermeerderd met kosten en nevenvorderingen. Zij voert aan dat P & C haar met terugwerkende kracht loon moet uitbetalen, namelijk het verschil tussen de maximale arbeidstijd die van haar kon worden verlangd, en de daadwerkelijk maandelijks door haar gewerkte uren. Wippel stelt, dat haar maximale arbeidstijd, namelijk het in oktober 1999 door haar gewerkte aantal uren, de beloningsgrondslag had moeten zijn voor *elke* maand waarin zij voor P & C heeft gewerkt. Op grond daarvan vordert zij een brutomaandloon van 807,98 EUR voor de periode tot en met december 1999 en van 825,93 EUR voor de periode van januari tot en met juni 2000.

26. Het Arbeits- und Sozialgericht Wien heeft de vordering afgewezen onder verwijzing naar § 19d, lid 2, AZG; in het onderhavige geval was elke tewerkstelling in onderling overleg tussen partijen vastgelegd. Het Oberlandesgericht Wien (Oostenrijk) heeft als beroepsinstantie de uitspraak in eerste aanleg vernietigd, de zaak voor onderzoek van het feitelijke verloop van de arbeidsverhouding naar de rechter van eerste aanleg terugverwezen en toestemming voor hogere voorziening verleend. Beide partijen hebben hogere voorziening ingesteld bij het Oberste Gerichtshof.

27. Met betrekking tot het Oostenrijkse recht zet het Oberste Gerichtshof uiteen dat volgens het AZG voor voltijdwerkers qua duur en rooster de wettelijk vastgelegde normale arbeidstijd geldt. Voor deeltijdwerkers daarentegen is, wat de concrete duur en het rooster van hun arbeidstijd betreft, in het AZG geen enkele — al was het maar subsidiair geldende — wettelijke bepaling opgenomen.

28. Gelet op het doel van de arbeidsrechtelijke regelingen is een afspraak als die in geding ongeldig. Zij houdt in, dat de werknemer afstand doet van zijn wettelijk recht op contractuele vastlegging van de duur van de arbeidstijd en dat de bepaling van het rooster van de arbeidstijd afhangt van de willekeur van de werkgever.

29. Het Oberste Gerichtshof wijst ook op statistische gegevens, volgens welke meer dan 90 % van alle deeltijdwerkers van het vrouwelijk geslacht is, terwijl vrouwen ongeveer 40 % van de voltijdwerkers uitmaken. Daar P & C niet heeft aangevoerd dat de situatie in haar bedrijf hiervan wezenlijk afwijkt, dient ervan te worden uitgegaan dat het percentage vrouwen onder de deeltijdwerkers niet alleen in het algemeen, maar ook in het bedrijf van P & C aanzienlijk hoger is dan onder de voltijdwerkers.

IV — Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure voor het Hof

30. Bij beslissing van 8 augustus 2002 heeft de verwijzende rechter het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1. a) Moeten artikel 141 EG, artikel 1 van richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, clausule 2 van de door de Unice, CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, die is omgezet bij richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997, en punt 9 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers van 9 december 1989 aldus worden uitgelegd (begrip werknemer) dat ook personen die — zoals in het onderhavige geval verzoekster — in een gedetailleerde kaderovereenkomst afspraken opnemen inzake beloning, voorwaarden voor opzegging, enzovoort, maar ook bedingen dat de duur en het rooster van de arbeidstijd van de hoeveelheid werk zullen afhangen en in het concrete geval pas na onderling overleg tussen partijen zullen worden vastgesteld, doorlopend bescherming genieten?

b) Beantwoordt een situatie waarin vrijblijvend een tewerkstelling van ongeveer drie dagen per week en twee zaterdagen per maand in het vooruitzicht wordt gesteld, aan het begrip ‚werknemer' als bedoeld in vraag 1a?

c) Beantwoordt een situatie waarin daadwerkelijk ongeveer drie dagen per week en twee zaterdagen per maand wordt gewerkt, aan het begrip ‚werknemer' als bedoeld in vraag 1a?

d) Is het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers van 9 december 1989 op zijn minst in zoverre verbindend, dat andere bepalingen van gemeenschapsrecht met inachtneming van dit handvest moeten worden uitgelegd?

2) Moeten artikel 141 EG, artikel 1 van richtlijn 75/117, artikel 5 van richtlijn 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, en clausule 4 van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid aldus worden uitgelegd dat sprake is van een ongelijke behandeling die niet objectief

gerechtvaardigd is, wanneer voor voltijdwerkers (ongeveer 60 % mannen en 40 % vrouwen) bij wet of bij collectieve overeenkomst vastgestelde bepalingen betreffende de duur en, tot op zekere hoogte, het rooster van de arbeidstijd geldt, waarvan deze werknemers ook zonder contractuele afspraak de naleving kunnen afdwingen, terwijl dergelijke bepalingen voor deeltijdwerkers, die overwegend van het vrouwelijke geslacht zijn (ongeveer 90 % vrouwen en 10 % mannen), ontbreken indien de partijen hieromtrent geen — bij wet voorgeschreven — contractuele afspraak maken?

3) Moeten artikel 141 EG, artikel 1 van richtlijn 75/117, artikel 5 van richtlijn 76/207 en clausule 4 van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid aldus worden uitgelegd dat sprake is van een ongelijke behandeling die niet objectief gerechtvaardigd is, wanneer een werkgever ten aanzien van deeltijdwerkers — bij wie ervan moet worden uitgegaan dat zij overwegend van het vrouwelijke geslacht zijn (ongeveer 90 % vrouwen en 10 % mannen) — elke afspraak over rooster en duur van de arbeidstijd uitdrukkelijk uitsluit, terwijl voor voltijdwerkers — bij wie ervan moet worden uitgegaan dat zij niet in gelijke mate overwegend van het vrouwelijke geslacht zijn — de duur en, tot op zekere hoogte, het rooster van de arbeidstijd reeds bij wet of collectieve overeenkomst zijn vastgesteld?

4) Moeten artikel 141 EG, artikel 1 van richtlijn 75/117, artikel 5 van richtlijn 76/207 en de clausules 4 en 1, sub b, (vergemakkelijking van de ontwikkeling van deeltijdarbeid) van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid aldus worden uitgelegd dat het, ter compensatie van een ongelijke behandeling die niet objectief gerechtvaardigd is, noodzakelijk en geoorloofd is

a) voor de omvang van de arbeidstijd uit te gaan van een bepaald aantal uren en, zo ja, van

i) de normale arbeidstijd, of

ii) de langste feitelijke wekelijkse arbeidstijd, voorzover de werkgever niet aantoont dat deze een gevolg was van een toen bestaande buitengewone, hogere werkdruk, of

iii) de werkdruk die bestond toen de arbeidsovereenkomst werd gesloten, of

iv) de gemiddelde wekelijkse arbeidstijd

en

b) voor het rooster van de arbeidstijd ter compensatie van de als gevolg van de flexibiliteit veroorzaakte hogere belasting voor de werknemer en het hieruit voor de werkgever voortvloeiende voordeel, aan de werknemer toe te kennen:

i) een in het concrete geval te bepalen ‚passende' toeslag op het uurloon, of

ii) een minimumtoeslag die toekomt aan voltijdwerkers die meer uren dan de normale arbeidstijd (8 uren per dag of 40 uren per week) werken, of

iii) onafhankelijk van de werkelijk gepresteerde arbeidstijd een vergoeding voor de niet als arbeidstijd beloonde tijd gedurende welke volgens de overeenkomst een arbeidsrooster mogelijk was (potentiële arbeidstijd), en wel wanneer de termijn voor de aankondiging

— 14 dagen bedraagt, of

— korter is dan wat als redelijk moet worden beschouwd?"

31. Wippel, P & C, de regering van de Republiek Oostenrijk, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie hebben bij het Hof opmerkingen ingediend.

V — Beoordeling

A — *Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen*

32. In zijn verwijzingsbeschikking zet het Oberste Gerichtshof uiteen dat het concept „oproepwerk" volgens nationaal recht ongeoorloofd is en dat de tussen Wippel en P & C gesloten kaderarbeidsovereenkomst gedeeltelijk nietig is. Tegen deze achtergrond geeft de Commissie in haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen te kennen, dat zij de indruk heeft dat het in het hoofdgeding vooral om vragen van nationaal Oostenrijks recht gaat. Daarmee werpt de Commissie indirect ook de vraag op, of het krachtens artikel 234 EG ingediende verzoek om een prejudiciële beslissing wel ontvankelijk is en of het Hof wel bevoegd is tot het beantwoorden van de prejudiciële vragen.

33. Ik wijs er in dit verband op, dat het volgens vaste rechtspraak uitsluitend een zaak van de nationale rechter is om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing

voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Het verzoek om een prejudiciële beslissing kan slechts worden afgewezen wanneer de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht kennelijk geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding. [9]

34. In casu heeft het Oberste Gerichtshof het voornemen nationale bepalingen zoals het AZG en het GlBG toe te passen, die in elk geval gedeeltelijk de omzetting van gemeenschapshandelingen tot doel hebben. [10] Volgens het beginsel van richtlijnconforme uitlegging [11] kan bij de toepassing van nationale wetten ook de uitlegging van het gemeenschapsrecht relevant zijn. Wat het hoofdgeding betreft, geldt dit niet alleen voor de feitelijke voorwaarden van de communautaire discriminatieverboden, maar ook — zoals de Commissie terecht stelt — voor de rechtsgevolgen daarvan, dus voor de consequenties die vanuit de optiek van het gemeenschapsrecht uit een eventuele discriminatie moeten worden getrokken.

