CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. TIZZANO

van 5 februari 2002 [1]

1. Bij beschikking van 3 mei 2000, ingekomen ter griffie van het Hof op 19 mei 2000, heeft het Arbeitsgericht Hamburg (Bondsrepubliek Duitsland) krachtens artikel 234 EG twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de richtlijnen 76/207/EEG [2] en 79/7/EEG [3] in het kader van een geschil tussen een werkneemster die de pensioengerechtigde leeftijd (60 jaar) heeft bereikt en haar publiekrechtelijke werkgever. De grieven van deze werkneemster richten zich met name tegen het feit dat zij op grond van haar leeftijd niet is toegelaten tot het Duitse stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers, terwijl mannelijke werknemers van dezelfde leeftijd daartoe wel toegang hebben.

I — Rechtskader

A — *Communautaire regelgeving*

2. Artikel 1 van richtlijn 76/207 bepaalt:

„1. Deze richtlijn beoogt de tenuitvoerlegging in de lidstaten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, en tot de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en, onder de voorwaarden bedoeld in lid 2, de sociale zekerheid. Dit beginsel wordt hierna ‚beginsel van gelijke behandeling' genoemd.

2. Ten einde de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van de sociale zekerheid te waarborgen, stelt de Raad op voorstel van de Commissie bepalingen vast waarbij met name de inhoud, de draagwijdte en de wijze van toepassing van dat beginsel nader worden omschreven."

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — 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 (PB L 39, blz. 40).

3 — Richtlijn 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).

3. Artikel 2 van richtlijn 76/207 luidt als volgt:

„1. Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie.

2. Deze richtlijn vormt geen belemmering voor de bevoegdheid van de lidstaten om beroepsactiviteiten van de toepassing hiervan uit te sluiten en, in voorkomend geval, de hiervoor noodzakelijke opleidingen, waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is.

3. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft.

4. Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden."

4. Artikel 5 van richtlijn 76/207 heeft de volgende inhoud:

„1. 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.

2. Te dien einde nemen de lidstaten de nodige maatregelen om te bereiken dat:

a) de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, worden ingetrokken;

b) de bepalingen in collectieve of in individuele arbeidsovereenkomsten, in arbeidsreglementen van bedrijven alsmede in de statuten van vrije beroepen, welke strijdig zijn met het beginsel van gelijke behandeling, nietig zijn, nietig kunnen worden verklaard of gewijzigd kunnen worden.

c) de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen worden herzien die strijdig zijn met het beginsel van gelijke behandeling en die aanvankelijk werden gemotiveerd door beschermende bedoelingen welke niet meer gefundeerd zijn; dat voor de soortgelijke contractuele bepalingen de sociale partners worden aangezet om tot de gewenste herziening over te gaan."

5. Artikel 6 van richtlijn 76/207 bepaalt:

„De lidstaten nemen in hun interne rechtsorde de nodige voorschriften op om een ieder die meent te zijn benadeeld door de niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de artikelen 3, 4 en 5 de mogelijkheid te bieden om zijn rechten voor het gerecht te doen gelden na eventueel een beroep op andere bevoegde instanties te hebben gedaan."

6. Richtlijn 79/7 werd vastgesteld op grond van artikel 1, lid 2, van richtlijn 76/207[4] teneinde het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van de sociale zekerheid geleidelijk ten uitvoer te leggen.

4 — Zie de eerste overweging van de considerans van richtlijn 79/7.

7. Artikel 3, lid 1, van richtlijn 79/7 luidt:

„Deze richtlijn is van toepassing op:

a) de wettelijke regelingen die bescherming bieden tegen de volgende eventualiteiten:

— ziekte,

— invaliditeit,

— ouderdom,

— arbeidsongevallen en beroepsziekten,

— werkloosheid;

b) de socialebijstandsregelingen, voorzover deze een aanvulling vormen op of in de plaats komen van de sub a bedoelde regelingen."

2. Het beginsel van gelijke behandeling doet geen afbreuk aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw wegens moederschap."

8. Artikel 4 van richtlijn 79/7 bepaalt:

„1. Het beginsel van gelijke behandeling houdt in dat iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name echtelijke staat of gezinssituatie, is uitgesloten in het bijzonder met betrekking tot:

— de werkingssfeer van de regelingen alsmede de voorwaarden inzake toelating tot de regelingen,

— de verplichting tot premiebetaling en de premieberekening,

— de berekening van de prestaties, waaronder begrepen verhogingen verschuldigd uit hoofde van de echtgenoot en voor ten laste komende personen, alsmede de voorwaarden inzake duur en behoud van het recht op de prestaties.

9. Artikel 5 van richtlijn 79/7 bevat het volgende voorschrift:

„De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat alle wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die strijdig zijn met het beginsel van gelijke behandeling worden ingetrokken."

10. Artikel 6 van richtlijn 79/7 luidt:

„De lidstaten nemen in hun interne rechtsorde de nodige voorschriften op om een ieder die meent te zijn benadeeld door de niet-toepassing van het beginsel van gelijke behandeling, de mogelijkheid te bieden om zijn rechten voor het gerecht te doen gelden na eventueel een beroep op andere bevoegde instanties te hebben gedaan."

11. Artikel 7, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7 voorziet in het volgende:

„Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om van haar werkingssfeer uit te sluiten:

a) de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen en de gevolgen die hieruit kunnen voortvloeien voor andere prestaties."

B — *Nationaal recht*

12. De voorwaarden om op het ouderdomspensioen aanspraak te kunnen maken, zijn vastgesteld in boek 6 van het Sozialgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland (Duits sociaal wetboek; hierna: „SGB VI"), dat op grond van enige variabele criteria [5] voorziet in verschillende pensioengerechtigde leeftijden, die echter alle tussen 60 en 65 jaar liggen (§§ 35-40). Met name kunnen mannelijke en vrouwelijke werknemers ten laatste wanneer zij 65 jaar zijn geworden, aanspraak op pensioenrechten maken (§ 35 SGB VI); op 63-jarige leeftijd wanneer zij gedurende minstens 35 jaar bijdragen hebben betaald (§ 36 SGB VI); of vanaf 60 jaar wanneer zij gedurende 24 kalendermaanden deeltijdarbeid voor oudere werknemers hebben verricht (§ 38 SGB VI), waarop ik infra uitgebreid terugkom. Alleen voor vrouwen geldt dat het recht op ouderdomspensioen ook bij het bereiken van de leeftijd van 60 jaar kan ontstaan, wanneer is voldaan aan andere voorwaarden, die trouwens voor de betrokkenen bijzonder gunstig zijn (bijvoorbeeld een wachttijd van slechts 15 jaar; § 39 SGB VI). [6] Het moge duidelijk zijn dat een werknemer alleen kan profiteren van een vervroegd pensioen wanneer hij daartoe een verzoek indient, aangezien hij ook zijn werkzaamheden zou kunnen voortzetten. Dienaangaande is in de loop van de onderhavige procedure gebleken dat werknemsters in de Bondsrepubliek Duitsland die 60 jaar zijn geworden en voldoen aan de in § 39 SGB VI genoemde voorwaarden, na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd in plaats van een ouderdomspensioen te ontvangen hun werkzaamheden voltijds dan wel deeltijds kunnen voortzetten, in het laatste geval uiteraard tegen een loon dat overeenstemt met de reële arbeidstijd.

13. Zoals ik zojuist heb uiteengezet, kan een werknemer eerder op zijn pensioen aanspraak maken wanneer hij deeltijdarbeid voor oudere werknemers heeft verricht (§ 38 SGB VI). Dit stelsel is geregeld in het Altersteilzeitgesetz (wet betreffende deeltijdarbeid voor oudere werknemers, hierna: „AltTZG") van 23 juli 1996, dat twee doelstellingen heeft, te weten oudere werknemers in staat stellen geleidelijk van

5 — Zoals duur van de verzekering, betaling van verplichte bijdragen voor een bepaald aantal jaren, bepaalde psychofysieke kenmerken (geslacht, ernstige invaliditeit of arbeidsongeschiktheid), werkloosheid, uitoefening van een specifiek vak (bij mijnwerkers).