35. Derhalve ontbeert het verzoek om een prejudiciële beslissing niet kennelijk elk verband met het hoofdgeding. De prejudiciële vragen zijn ontvankelijk.

B — *De eerste vraag, sub d: rechtskarakter van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten*

36. Vraag 1, sub d, heeft betrekking op het rechtskarakter van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers. De verwijzende rechter vraagt naar de verbindendheid van dit handvest; hij wenst te vernemen of het gemeenschapsrecht met inachtneming van het handvest moet worden uitgelegd. Ik stel voor, deze vraag op voorhand te onderzoeken, omdat zij invloed heeft op de beantwoording van alle andere vragen van de verwijzende rechter.

37. Het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers is tijdens de vergadering van de Europese Raad van Straatsburg van 9 december 1989 in de vorm van een verklaring aangenomen. [12] Het heeft dus niet het bindende karakter van primairrechtelijke handelingen, zoals het Verdrag en, krachtens artikel 311 EG, de daaraan

9 — Zie bijvoorbeeld arresten van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punten 59-61); 30 april 1998, Cabour (C-230/96, Jurispr. blz. I-2055, punt 21); 6 juni 2000, Angonese (C-281/98, Jurispr. blz. I-4139, punt 18), en 25 maart 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi e.a. (C-480/00, C481/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00–C-491/00, en C-497/00–C-499/00, Jurispr. blz. I-2943, punt 72).

10 — In dit verband zijn in het bijzonder zijn de richtlijnen 76/207 en 97/81 vermeldenswaard.

11 — Zie omtrent het beginsel van richtlijnconforme uitlegging volgens artikel 249, derde alinea, EG, onder meer het arrest van 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punten 19-26 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

12 — Deze verklaring is door de staats- en regeringsleiders van elf van de destijds 12 lidstaten aangenomen en is niet bekendgemaakt in het Publicatieblad; zie de conclusies van het voorzitterschap, Bull. EG 12-1989, punt 1.1.10.

gehechte protocollen. Vanwege het feit dat de Europese Raad geen normatieve bevoegdheid heeft, kan het handvest ook niet als een handeling van het afgeleide recht worden beschouwd. Het bevat slechts algemene sociaal-politieke doelstellingen die ertoe strekken de Unie een impuls te geven voor haar ontwikkeling op het gebied van het sociaal beleid. [13]

38. Hoewel het Gemeenschapshandvest van de sociale rechten van werknemers als zodanig dus geen bindende rechtshandeling is [14], blijkt uit de duidelijke verwijzing ernaar in diverse bepalingen van het gemeenschapsrecht, dat het bij de uitlegging en toepassing daarvan in acht moet worden genomen. Met betrekking tot deze bepalingen heeft ook het Hof het handvest reeds als hulp voor de uitlegging gebruikt. [15]

39. Artikel 141 EG staat bijvoorbeeld in het hoofdstuk Sociale politiek van het Verdrag, waarvan de inleidende bepaling, artikel 136, eerste alinea, EG, sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam [16] uitdrukkelijk naar het handvest verwijst. Hetzelfde geldt voor richtlijn 97/81, waarvan de derde overweging van de considerans eveneens rechtstreeks naar het Gemeenschapshandvest verwijst. Zelfs de vóór de aanneming van het handvest in werking getreden richtlijnen 75/117 en 76/207 strekken tot omzetting van het beginsel van gelijke behandeling van werknemers binnen ondernemingen en hebben dus ook betrekking op een voorwerp van het handvest [17], in het licht waarvan zij dan ook moeten worden uitgelegd en toegepast.

40. Maar het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers moet ook los van deze bepalingen, die daarmee alleen al vanwege hun specifieke sociaal-politieke inhoud nauw verband houden, in aanmerking worden genomen bij de uitlegging en toepassing van het gemeenschapsrecht. Want de doelstellingen van sociale vooruitgang en een hoog niveau van sociale bescherming, zoals verwoord in artikel 2 EG en in de tweede en de derde overweging van de preambule van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en in de achtste overweging van de preambule van het Verdrag betreffende de Europese Unie, gelden voor alle activiteiten van de Gemeenschap. In de vierde overweging van de preambule van het Verdrag betreffende de

13 — Zie ook artikel 4 EU, dat in 1989 weliswaar nog niet van kracht was, maar als uitdrukking kan worden beschouwd van wat reeds vóór het Verdrag betreffende de Europese Unie de rol was van de Europese Raad en de daarin vertegenwoordigde staats- en regeringsleiders van de lidstaten.

14 — In zijn conclusie van 28 januari 1999 (Jurispr. blz. I-5751, punt 137) in de zaken Albany, Brentjens' en Drijvende Bokken (arresten van 21 september 1999, C-67/96, Jurispr. blz. I-5751, C-115/57–C-117/97, Jurispr. blz. I-6025, en C-219/97, Jurispr. blz. I-6121), heeft advocaat-generaal Jacobs zich uiteindelijk ook uitgesproken tegen een bindend karakter van het handvest.

15 — Arrest van 9 september 2003, Jaeger (C-151/02, Jurispr. blz. I-8389, punt 47), evenals het arrest van 26 juni 2001, BECTU (C-173/99, Jurispr. blz. I-4881, punt 39). Beide arresten hadden betrekking op richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB L 307, blz. 18; de vierde overweging van de considerans daarvan verwijst uitdrukkelijk naar het Gemeenschapshandvest van de sociale rechten van werknemers.

16 — Op 1 mei 1999.

17 — Zie punt 16 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers.

Europese Unie wordt dan ook uitdrukkelijk verwezen naar het Gemeenschapshandvest, dat deze doelstellingen concretiseert.

41. Daarom dient aan de verwijzende rechter te worden geantwoord dat het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers, hoewel juridisch niet-verbindend, als hulp voor de uitlegging van bepalingen van het gemeenschapsrecht in acht moet worden genomen.

C — *De eerste vraag, sub a tot en met c: begrip werknemer*

42. Met vraag 1, sub a, tot en met c, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het begrip werknemer in de zin van artikel 141 EG, richtlijn 75/117, de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid en het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers ook personen omvat die slechts in geringe mate tewerk worden gesteld en oproepwerk doen, zonder concrete, vooraf vastgelegde arbeidstijden.

43. Het gemeenschapsrecht kent geen uniform begrip werknemer; de betekenis van dit begrip hangt af van de betrokken bepaling. [18] Op dit punt dient onderscheid te worden gemaakt tussen de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid enerzijds, en artikel 141 EG, richtlijn 75/117, richtlijn 76/207 en het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers anderzijds.

1. Het begrip werknemer in de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid

44. Wat om te beginnen de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid betreft, deze is volgens clausule 2, lid 1, van toepassing „op deeltijdwerkers die werken uit hoofde van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding, als omschreven bij wet, collectieve overeenkomsten of gebruiken in iedere lidstaat".

45. Het begrip werknemer in de zin van de kaderovereenkomst is dus niet van communautaire aard. De personele werkingssfeer van de kaderovereenkomst wordt gedefinieerd met verwijzing naar het betrokken nationale recht. Het begrip werknemer dient dus te worden bepaald aan de hand van de in iedere lidstaat geldende wetten, collectieve overeenkomsten of gebruiken. De lidstaten beschikken daarbij over een ruime beoordelingsmarge. Uit het gemeenschapsrecht kunnen op dit punt hooguit de uiterste grenzen

18 — Arresten van 12 mei 1998, Martínez Sala (C-85/96, Jurispr. blz. I-2691, punt 31), en 13 januari 2004, Allonby (C-256/01, Jurispr. blz. I-873, punt 63).

worden afgeleid. Zo zou het in strijd kunnen zijn met de verplichting tot loyale samenwerking (artikel 10 EG), wanneer een lidstaat het begrip werknemer in zijn nationale recht dermate strikt zou definiëren dat de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid geen enkel nut zou hebben en de verwezenlijking van de in clausule 1 vermelde doelstellingen buitensporig zou worden bemoeilijkt. In het onderhavige geval zijn echter geen aanwijzingen in die richting te vinden.

46. In de verwijzingsbeschikking deelt het Oberste Gerichtshof mee, dat Wippel naar zijn mening, ondanks het ontbreken van vooraf overeengekomen, vaste arbeidstijden, als werkneemster in de zin van het Oostenrijkse recht dient te worden aangemerkt. Daardoor valt zij krachtens clausule 2, lid 1, van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid binnen de personele werkingssfeer ervan.

2. Het begrip werknemer in artikel 141 EG, in richtlijnen 75/117 en 76/207 en het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers

47. Wat artikel 141 EG, de richtlijnen 75/117 en 76/207 en het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers betreft, deze omschrijven het begrip werknemer niet uitdrukkelijk. Bij de bepaling van de betekenis ervan moet derhalve te rade worden gegaan met de algemeen erkende uitleggingsbeginselen, rekening houdend met de context van dat begrip en de doelstellingen van het Verdrag. [19]

48. Volgens artikel 2 EG heeft de Gemeenschap onder meer tot taak de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen. Artikel 141, lid 1, EG is een specifieke uitdrukking van het beginsel van gelijkheid tussen mannen en vrouwen, dat een van de grondslagen van de Gemeenschap is en tot de door het gemeenschapsrecht beschermde grondrechten behoort. [20] Uit hoofde van artikel 3, lid 2, EG streeft de Gemeenschap ernaar, de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen. Met verwijzing naar het Europees Sociaal Handvest [21] en het Gemeenschapshandvest van de sociale rechten van werknemers [22] formuleert artikel 136, lid 1, EG onder meer de doelstelling van verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden, alsmede een adequate sociale bescherming.

49. In het licht van deze doelstelling van sociale bescherming dient de term werknemer in artikel 141 EG, alsook in de richtlijnen 75/117 en 76/207 en in het

19 — Arrest Allonby (aangehaald in voetnoot 18, punt 64).

20 — Arrest Allonby (aangehaald in voetnoot 18, punt 65); zie verder de arresten van 8 april 1976, Defrenne II (43/75, Jurispr. blz. 455, punt 12), en 10 februari 2000, Deutsche Post (C-270/97 en C-271/97, Jurispr. blz. I-929, punt 57).

21 — Ondertekend op 18 oktober 1961 te Turijn.

22 — Zie met name de punten 7-10 van het handvest.

Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers, als een communautair begrip te worden beschouwd en ruim te worden uitgelegd. [23] Daarvoor kan worden aangeknoopt bij de definitie die het Hof heeft ontwikkeld in verband met het vrije verkeer van werknemers uit hoofde van artikel 39 EG. [24]

50. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof met betrekking tot artikel 39 EG, die uitgaat van de wederzijdse rechten en plichten in de arbeidsverhouding, moet als werknemer worden aangemerkt degene die gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een beloning ontvangt. [25] Het begrip werknemer veronderstelt wel dat het om reële en daadwerkelijke arbeid gaat, die niet van zo geringe omvang is dat hij louter marginaal en bijkomstig blijkt. [26]

51. Of de werkzaamheden van Wippel in het hoofdgeding als reëel en daadwerkelijk moeten worden beschouwd dan wel of de omvang daarvan zo gering was dat het om louter marginale en bijkomstige arbeid gaat, dient de verwijzende rechter aan de hand van alle omstandigheden van het geval te beoordelen. [27] Het Hof, dat de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord dient te verschaffen, is evenwel bevoegd om op basis van het dossier en de schriftelijke en mondelinge opmerkingen van partijen aanwijzingen te geven die de verwijzende rechter in staat stellen uitspraak te doen. [28]

52. Zo heeft het Hof reeds in de zaak Raulin voor recht verklaard dat een persoon die op basis van een oproepcontract werkt en slechts werkzaamheden van zeer geringe omvang verricht, als werknemer kan worden aangemerkt. [29] Deze zaak vertoont overigens enkele parallellen met de feiten van het hoofdgeding. Zo ontbrak ook in de zaak Raulin een garantie omtrent de te werken uren en werd er vaak slechts een zeer gering aantal dagen per week of uren per dag gewerkt. De werkgever was slechts loon en sociale voordelen verschuldigd voorzover de werknemer daadwerkelijk had gewerkt. Van zijn kant was de werknemer niet verplicht om aan een „oproep" van de werkgever gehoor te geven.

23 — Arrest Allonby (aangehaald in voetnoot 18, punt 66).

24 — Zie ook het arrest Allonby (aangehaald in voetnoot 18, punt 67).

25 — Arresten van 3 juli 1986, Lawrie-Blum (66/85, Jurispr. blz. 2121, punt 7); 31 mei 1989, Bettray (344/87, Jurispr. blz. 1621, punt 12); 8 juni 1999, Meeusen (C-337/97, Jurispr. blz. I-3289, punt 13), en 6 november 2003, Ninni-Orasche (C-413/01, Jurispr. blz. I-13187, punt 24). Zie ook het arrest Martínez Sala (aangehaald in voetnoot 18, punt 32).

26 — Zie arresten van 23 maart 1982, Levin (53/81, Jurispr. blz. 1035, punt 17), en 26 februari 1992, Raulin (C-357/89, Jurispr. blz. I-1027, punten 10 en 12), alsook de in voetnoot 25 aangehaalde arresten Lawrie-Blum (punt 21), Meeusen (punt 13) en Ninni-Orasche (punt 26).

27 — Arresten Raulin (aangehaald in voetnoot 26, punt 13) en Allonby (aangehaald in voetnoot 18, punt 69).

28 — Vaste rechtspraak op het vlak van de sociale politiek: zie bijvoorbeeld arresten van 11 september 2003, Steinicke (C-77/02, Jurispr. blz. I-9027, punt 59), en 23 oktober 2003, Schönheit en Becker (C-4/02 en C-5/02, Jurispr. blz. I-12575, punt 83).

29 — Arrest Raulin, aangehaald in voetnoot 26, punten 9-11.

53. Volgens de rechtspraak is het bij de beoordeling van de hoedanigheid van werknemer evenwel toegestaan rekening te houden met het onregelmatig karakter en de beperkte duur van de verrichte werkzaamheden. [30] Uit het dossier blijkt echter dat de werkzaamheden van Wippel een tamelijk lange periode bestreken en gemiddeld drie dagen per week en twee zaterdagen per maand omvatten. Daarnaast moet in aanmerking worden genomen dat volgens de rechtspraak van het Hof ook personen die slechts een gering aantal uren per week werken en wier inkomen mogelijk beneden het bestaansminimum ligt, als werknemers moeten worden aangemerkt. [31]

54. Alleen al de toepassing van het in het kader van het vrije verkeer uit hoofde van artikel 39 EG ontwikkelde begrip werknemer pleit dus voor een kwalificatie van Wippel als werkneemster. De vraag of het begrip werknemer op het vlak van de sociale politiek, gelet op de doelstelling van sociale bescherming daarvan, ruimer moet worden opgevat dan op het gebied van het vrije verkeer uit hoofde van artikel 39 EG, hoeft derhalve in casu niet te worden beantwoord. [32]

55. Al met al dient derhalve aan de verwijzende rechter te worden geantwoord dat het begrip werknemer in het kader van artikel 141 EG, richtlijn 75/117, richtlijn 76/207 en het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers in elk geval iedere persoon omvat die voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een beloning ontvangt, tenzij het bij deze prestaties niet om reële en daadwerkelijke werkzaamheden gaat of om werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig zijn. Een vaste en vooraf vastgestelde werktijd is in dit verband niet relevant.

D — *Opmerking vooraf inzake de tweede en de derde vraag: toepasselijkheid van de richtlijnen 97/81 en 76/207*

56. In zijn tweede en zijn derde vraag verwijst het Oberste Gerichtshof naar artikel 141 EG, de richtlijnen 75/117 en 76/207, en de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid. Alvorens deze vragen gedetailleerd te bespreken, stel ik voor te onderzoeken of en in hoeverre de genoemde bepalingen van toepassing zijn op het onderhavige geval.

1. Toepasselijkheid van richtlijn 97/81 en de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid op periodes vóór 20 januari 2000

57. In verband met richtlijn 97/81 en de daaraan gehechte kaderovereenkomst inzake

30 — Arrest Raulin, aangehaald in voetnoot 26, punt 14.

31 — Arresten Levin (aangehaald in voetnoot 26, punten 15 en 16) en Lawrie-Blum (aangehaald in voetnoot 25, punt 21).

32 — De Commissie en P & C zinspelen daarop in hun schriftelijke opmerkingen.

deeltijdarbeid moet voor de beantwoording van de tweede en de derde vraag in aanmerking worden genomen dat de omzettingstermijn ervan pas op 20 januari 2000, dus *na* aanvang van de arbeidsverhouding tussen Wippel en P & C, is verstreken. [33]

58. Dientengevolge rijst de vraag, welke betekenis in casu aan de kaderovereenkomst moet worden gehecht voorzover arbeid van vóór 20 januari 2000 in het geding is, en met name of het nationale recht ook voor deze periode reeds richtlijnconform moet worden uitgelegd en toegepast. [34]

59. In beginsel treden richtlijnen in werking op de daartoe bepaalde datum of anders op de twintigste dag volgende op die van hun bekendmaking in het Publicatieblad. [35] Reeds vanaf deze datum sorteren zij rechtsgevolgen. [36] Zo moeten de lidstaten zich bijvoorbeeld reeds tijdens de omzettingstermijn onthouden van alle maatregelen die het door een richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar kunnen brengen. [37]

60. Maar ook afgezien van dit verbod om de doelstellingen van een richtlijn te doorkruisen, kunnen richtlijnen reeds vóór het verstrijken van de omzettingstermijn rechtsgevolgen sorteren. Wat richtlijn 97/81 betreft, is uit de bewoordingen ervan af te leiden dat zij op de dag van haar bekendmaking in het Publicatieblad, op 20 januari 1998, *in werking is getreden.* [38] Weliswaar is de lidstaten een omzettingstermijn tot en met 20 januari 2000 verleend, maar deze termijn betreft slechts de inwerkingtreding van de nodige *wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen* en *overeenkomsten tussen de sociale partners.* [39] Het doel van deze omzettingstermijn is, de nodige tijd te geven voor bijvoorbeeld de vereiste wetgevingsprocedures en onderhandelingen tussen de sociale partners. [40] Afgezien van dit speciale geval is

33 — Artikel 2, lid 1, van richtlijn 97/81.