6 — Dezelfde pensioengerechtigde leeftijd geldt voor ernstig invaliden en arbeidsongeschikten alsmede voor werklozen en, wegens de bijzonder slopende aard van hun werkzaamheden, voor mijnwerkers (§ 37, § 38 en § 40 SGB VI).

het beroepsleven naar het pensioen over te gaan alsmede het werkloosheidspercentage verlagen (§ 1 AltTZG), aangezien de werkgever een werkloze moet aanwerven die naast de in deeltijd geplaatste oudere werknemer werkt (§ 3, lid 1, sub 2, AltTZG).[7] Voor de toelating tot dit stelsel gelden twee voorwaarden: de werknemer of werkneemster moet de leeftijd van 55 jaar hebben bereikt en tussen de werkgever en de werknemer of werkneemster moet een overeenkomst over de deeltijdarbeid voor oudere werknemers (een individuele overeenkomst, een collectieve arbeidsovereenkomst of een bedrijfsregeling) zijn gesloten (§ 2, lid 1, AltTZG). Het benutten van het stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers wordt aangemoedigd door enerzijds een verhoogde bezoldiging — namelijk 70 % van het netto voltijdloon — ook wanneer de werkzaamheden voor de helft van de tijd worden verricht (§ 3, lid 1, sub 1, AltTZG), en anderzijds door een financiële steun van de Bundesanstalt für Arbeit (federale dienst voor arbeid; hierna: „Bundesanstalt"), die de werkgever uit de voor de bestrijding van werkloosheid bestemde openbare middelen[8] 20 % van het minimumnettoloon en de socialeverzekeringsbijdragen vergoedt (§ 4 AltTZG). De steun van de Bundesanstalt is echter beperkt. Hij duurt met name niet langer dan vijf jaar (§ 4, lid 1, AltTZG) en eindigt wanneer de werknemer of werkneemster pensioengerechtigd wordt, ten laatste bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd (§ 5, lid 1, sub 1 en 2, AltTZG). Partijen kunnen ook overeenkomen dat de overeenkomst inzake deeltijdarbeid voor oudere werknemers eindigt wanneer aanspraak ontstaat op het ouderdomspensioen (§ 8, lid 3, AltTZG).

14. Volgens de ten tijde van de feiten in het hoofdgeding toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst inzake deeltijdarbeid voor oudere werknemers (Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit van 5 mei 1995; hierna: „collectieve arbeidsovereenkomst"), kan de werkgever onder vergelijkbare voorwaarden als in de AltTZG zijn voorzien, voltijdwerknemers van beide geslachten die de leeftijd van 55 jaar hebben bereikt toestaan in deeltijd te gaan werken (§ 2, lid 1, van de collectieve arbeidsovereenkomst). Diegenen die al de leeftijd van 60 jaar hebben bereikt en voldoen aan de in § 2, lid 1, voorziene voorwaarden, hebben recht op een deeltijdovereenkomst voor oudere werknemers (§ 2, lid 2), behoudens wanneer dringende dienstaangelegenheden of bedrijfsorganisatorische redenen daaraan in de weg staan. De deeltijdarbeid voor oudere werknemers, die minstens twee jaar moet duren (§ 2, lid 3)[9], kan bestaan in voltijdwerkzaamheden gedurende de helft van de normaliter vastgestelde periode („blokmodel") dan wel in deeltijdwerkzaamheden gedurende de volledige duur van de overeenkomst („deeltijdmodel", § 3, lid 2).