34 — Over de omvang van de verplichting tot richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht vóór het verstrijken van de omzettingstermijn wordt verschillend gedacht. Terwijl advocaat-generaal Darmon bijvoorbeeld voorstander is van een algemene verplichting tot richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht reeds voordat de omzettingstermijn is verstreken [conclusie van 14 november 1989 (Jurispr. 1990, blz. I-3941, punt 11) in de zaken Dekker en Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (arresten van 8 november 1990, C-177/88, Jurispr. blz. I-3941, en C-179/88, Jurispr. blz. I-3979)], gaat advocaat-generaal Jacobs minder ver, hoewel hij wel uitgaat van een verplichting van de nationale rechterlijke instanties om reeds in werking getreden nationale bepalingen die als uitvoering van een richtlijn zijn bedoeld, in overeenstemming met die richtlijn uit te leggen [conclusie van 25 juni 1992 in de zaak Hansa Fleisch, punten 23 en 24 (arrest van 10 november 1992, C-156/91, Jurispr. blz. I-5567)].

35 — Artikel 254, lid 1, tweede volzin, en lid 2, tweede volzin, EG. Richtlijnen die niet tot alle lidstaten zijn gericht, worden van kracht door de kennisgeving aan hun adressaten.

36 — Arrest van 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Jurispr. blz. I-7411, punt 41). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Alber van 9 september 2003 in de zaak Rieser Internationale Transporte, punt 112 (arrest van 5 februari 2004, C-157/02, Jurispr. blz. I-1477).

37 — Artikel 249, derde alinea, EG juncto artikel 10, tweede alinea, EG. Zie ook – met betrekking tot de vaststelling van bepalingen — het arrest Inter-Environnement Wallonie (aangehaald in voetnoot 36, punt 45) en de arresten van 8 mei 2003, ATRAL (C-14/02, Jurispr. blz. I-4431, punt 58), en 5 februari 2004, Rieser Internationale Transporte (aangehaald in voetnoot 36, punt 66).

38 — Artikel 3 van richtlijn 97/81.

39 — Artikel 2, lid 1, van richtlijn 97/81.

40 — Zie nader de arresten Inter-Environnement Wallonie (aangehaald in voetnoot 36, punt 43) en Rieser (aangehaald in voetnoot 37, punt 68).

de richtlijn echter reeds vanaf de datum van inwerkingtreding verbindend wat het te bereiken resultaat betreft en bindt zij ook de rechtsprekende instanties in de lidstaten. [41]

61. In het bijzonder stonden de politieke waardeoordelen van de gemeenschapswetgever inzake deeltijdarbeid en dus het doel van richtlijn 97/81 reeds bij de inwerkingtreding hiervan vast. Die waardeoordelen moeten met name in aanmerking worden genomen wanneer de nationale rechter algemene clausules of vage rechtsbegrippen van het nationale recht moet uitleggen en toepassen.

62. Wanneer de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met algemene clausules en vage rechtsbegrippen reeds vóór de vaststelling van een richtlijn bestonden, gaat overigens het bezwaar [42] niet op, dat de gerechten bij de omzetting van een richtlijn niet vooruit mogen lopen op het besluit van de wetgever. Want wanneer de nationale rechter zich beperkt tot een richtlijnconforme invulling van een ruimte voor interpretatie die hem door de wetgever reeds in bestaande nationale bepalingen is verleend, voert hij alleen maar de taak uit waarvoor hij is aangesteld.

63. Daarom ben ik van mening dat bepalingen van nationaal recht, in het bijzonder algemene clausules en vage rechtsbegrippen, ook vóór het verstrijken van de omzettingstermijn richtlijnconform moeten worden uitgelegd en toegepast. In het onderhavige geval hebben de waardeoordelen van de gemeenschapswetgever inzake deeltijdarbeid in het bijzonder repercussies voor de reeds vóór het verstrijken van de omzettingstermijn bestaande nationale discriminatieverboden en kunnen zij invloed hebben op de uitlegging en toepassing daarvan. [43] Met diezelfde waardeoordelen zou overigens ook rekening moeten worden gehouden voorzover in het hoofdgeding het begrip „strijd met de goede zeden" in de zin van het nationale recht relevant zou zijn; dit begrip speelde volgens de verwijzende rechter in Oostenrijk een rol bij de beoordeling van bepaalde deeltijdmodellen, in elk geval voordat § 19d in het AZG werd opgenomen.

41 — Arrest Inter-Environnement Wallonie (aangehaald in voetnoot 36, punten 40 en 41); arresten van 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8), en 22 juni 2000, Fornasar e.a. (C-318/98, Jurispr. blz. I-4785 punten 41 en 42). Het arrest Rieser Internationale Transporte (aangehaald in voetnoot 36, punt 67) spreekt zich niet uit tegen een verplichting tot richtlijnconforme uitlegging vóór het verstrijken van de omzettingstermijn; het preciseert slechts dat zolang de omzettingstermijn nog niet is verstreken, geen sprake kan zijn van *rechtstreekse toepassing* van de richtlijn en eerdere nationale voorschriften niet *buiten toepassing* moeten blijven. Bij de richtlijnconforme uitlegging gaat het echter juist om de *toepassing* van eerdere nationale voorschriften.

42 — Zie met name punt 24 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Hansa Fleisch (aangehaald in voetnoot 34).

43 — Reeds in § 19d, lid 6, van het AZG in de versie van het Bundesgesetz BGBl. I, nr. 46/1997, was een verbod op benadeling van deeltijdwerkers opgenomen. Zie ook het verbod van discriminatie op grond van geslacht in § 2 GlBG.

2. Materiële werkingssfeer van richtlijn 76/207

64. Voorzover tevens sprake is van mogelijke discriminatie op grond van geslacht, dient te worden onderzocht of artikel 141 EG en artikel 1 van richtlijn 75/117 dan wel richtlijn 76/207 van toepassing zijn en hoe richtlijn 97/81, met inbegrip van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid, zich daartoe verhoudt.

65. Artikel 141 EG en artikel 1 van richtlijn 75/117 verbieden discriminatie op grond van geslacht op het gebied van de *beloning*, terwijl discriminatie op grond van geslacht op het vlak van de *arbeidsvoorwaarden* onder artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 valt. De werkingssferen van deze twee regelingen sluiten elkaar wederzijds uit. [44]

66. In casu twisten partijen in het hoofdgeding niet in de eerste plaats over de beloning zelf. De loonvordering van Wippel is eerder een gevolg van haar geschil met P & C over de organisatie van de arbeidstijd, dus over een arbeidsvoorwaarde. Het feit dat verschillen in de arbeidsvoorwaarden voor de betrokken werknemers ook altijd financiële gevolgen kunnen hebben, die eventueel tot een rechtsgeschil kunnen leiden, staat toepassing van richtlijn 76/207 niet in de weg. [45] Doorslaggevend bij dergelijke geschillen zijn niet artikel 141 EG en artikel 1 van richtlijn 75/117, maar artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 als de meer specifieke bepaling.

67. Het discriminatieverbod van richtlijn 76/207 is overigens ook van toepassing, naast het verbod van benadeling van deeltijdwerkers op grond van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid [46], omdat de twee bepalingen verschillende feiten regelen en verschillende doelstellingen hebben. De aanknopingspunten voor de erin neergelegde discriminatieverboden zijn verschillend. De bepalingen verhouden zich niet tot elkaar als een lex specialis ten opzichte van een lex generalis.

E — *De tweede vraag: discriminatie door de wet*

68. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of vanuit de optiek van het gemeenschapsrecht

44 — Zie bijvoorbeeld het arrest Steinicke (aangehaald in voetnoot 28, punten 48-51), en mijn conclusie van 1 april 2004 in de zaak Hlozek, punten 96 en 97 met verdere verwijzingen (arrest van 9 december 2004, C-19/02, Jurispr. blz. I-11491).

45 — Arrest Steinicke (aangehaald in voetnoot 28, punten 49-51).

46 — Zie hieromtrent de conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 3 april 2003 in de zaak Steinicke, reeds aangehaald (punten 41, 42 en 58). Zie ook clausule 6, lid 4, van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid.

sprake is van verboden discriminatie, wanneer er voor voltijdwerkers concrete wettelijke of bij collectieve overeenkomst vastgestelde bepalingen inzake de arbeidstijd bestaan, maar voor deeltijdwerkers een dergelijke — eventueel subsidiair geldende — regeling ontbreekt.

69. In dit verband kan enerzijds gedacht worden aan het (geslachtsneutrale) verbod van discriminatie tussen deeltijd- en voltijdwerkers, en anderzijds aan het verbod van (indirecte) discriminatie op grond van geslacht.

1. Het verbod van discriminatie van deeltijdwerkers

70. De kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid bevat een verbod van discriminatie van deeltijdwerkers: krachtens clausule 4, lid 1, daarvan worden deeltijdwerkers met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden niet minder gunstig behandeld dan vergelijkbare voltijdwerkers, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is.