15. Overeenkomstig § 9, lid 1, van de collectieve arbeidsovereenkomst eindigt het dienstverband voor oudere werknemers op het in iedere individuele deeltijdovereenkomst vastgestelde tijdstip. Evenwel schrijft § 9, lid 2, sub a, onder meer voor

7 — Deze verplichting geldt eveneens in een geval als dat van verzoekster, die heeft geopteerd voor de formule van de deeltijd „volgens het blokmodel" (voltijdwerkzaamheden gedurende de helft van de periode waarin anders de deeltijdarbeid moest worden verricht); in dat geval moet de werkloze worden aangeworven na de pensionering van de werknemer (§ 3, lid 3, AltTZG).

8 — Volgens de uiteenzettingen van de Duitse regering ter terechtzitting.

9 — Deze overeenkomst hangt uiteraard af van de bepalingen van § 38 SGB VI, op grond waarvan werknemers die gedurende 24 kalendermaanden deeltijdarbeid voor oudere werknemers hebben verricht, met vervroegd pensioen kunnen gaan.

dat het dienstverband hoe dan ook eindigt na afloop van de kalendermaand vóór de kalendermaand waarin de werknemer aanspraak kan maken op een ouderdomspensioen. Daarmee eindigt, zoals de Duitse regering en verweerster in het hoofdgeding hebben uiteengezet, dit dienstverband wanneer de overheidsfinanciering door de Bundesanstalt krachtens § 5, lid 1, sub 2, AltTZG wordt beëindigd. Aldus wordt vermeden dat de werkgever de hogere lasten moet dragen die het gevolg zijn van de tewerkstelling in deeltijdarbeid van oudere werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt.

16. Ziehier de in Duitsland bestaande ingewikkelde situatie waar het de wettelijke en de in de collectieve arbeidsovereenkomst opgenomen voorschriften betreft, die ik op grond van de door partijen verschafte documentatie heb getracht te reconstrueren. Wanneer mij dit is gelukt, kan daaruit mijns inziens voor het onderhavige geding bij wijze van samenvatting worden afgeleid, dat het stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers in feite neerkomt op de vervroegde pensionering van de werknemer die daarop een beroep doet wanneer hij 55 jaar is geworden, doch ten laatste wanneer zijn aanspraak op het ouderdomspensioen ontstaat. Daarbij kan deze aanspraak — die doorgaans voor werkneemsters ontstaat wanneer zij 60 jaar zijn geworden en voor werknemers wanneer zij 65 jaar zijn geworden — in sommige gevallen voor werkneemsters later, maar hoe dan ook niet na het bereiken van de 65-jarige leeftijd, en voor werknemers al bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd ontstaan. Bovendien vormt deze regeling niet een doel op zich, maar maakt zij, door haar doelstelling de werkloosheid te bestrijden, deel uit van de verplichting van de werkgever om een werkloze aan te werven. Daarbij ontstaat de aanspraak op vervroegd ouderdomspensioen eerst nadat de deeltijdarbeid minstens 24 maanden heeft geduurd, zodat een werknemer van welk geslacht dan ook die kort vóór hij 60 jaar wordt of later voor deze regeling opteert, automatisch pensioen ontvangt na voltooiing van die 24 maanden, omdat, zoals gezegd, het deeltijddienstverband bij het ontstaan van de aanspraak op ouderdomspensioen wordt beëindigd (zie § 9, lid 2, sub a, van de collectieve arbeidsovereenkomst). Ten slotte herinner ik eraan dat in de collectieve arbeidsovereenkomst is bepaald dat wanneer de werknemer aanspraak kan maken op het ouderdomspensioen, het eventueel bestaande dienstverband hoe dan ook eindigt (§ 9, lid 2, sub a, overeenkomende met § 8, lid 3, AltTZG). Dit betekent dat werknemers van welk geslacht dan ook niet meer voor het stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers in aanmerking kunnen komen wanneer zij al pensioengerechtigd zijn geworden.