71. Om vast te stellen of een juridische situatie als de Oostenrijkse in deze zin discriminerend is, moeten twee kwesties worden onderzocht: in de eerste plaats de vraag of inderdaad sprake is van een minder gunstige behandeling van deeltijdwerkers ten opzichte van vergelijkbare voltijdwerkers. Zo ja, moet vervolgens worden onderzocht of deze minder gunstige behandeling om objectieve redenen kan worden gerechtvaardigd.

a) Geen minder gunstige behandeling inzake het rooster van de arbeidstijd

72. Wat om te beginnen het *rooster van de arbeidstijd* betreft [47], kent het Oostenrijkse recht volgens de uiteenzetting van de verwijzende rechter zowel voor deeltijd- als voor voltijdwerkers in § 19c, lid 1, en § 19d, lid 2, AZG slechts de vaststelling in onderling overleg of in een collectieve overeenkomst. De door de verwijzende rechter genoemde bepalingen bevatten in geen van beide gevallen autonome, eventueel subsidiair geldende bepalingen over het rooster van de arbeidstijd. [48] Omdat de wet voor deeltijd- en voltijdwerkers dus identiek is, leidt zij niet tot een minder gunstige behandeling van deeltijdwerkers.

47 — Het „rooster van de arbeidstijd" geeft aan *wanneer* wordt gewerkt.

48 — In het bijzonder geven bepalingen over een eventuele overschrijding van de normale arbeidstijd van voltijdwerkers geen afdoende uitsluitsel over het *rooster* van hun arbeidstijd; zij hebben veeleer betrekking op de duur van deze arbeidstijd.

b) Geen minder gunstige behandeling inzake de duur van de arbeidstijd

73. Vervolgens is het de vraag of sprake is van een minder gunstige behandeling van deeltijdwerkers wat de *duur van de arbeidstijd* betreft.[49] In § 3 AZG voorziet de Oostenrijkse wetgeving in een normale arbeidstijd van 40 uur per week en acht uur per dag. Wanneer men het standpunt van de Oostenrijkse regering volgt, is dit geen specifieke bepaling alleen voor voltijdwerkers. De genoemde maxima gelden juist evenzeer voor voltijd- als voor deeltijdwerkers; voor laatstgenoemden kan, wanneer zij onregelmatig werken, in het bijzonder de maximale dagelijkse arbeidstijd van toepassing zijn.

74. Anders dan de Oostenrijkse regering, lijken de verwijzende rechter en Wippel er daarentegen van uit te gaan dat de in § 3 AZG bepaalde normale arbeidstijd van 40 uur per week en acht uur per dag een specifieke regeling voor voltijdwerkers is, terwijl het Oostenrijkse recht geen wettelijke norm voor deeltijdwerkers kent. Het Oostenrijkse recht kent met name geen — eventueel subsidiair geldende — bepaling inzake de arbeidstijd, zoals bijvoorbeeld in Duitsland specifiek voor oproepwerk is te vinden.[50]

75. Zelfs als men laatstgenoemde visie volgt, doet zich de vraag voor of in een dergelijke *ongelijke behandeling* door de wet een *minder gunstige behandeling* van deeltijdwerkers kan worden gezien. Het antwoord op deze vraag moet uit de algemene context van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid en uit de strekking daarvan worden afgeleid.

i) De doelstellingen van adequate sociale bescherming, bevordering van de werkgelegenheid en een meer flexibele organisatie van de arbeidstijd

76. In artikel 136, eerste alinea, EG stellen de Gemeenschap en de lidstaten zich onder meer de bevordering van de werkgelegenheid, de verbetering van de levensomstan-

49 — De „duur van de arbeidstijd" geeft aan *hoeveel* wordt gewerkt.

50 — § 12, lid 1, van het Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Duitse wet inzake deeltijdarbeid en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur) van 21 december 2000 (Teilzeit- und Befristungsgesetz, BGBl. I, blz. 1966) luidt: „Werkgevers en werknemers kunnen overeenkomen dat de werknemer zijn arbeidsprestatie verricht overeenkomstig de hoeveelheid werk (oproepwerk). De overeenkomst moet een bepaalde duur van de wekelijkse en dagelijkse arbeidstijd vastleggen. Wanneer de duur van de wekelijkse arbeidstijd niet is vastgelegd, wordt een arbeidstijd van tien uur geacht te zijn overeengekomen. Wanneer de duur van de dagelijkse arbeidstijd niet is vastgelegd, dient de werkgever de werknemer voor ten minste drie achtereenvolgende uren in te zetten."

digheden en de arbeidsvoorwaarden, alsmede een adequate sociale bescherming ten doel. Volgens punt 7 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers moeten de levens- en de arbeidsvoorwaarden worden verbeterd door vooruitgang op het gebied van de duur en de organisatie van de arbeidstijd, en door gebruikmaking van „andere arbeidsvormen", zoals deeltijdarbeid, maar ook seizoenarbeid.

77. Wat ten slotte de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid zelf betreft, blijkt uit de eraan voorafgaande algemene overwegingen dat zij bijzonder belang hecht aan de combinatie van beroep en gezinsleven, de bevordering van de werkgelegenheid, de vergroting van het werkgelegenheidseffect van de groei en een flexibelere organisatie van het werk. [51] Het doel van een flexibelere organisatie van de arbeidstijd, die rekening houdt met de behoeften van werkgevers en werknemers, staat daarnaast ook centraal in clausule 1, sub b, van de kaderovereenkomst.

78. Uit een synthese van deze doelstellingen volgt dat bij de uitlegging en toepassing van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid niet alleen aandacht moet worden geschonken aan een adequate sociale bescherming, maar ook aan de bevordering van de werkgelegenheid, een flexibelere organisatie van de arbeidstijd en de behoeften van werkgevers en werknemers. Flexibiliteit en innovatieve organisatievormen in de arbeidsverhouding moeten als een bijdrage tot de bevordering van de werkgelegenheid en de verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden worden begrepen, en niet noodzakelijkerwijs als een belemmering daarvoor.

ii) Geen tegengestelde waardeoordelen in de richtlijnen 93/104 en 91/533

79. Ook uit andere arbeidsrechtelijke richtlijnen waarnaar de verwijzende rechter verwijst, zijn geen tegengestelde waardeoordelen van de gemeenschapswetgever af te leiden.

80. Wat richtlijn 93/104 betreft, vereist artikel 6, punt 1, daarvan dat „de wekelijkse arbeidstijd via wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of via collectieve overeenkomsten of bedrijfsakkoorden tussen de sociale partners wordt beperkt". Zoals al blijkt uit het opschrift en de inleidende zinsnede van deze bepaling, dient daarmee echter slechts een *maximale duur* voor de arbeidstijd in verband met de bescherming van de veiligheid en de gezondheid te worden ingevoerd. [52]

51 — Vierde en vijfde overweging van de Algemene overwegingen met betrekking tot de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid; zie ook de vijfde overweging van de considerans van richtlijn 97/81.

52 — Deze beoordeling wordt bevestigd door de vijfde en de achtste overweging van de considerans van richtlijn 93/104. Zie ook arrest van 12 november 1996, Verenigd Koninkrijk/Raad (C-84/94, Jurispr. blz. I-5755, punten 12, 22, 29 en 45).

81. Wat richtlijn 91/533[53] betreft, deze bepaalt weliswaar dat de werknemer schriftelijk in kennis moet worden gesteld van zijn normale dagelijkse of wekelijkse arbeidstijd.[54] Maar deze regeling heeft slechts ten doel de werknemer te informeren over bestaande rechten en plichten, hem het bewijs van deze rechten en plichten te vergemakkelijken en de arbeidsmarkt doorzichtiger te maken.[55] Richtlijn 91/533 moet niet aldus worden begrepen dat zij naast deze loutere informatieplicht ook een inhoudelijke harmonisatie van het nationale recht inzake arbeidsovereenkomsten beoogt, bijvoorbeeld in de zin van een juridische verplichting om dwingend te voorzien in vooraf overeengekomen, vaste arbeidstijden voor alle soorten arbeidsverhoudingen.[56] In een arbeidsverhouding zonder vaste arbeidstijden moet aan de informatieplicht op andere passende wijzen kunnen worden voldaan, bijvoorbeeld doordat de werkgever de werknemer met regelmatige tussenpozen in het bezit stelt van werkroosters.[57]

82. Al met al kan daarom noch uit richtlijn 93/104, noch uit richtlijn 91/533, noch overigens uit punt 9 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers a contrario worden afgeleid dat arbeidsverhoudingen die worden gekenmerkt door het ontbreken van regelmatige arbeidstijden, verboden zijn.

iii) Geen minder gunstige behandeling van deeltijdwerkers

83. Tegen deze achtergrond kan een wettelijke regeling waarin geen concrete, eventueel subsidiair geldende regeling inzake de duur van de arbeidstijd van deeltijdwerkers en in het bijzonder geen minimale arbeidstijd voor hen is vastgelegd, niet bij voorbaat als een minder gunstige behandeling van deeltijdwerkers ten opzichte van voltijdwerkers worden beschouwd. Immers, hoe meer ruimte de wetgever werkgevers en werknemers voor een flexibele organisatie van hun arbeidsverhoudingen laat, des te meer wordt het scheppen van arbeidsplaatsen vergemakkelijkt en des te eerder kan rekening worden gehouden met de specifieke behoeften van bepaalde groepen personen.

84. Zo geeft bijvoorbeeld oproepwerk, waarbij in beslissende mate rekening wordt gehouden met de wensen van de betrokkenen ten aanzien van hun tewerkstelling, ook de werknemer de grootst mogelijke vrijheid. Dit werk is daarom zeer geschikt voor werknemers die slechts op onregelmatige tijden en gedurende een wisselend aantal

53 — Richtlijn 91/533/EEG van de Raad van 14 oktober 1991 betreffende de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst of -verhouding van toepassing zijn (PB L 288, blz. 32).

54 — Artikel 2, lid 2, sub i, juncto artikel 3, lid 1, sub c, van richtlijn 91/533.

55 — Zie ook de tweede overweging van de considerans van richtlijn 91/533.

56 — Zo blijkt uit bijvoorbeeld de achtste overweging van de considerans van richtlijn 91/533 en artikel 1, lid 2, sub b, daarvan („incidentele arbeid") dat de gemeenschapswetgever geen starre, elke flexibiliteit uitsluitende regeling op het oog had.

57 — Zo ook de Oostenrijkse regering in haar mondelinge opmerkingen.

uren kunnen of willen werken, of die slechts uit zijn op een bijverdienste. Dit gaat bijvoorbeeld op voor personen die zich hoofdzakelijk aan de verzorging van hun kinderen of zorgbehoevende familieleden willen wijden, maar ook voor scholieren en studenten. Overigens wilde ook Wippel volgens de verwijzende rechter „een tijdje werken en geld sparen".

85. Voor werknemers die aangewezen zijn op een bepaald regelmatig inkomen uit beroepswerkzaamheden of die belang hechten aan de voorzienbaarheid van de duur van hun tewerkstelling, kan een subsidiair geldende wettelijke vastlegging van de arbeidstijd beslist zinvol zijn en stroken met het doel van sociale bescherming, het beginsel van een billijke beloning [58], en het streven naar verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden. Een dergelijke regeling kan echter tegelijkertijd ook de prikkels voor het scheppen van nieuwe arbeidsplaatsen via innovatieve contractvormen verminderen en aldus in elk geval voor degenen die slechts af en toe en gedurende een wisselend aantal uren kunnen of willen werken, het verwerven van een inkomen uit beroepswerkzaamheden bemoeilijken. Een wettelijke regeling inzake de vaststelling van de arbeidstijd voor deeltijdwerkers is derhalve niet altijd een voordeel, en het ontbreken ervan niet altijd een nadeel voor de betrokkenen.

86. Met de uiteenlopende krachtsverhoudingen tussen werkgevers en werknemers in de arbeidsverhouding en in het bijzonder met eventueel misbruik van overeenkomsten zonder vaste arbeidstijden door de werkgever, kan rekening worden gehouden bij de concrete toepassing van het discriminatieverbod op individuele gevallen. [59] De kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid schrijft niet dwingend voor, dat de opties van werkgevers en werknemers op het punt van de arbeidstijden reeds op het vlak van de wetgeving moeten worden ingeperkt.

87. In het kader van de vastgelegde doelstellingen staat het de lidstaten natuurlijk vrij, verder te gaan dan het communautaire beschermingsniveau en in hun wetgeving de bescherming van deeltijdwerkers strikter te regelen, bijvoorbeeld via een regeling over de minimale arbeidstijd. [60] Er bestaat echter geen communautaire verplichting tot verdergaande regelingen. De communautaire bepalingen inzake deeltijdarbeid zijn immers slechts minimummaatstaven. [61]

58 — Zie nader punt 5 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers.

59 — Zie nader mijn uiteenzetting inzake de derde vraag, in het bijzonder de punten 108-112.

60 — Zo bestaat in België een wettelijke minimale arbeidsduur voor deeltijdwerkers, die overeenkomt met een derde van de arbeidsduur van een vergelijkbare voltijdwerker (artikel 11 bis van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *Belgisch Staatsblad* van 22 augustus 1978). In Duitsland bestaat specifiek voor oproepwerk een subsidiair geldende wettelijke bepaling (zie boven, voetnoot 50). In andere lidstaten kunnen collectieve overeenkomsten voorzien in bepalingen inzake de minimale arbeidsduur.

61 — Zie artikel 137, lid 2, eerste alinea, sub b, EG (deze bepaling vervangt artikel 2, lid 2, eerste alinea, van de in Maastricht ondertekende Overeenkomst betreffende de sociale politiek van 7 februari 1992), de elfde overweging van de considerans van richtlijn 97/81 en clausule 6, lid 1, van de raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid.

c) Voorlopige conclusie

88. Een regeling als het Oostenrijkse AZG die afziet van een — eventueel subsidiair geldende — wettelijke vastlegging van de duur en het rooster van de arbeidstijd voor deeltijdwerkers, bevat geen verboden discriminatie ten opzichte van voltijdwerkers in de zin van clausule 4, lid 1, van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid.

2. Het verbod van discriminatie op grond van geslacht

89. Thans kom ik bij de vraag of het ontbreken van een — eventueel subsidiair geldende — wettelijke bepaling inzake de duur en het rooster van de arbeidstijd voor deeltijdwerkers in het Oostenrijkse recht, tot een verboden discriminatie op grond van geslacht in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 leidt.

90. Indien men de opvatting van de verwijzende rechter [62] volgt, behandelt het Oostenrijkse recht voltijd- en deeltijdwerkers verschillend. Door de normale arbeidstijd vast te stellen op 40 uur per week en acht uur per dag, voorziet het in § 3 AZG in een specifieke regeling voor voltijdwerkers, maar kent het geen — eventueel subsidiair geldende — bepaling inzake de arbeidstijd voor deeltijdwerkers.

91. Weliswaar is het AZG op dit punt geslachtsneutraal geformuleerd. Volgens vaste rechtspraak houdt een nationale bepaling of regeling echter een indirecte discriminatie in wanneer zij, hoewel in neutrale bewoordingen gesteld, feitelijk een aanzienlijk groter gedeelte van de leden van een geslacht benadeelt, tenzij dit verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. [63]

92. Volgens de informatie van de verwijzende rechter bestaan de voltijdwerkers in Oostenrijk voor ongeveer 60 % uit mannen en 40 % uit vrouwen, terwijl de deeltijdwerkers voor 90 % uit vrouwen en slechts 10 % uit mannen bestaan. Het ontbreken van

62 — Zie voor de opvatting van de verwijzende rechter punt 74 van deze conclusie; voor de tegengestelde opvatting, die door de Oostenrijkse regering wordt verdedigd, punt 73 van deze conclusie.

63 — Arresten van 26 september 2000, Kachelmann (C-322/98, Jurispr. blz. I-7505, punt 23), en 6 april 2000, Jørgensen (C-226/98, Jurispr. blz. I-2447, punt 29); zie ook de arresten van 13 mei 1986, Bilka Kaufhaus (170/84, Jurispr. blz. 1607, punten 29-31), en 13 juli 1989, Rinner-Kühn (171/88, Jurispr. blz. 2743, punt 12); het arrest Steinicke (aangehaald in voetnoot 28, punt 57), en het arrest van 20 maart 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, Jurispr. blz. I-2741, punt 50). Het verbod van indirecte discriminatie met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden volgt overigens ook uit artikel 2, lid 1, van richtlijn 76/207.

een — eventueel subsidiair geldende — bepaling over de arbeidstijd voor deeltijdwerkers raakt dus veel meer vrouwen dan mannen.

93. Zoals de Commissie echter terecht stelt, zijn voltijdwerkers en deeltijdwerkers op het hier beslissende punt absoluut niet vergelijkbaar. Wat namelijk de duur van de arbeidstijd betreft, is voor voltijdarbeid helemaal geen individuele contractuele regeling mogelijk: het aantal te werken uren staat vast door de bepaling van de wettelijke normale arbeidstijd in § 3 AZG (of een gunstigere collectieve regeling). Voor deeltijdwerk is een contractuele afspraak over de arbeidstijd juist een premisse, hetzij in de vorm van een vast en op gezette tijden te werken aantal uren, hetzij in de vorm van een variabel aantal uren in de zin van het concept „oproepwerk".

94. Maar zelfs wanneer men — anders dan de hier verdedigde opvatting — voltijd- en deeltijdwerkers op het in casu aan de orde zijnde punt vergelijkbaar zou achten, zou het afzien van een concrete wettelijke regeling van de arbeidstijd voor deeltijdwerkers kunnen worden gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. Het streven naar flexibiliteit in de arbeidsvoorwaarden draagt immers bij tot de bevordering van de werkgelegenheid en aldus uiteindelijk ook tot de verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden. Bovendien hoeft het ontbreken van een wettelijke regeling voor deeltijdwerkers, zoals gezegd, niet noodzakelijkerwijs nadelig te zijn.[64]

95. Samenvattend concludeer ik derhalve: Een regeling als het Oostenrijkse AZG, die afziet van een — eventueel subsidiair geldende — wettelijke bepaling betreffende de duur en het rooster van de arbeidstijd voor deeltijdwerkers, bevat geen verboden discriminatie op grond van geslacht in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207.

F — *De derde vraag: discriminatie in de arbeidsovereenkomst*

96. Met zijn derde vraag doelt de verwijzende rechter op de concrete organisatie van de arbeidsverhouding in het hoofdgeding. Hij wenst in wezen te vernemen of vanuit de optiek van het gemeenschapsrecht sprake is van verboden discriminatie, wanneer een overeenkomst als de door P & C gebruikte kaderarbeidsovereenkomst niet voorziet in vooraf overeengekomen, vaste arbeidstijden.

64 — Zie de punten 83-85 van deze conclusie.

97. Wederom moet enerzijds aan het (geslachtsneutrale) verbod van discriminatie tussen deeltijd- en voltijdwerkers worden gedacht, en anderzijds aan het verbod van (indirecte) discriminatie op grond van geslacht.

1. Het verbod van discriminatie van deeltijdwerkers

98. Op het eerste gezicht beantwoordt het door P & C gebruikte concept van oproepwerk niet noodzakelijkerwijs aan het klassieke idee van deeltijdarbeid. Het begrip deeltijdwerker in de zin van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid kan echter ruim worden opgevat. Zo definieert clausule 3, lid 1, van de kaderovereenkomst als deeltijdwerker, elke werknemer wiens normale arbeidsduur, berekend op weekbasis of als gemiddelde over een werkperiode van maximaal een jaar, minder is dan die van een vergelijkbare voltijdwerker. Uit het dossier blijkt dat dit bij Wippel het geval was. Een werkneemster als Wippel is dus deeltijdwerker in de zin van de kaderovereenkomst en valt binnen de werkingssfeer daarvan.

99. Op grond van clausule 4, lid 1, van de kaderovereenkomst mogen deeltijdwerkers met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden niet minder gunstig worden behandeld dan vergelijkbare voltijdwerkers, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is.

100. De tussen Wippel en P & C gesloten kaderovereenkomst voorzag niet in vaste arbeidstijden; de duur en het rooster van de arbeidstijd, in de zin van oproepwerk, zou van geval tot geval in onderling overleg tussen partijen worden vastgelegd.

101. Een dergelijke overeenkomst verschilt inderdaad fundamenteel van de voor vergelijkbare voltijdwerkers geldende, bij collectieve overeenkomst vooraf vastgelegde normale arbeidstijd van 38,5 uur per week.[65] Onderzocht moet echter nog worden of een dergelijke *ongelijke behandeling* ook een *minder gunstige behandeling* van deeltijdwerkers inhoudt.

a) Samenvatting van de aangevoerde argumenten

102. De verwijzende rechter, Wippel en de Oostenrijkse regering stellen in wezen dat

65 — De prejudiciële beschikking verwijst op dit punt naar de collectieve overeenkomst voor winkelpersoneel in Oostenrijk. Het is de taak van de verwijzende rechter om in de zin van clausule 3, lid 2, van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid na te gaan of deze collectieve overeenkomst van toepassing is op de vergelijkbare voltijdwerkers in het bedrijf van P & C.

door oproepwerk zonder vooraf vastgelegde arbeidstijden het economisch risico van de werkgever naar de werknemer wordt verlegd, een permanente onderhandelingssituatie tussen beiden ontstaat, en de duur en het rooster van de arbeidstijd volledig aan de willekeur van de werkgever wordt overgelaten.

103. In haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen wijst Wippel ook op de mogelijke sociale gevolgen van het gekozen contract: wanneer een oproepkracht gedurende een tamelijk lange tijd niet wordt ingezet, kan dat worden aangegrepen om haar vakantiegeld, de doorbetaling van haar loon bij ziekte of zwangerschap en de aan het einde van de arbeidsverhouding verschuldigde vergoeding (zogenaamde ontslagvergoeding) tot nul te reduceren. Wanneer in een loonperiode helemaal geen loon wordt ontvangen, moet de werknemer bovendien zijn lidmaatschap van de regionale ziekenkas opzeggen. Daarnaast kan de werkgever via oproepcontracten de wettelijke ontslagbescherming omzeilen.

uitdrukkelijk vastgelegd dat het oproepcontract verzoekster geen inkomen garandeert en dat het haar vrijstaat van geval tot geval aangeboden werk te weigeren zonder nadelige gevolgen voor haar. Verzoekster heeft ook nooit op een werkaanbod hoeven in te gaan. De oproepkrachten hebben recht op 30 werkdagen betaalde vakantie per jaar, op bijzondere vergoedingen krachtens de CAO, en op de wettelijke ontslagvergoeding, alsmede op doorbetaling van het loon bij ziekte. Bovendien genieten de oproepkrachten sociale zekerheid. Van een met de goede zeden strijdige afwenteling van het ondernemersrisico op de werknemers is geen sprake.

b) Uitlegging van het discriminatieverbod

104. P&C voert aan dat het concept oproepwerk erg in trek is bij haar medewerkers en ook door de werknemersvertegenwoordiging (ondernemingsraad) warm wordt aanbevolen. De duur van de tewerkstelling wordt in elk concreet geval steeds in onderling overleg vastgelegd op basis van zowel de omzetverwachting of de hoeveelheid werk als de wensen van de werknemers. Verzoekster is uitdrukkelijk op de voor- en nadelen van deze regeling gewezen. Ook is

105. Het verbod van een minder gunstige behandeling van deeltijdwerkers uit hoofde van clausule 4, lid 1, van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid dient in het licht van de algemene opzet en de doelstelling van deze regeling te worden uitgelegd en toegepast.[66]

66 — Zie nader de punten 76-78 van deze conclusie.

i) Geen algemene benadeling van deeltijdwerkers

106. Een overeenkomst die niet voorziet in vooraf overeengekomen, vaste arbeidstijden, kan nadelig zijn voor werknemers die aangewezen zijn op een bepaald regelmatig inkomen uit beroepswerkzaamheden of die belang hechten aan de voorzienbaarheid van de duur van hun tewerkstelling. Maar dezelfde overeenkomst kan positief zijn voor werknemers die slechts op onregelmatige tijden en gedurende een wisselend aantal uren kunnen of willen werken of die slechts uit zijn op een bijverdienste. [67] De positieve houding van de ondernemingsraad van P & C als gekozen werknemersvertegenwoordiging ten opzichte van het concept oproepwerk kan als een aanwijzing te meer worden gezien, dat een dergelijke contractvorm niet eenzijdig de werkgever bevoordeelt en de werknemer benadeelt.

107. Zo gezien, kan een overeenkomst zonder vooraf afgesproken, vaste arbeidstijden niet als in het algemeen nadelig voor deeltijdwerkers worden beschouwd. Dat zou namelijk indruisen tegen de doelstellingen van een flexibele organisatie van de arbeidstijd en bevordering van de werkgelegenheid, waarop de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid is gebaseerd, en onvoldoende rekening houden met de belangen van bepaalde categorieën werknemers. [68]

ii) Adequate sociale bescherming en verbod van misbruik

108. Anderzijds mag bij de uitlegging en toepassing van het verbod van benadeling in concrete gevallen het doel van een adequate sociale bescherming [69], met name een passende inachtneming van de belangen van de werknemer, niet uit het oog worden verloren.

109. Dit doel verlangt enerzijds van de werkgever dat hij zich bij de indienstneming van een werknemer ervan vergewist of de voor- en nadelen van een contract zonder vooraf overeengekomen, vaste arbeidstijden hem voldoende bekend zijn en met zijn belangen stroken. Zo nodig dient hij hem daarover naar behoren te informeren. In casu staat vast dat Wippel vóór haar indienstneming uitvoerig is geïnformeerd en dat zij te kennen heeft gegeven dat zij niet was aangewezen op een regelmatig inkomen. Zeer in het algemeen heeft P & C volgens

67 — Zie punt 84 van deze conclusie en de aldaar genoemde voorbeelden.

68 — Zie punt 84 van deze conclusie voor voorbeelden.

69 — Artikel 136, eerste alinea, EG en punt 10 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers.

haar eigen, onweersproken verklaringen het model van oproepwerk uitsluitend gebruikt voor medewerkers die niet op een regelmatig inkomen waren aangewezen.

110. Anderzijds kan uit het doel van een adequate sociale bescherming ook een verbod van misbruik voor de totale looptijd van de arbeidsverhouding worden afgeleid. Indien de werkgever misbruik maakt van een systeem van oproepwerk door de werknemer geen werk aan te bieden, kan dit de door Wippel beschreven sociale gevolgen hebben, bijvoorbeeld voor het bestaan of de berekening van bepaalde aan de arbeidsverhouding gekoppelde rechten zoals vakantiegeld, doorbetaling van het loon bij ziekte en zwangerschap of bescherming door een ziektekostenverzekering. Van een dergelijk misbruik zou in het bijzonder sprake zijn wanneer zonder objectieve reden aan sommige werknemers werk zou worden aangeboden, maar andere tegen hun wil geen of veel minder werk zouden krijgen.

111. Uit het louter theoretische gevaar van misbruik door de werkgever mag echter niet worden geconcludeerd dat een contract zonder vooraf overeengekomen, vaste arbeidstijden *in het algemeen* nadelig is voor deeltijdwerkers. Misbruik dat erin bestaat, in concrete gevallen geen werk aan te bieden, zou op dezelfde wijze moeten worden beoordeeld als elk ander misbruik dat de werkgever maakt in de loop van een arbeidsverhouding en zou kunnen worden onderworpen aan de hiertoe in het nationale arbeidsrecht voorziene sancties.[70] De lidstaten en hun rechterlijke instanties hebben op dit punt uit hoofde van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid een ruime beoordelingsmarge. Afhankelijk van de regels van het nationale recht kan misbruik bijvoorbeeld een recht op schadevergoeding, het recht tot het instellen van een verbodsvordering of andere rechten van de werknemer meebrengen.

112. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of in het bij hem aanhangige concrete geval geen sprake was van een dergelijk misbruik; in de procedure voor het Hof heeft Wippel in elk geval op dit punt niets aangevoerd.

c) Voorlopige conclusie

113. Om de bovengenoemde redenen is er geen sprake van verboden discriminatie van deeltijdwerkers in de zin van clausule 4, lid 1, van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid, wanneer een kaderarbeidsovereen-

70 — Zie clausule 6, lid 5, van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid, die wat het voorkomen en beslechten van geschillen betreft naar de nationale wetgeving, collectieve arbeidsovereenkomsten of gebruiken verwijst.

komst niet voorziet in vooraf overeengekomen, vaste arbeidstijden, tenzij de werknemer onvoldoende geïnformeerd was over de voor- en nadelen van deze contractvorm of de werkgever daarvan vervolgens misbruik maakt door de werknemer geen werk aan te bieden.

2. Het verbod van discriminatie op grond van geslacht

114. Ik kom thans tot de vraag of het door P & C gebruikte model van oproepwerk zonder vooraf overeengekomen, vaste arbeidstijden tot discriminatie op grond van geslacht in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 leidt.

115. Dit model is weliswaar geslachtsneutraal geformuleerd: het oproepwerk staat open voor werknemers van beide geslachten. Maar volgens vaste rechtspraak houdt een nationale bepaling of regeling een indirecte discriminatie in wanneer zij, hoewel in neutrale bewoordingen gesteld, feitelijk een aanzienlijk groter gedeelte van de leden van een geslacht benadeelt, tenzij dit verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. [71]

a) Geen benadeling van vrouwen

116. Om te kunnen spreken van benadeling van vrouwen op grond van hun geslacht, kan niet worden volstaan met de enkele vaststelling dat hun — afzonderlijk beschouwd — aandeel binnen een welbepaalde groep, bijvoorbeeld onder de oproepkrachten, duidelijk hoger ligt dan dat van mannen. Voor het begrip benadeling is veeleer een vergelijking met andere groepen werknemers in hetzelfde bedrijf noodzakelijk.

117. In haar schriftelijke opmerkingen heeft P & C onweersproken verklaard dat in haar bedrijf 84,84 % van de oproepkrachten van het vrouwelijk geslacht is, terwijl het percentage vrouwen onder de vol- en deeltijdwerkers met *vaste* arbeidstijden 75,82 % bedraagt. Op verzoek heeft P & C nog meegedeeld dat het percentage vrouwelijke werknemers onder de voltijdwerkers – afzonderlijk beschouwd — ongeveer 65 % bedraagt, en onder deeltijdwerkers — zowel deeltijdwerkers met vaste arbeidstijden als oproepkrachten — ongeveer 85 %. [72]

71 — Zie punt 91 van deze conclusie en de in voetnoot 63 aangehaalde rechtspraak.

72 — De laatstgenoemde cijfers (65 % en 85 %) hebben volgens de informatie van P & C betrekking op hun bedrijven in Duitsland en Oostenrijk in totaliteit.

118. De nationale rechter dient te beoordelen of dergelijke statistische gegevens significant zijn.[73] Het Hof kan de verwijzende rechter, aan wie hij een bruikbaar antwoord dient te verschaffen, evenwel aanwijzingen geven ter vergemakkelijking van diens beslissing.

119. Het percentage vrouwen onder de oproepkrachten en onder de deeltijdwerkers met vaste arbeidstijden is praktisch hetzelfde en ligt op ongeveer 84 % tot 85 %. Indien men de deeltijdwerkers die als oproepkracht werken tegenover de vol- respectievelijk deeltijdwerkers met vaste arbeidstijden stelt, dan ligt het percentage vrouwelijke werknemers onder de oproepkrachten circa tien procentpunten hoger (84,84 % tegenover 75,82 %). Een vergelijking van alle deeltijdwerkers met de voltijdwerkers leidt tot het volgende resultaat: vrouwelijke werknemers vormen ook onder de voltijdwerkers de overgrote meerderheid, maar met ongeveer 65 % ligt hun aandeel rond 20 procentpunten lager dan onder de deeltijdwerkers.

120. Uit deze cijfers blijkt dat het percentage werknemers van het vrouwelijk geslacht bij P & C hoe dan ook hoog is. Elke door P & C gekozen contractvorm (voltijdarbeid, deeltijdarbeid met vaste arbeidstijden of oproepwerk) heeft dus zeer grote gevolgen voor vrouwen.

121. Omdat in casu met name het ontbreken van vooraf overeengekomen, vaste arbeidstijden ter discussie wordt gesteld, is de vergelijking tussen werknemers *met vaste arbeidstijden* (voltijds of in deeltijd) en werknemers *zonder vaste arbeidstijden* speciaal van belang. Tussen deze twee groepen is maar een verschil van ongeveer 10 procentpunten wat het percentage vrouwen betreft. Een dergelijk verschil heeft het Hof in het arrest Seymour-Smith en Perez irrelevant geacht.[74] Zo gezien, ben ik van mening dat er geen sprake is van een ongelijke behandeling op grond van geslacht, wanneer bij P & C vaste arbeidstijden gelden voor voltijdwerkers en bepaalde deeltijdwerkers, maar niet voor oproepkrachten.

122. In het algemeen geldt: Wanneer een contractvorm zonder vooraf overeengekomen, vaste arbeidstijden geen aanzienlijk grotere gevolgen heeft voor werknemers van één geslacht dan andere contractvormen,

73 — Arrest van 9 februari 1999, Seymour-Smith en Perez (C-167/97, Jurispr. blz. I-623, punt 62).

74 — Arrest aangehaald in voetnoot 73, punten 63 en 64.

leidt dat niet tot verboden discriminatie op grond van geslacht in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207.

b) Subsidiair: rechtvaardiging

123. Zelfs indien de verwijzende rechter tot de conclusie zou komen dat de oproepcontracten in het bedrijf van P & C aanzienlijk grotere gevolgen voor vrouwen hebben dan andere contractvormen, en dus tot een ongelijke behandeling op grond van geslacht leiden, zou nog onderzocht moeten worden of dit verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.

124. Zoals gezegd, kan het aan de orde zijnde concept van oproepwerk niet als in het algemeen nadelig voor de betrokkenen worden beschouwd.[75] Integendeel, objectieve factoren kunnen pleiten voor flexibele contracten, in het bijzonder de wens van de werknemer zelf om slechts op onregelmatige tijden en gedurende een wisselend aantal uren te werken. In een dergelijk geval heeft het afzien van vooraf overgekomen, vaste arbeidstijden niets van doen met (indirecte) discriminatie op grond van geslacht.

125. De feiten kunnen hooguit anders worden beoordeeld wanneer de werknemers van één geslacht wezenlijk sterker worden geraakt door oproepcontracten dan door andere contractvormen en bij hun indienstneming onvoldoende over de voor- en nadelen worden geïnformeerd. Met name in dergelijke gevallen bestaat een aanzienlijk risico dat de overeengekomen arbeidsvoorwaarden bij objectieve beoordeling niet in het belang zijn van de betrokkenen en aldus het verbod van discriminatie schenden. Hetzelfde zou gelden wanneer misbruik zou worden gemaakt van oproepcontracten door aan deze werknemers in het verdere verloop van de arbeidsverhouding geen werk aan te bieden.[76]

G — *De vierde vraag: compensatie van een eventuele discriminatie*

126. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een eventuele discriminatie financieel te compenseren is.

127. Wanneer de tweede en de derde vraag op de hierboven voorgestelde wijze worden beantwoord, hoeft de vierde vraag niet te worden beantwoord.

75 — Punten 106 en 107 van deze conclusie.

76 — Punten 109 en 110 van deze conclusie.

VI — Conclusie

128. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de hem door het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof gestelde prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„1) Het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers, dat op de vergadering van de Europese Raad van 9 december 1989 in Straatsburg is aangenomen, is niet verbindend. Het dient echter als hulp voor de uitlegging van communautaire bepalingen in acht te worden genomen.

2) In het kader van artikel 141 EG, richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, en het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werknemers, omvat het begrip werknemer in elk geval iedere persoon die voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een beloning ontvangt, tenzij het bij deze prestaties niet om reële en daadwerkelijke werkzaamheden gaat of om werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig zijn. Een vooraf vastgestelde, concrete arbeidstijd is in dit verband niet relevant.

Het begrip werknemer in de zin van clausule 2, lid 1, van de bijlage bij richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de UNICE,

het CEEP en het EVV gesloten kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid, dient aan de hand van de in elke lidstaat geldende wetgeving, collectieve overeenkomsten en gebruiken te worden bepaald.

3) Een regeling als de Oostenrijkse arbeidstijdenwet, die afziet van een — eventueel subsidiair geldende — wettelijke vastlegging van de duur en het rooster van de arbeidstijd voor deeltijdwerkers, bevat geen verboden discriminatie van deeltijdwerkers in de zin van clausule 4, lid 1, van de bijlage bij richtlijn 97/81, noch een verboden discriminatie op grond van geslacht in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207.

4) Indien een kaderarbeidsovereenkomst niet voorziet in vooraf afgesproken, vaste arbeidstijden, is dit geen verboden discriminatie van deeltijdwerkers in de zin van clausule 4, lid 1, van de bijlage bij richtlijn 97/81, tenzij de werknemer onvoldoende geïnformeerd was over de voor- en nadelen van deze contractvorm, of de werkgever daarvan vervolgens misbruik maakt door de werknemer geen werk aan te bieden.

Indien een contractvorm zonder vooraf overeengekomen, vaste arbeidstijden geen aanzienlijk grotere gevolgen heeft voor werknemers van één geslacht dan andere contractvormen, leidt dat niet tot verboden discriminatie op grond van geslacht in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207."