II — Feiten en prejudiciële vragen

17. Verzoekster in het hoofdgeding, Helga Kutz-Bauer, geboren op 21 augustus 1939, werkt voor verweerster in het hoofdgeding, de stad Hamburg, als hoofd van de Landeszentrale für politische Bildung. Van mening dat zij haar pensioen zou kunnen verhogen door nadat zij 60 jaar was geworden aanvullende bijdragen te betalen, verzocht zij haar werkgever in oktober en november 1998 met haar een overeenkomst inzake deeltijdarbeid voor oudere werknemers aan te gaan voor de periode van 1 september 1999 (nadat zij 60 jaar was geworden) tot en met 31 augustus 2004 en zulks volgens het blokmodel, zodat zij van 1 september 1999 tot en met 28 februari

2002 voltijds zou werken en bijgevolg van 1 maart 2002 tot en met 31 augustus 2004 geen werkzaamheden meer zou verrichten.

18. Op 21 december 1998 wees verweerster dit verzoek af en stelde in plaats daarvan aan verzoekster een normale deeltijdbetrekking met een salaris overeenkomstig de werkelijk verrichte werkzaamheden voor, waarin verzoekster echter niet was geïnteresseerd. Verweerster motiveerde haar weigering daarmee dat verzoekster weliswaar in beginsel bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd aanspraak kon maken op het sluiten van een deeltijdovereenkomst voor oudere werknemers [10], doch het dienstverband dan op grond van de in § 9, lid 2, sub a, van de collectieve arbeidsovereenkomst bepaalde limiet onmiddellijk bij het begin van de deeltijdarbeid zou eindigen. Aangezien verzoekster voldeed aan de voorwaarden van § 39 SGB VI, had zij immers al bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd recht op ouderdomspensioen.

19. Omdat verzoekster van mening was dat in casu sprake was van discriminatie op grond van geslacht, stelde zij beroep in bij het Arbeitsgericht Hamburg op grond dat haar het recht op deeltijdarbeid voor oudere werknemers voor de periode tussen haar 60ste en 65ste jaar wegens haar leeftijd werd ontzegd, terwijl mannelijke werknemers van dezelfde leeftijd daartoe wél waren gerechtigd, aangezien zij in deze leeftijdsperiode konden opteren voor de formule van deeltijdarbeid voor oudere werknemers in plaats van voltijds te blijven werken. Verzoekster is van mening dat dit komt doordat de meerderheid van vrouwen al bij 60 jaar, mannen daarentegen doorgaans pas bij 65 jaar, aanspraak op ouderdomspensioen kunnen maken.

20. Het Arbeitsgericht Hamburg heeft blijk ervan gegeven tot op zekere hoogte begrip voor verzoeksters argumenten te hebben en heeft uiteengezet dat de werknemers die onder de leeftijdsgrenzen van § 9, lid 2, sub a, van de collectieve arbeidsovereenkomst vallen, bij gelijke leeftijd vrijwel uitsluitend van het vrouwelijk geslacht zijn. Daarom heeft het aan het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is een regeling in een op de openbare sector toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst volgens welke zowel mannelijke als vrouwelijke werknemers in aanmerking komen voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers, in strijd met de artikelen 2, lid 1, en 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, wanneer die regeling de deeltijdarbeid voor oudere werknemers slechts toestaat tot het tijdstip waarop voor het eerst aanspraak kan worden gemaakt op het volledige wettelijke ouderdomspensioen, en wanneer tevens de groep van personen die reeds op zestigjarige leeftijd een volledig pensioen kunnen ontvangen, vrijwel uitsluitend uit vrouwen bestaat, terwijl de groep die pas op vijfenzestigjarige leeftijd een volledig pensioen kan ontvangen, vrijwel uitsluitend uit mannen bestaat?

10 — Zie § 2, lid 2, van de collectieve arbeidsovereenkomst.

2) Zijn de nationale rechterlijke instanties bevoegd om, wanneer de regelingen in de collectieve arbeidsovereenkomst en de wettelijke regelingen in strijd zijn met de richtlijnen 76/207/EEG en 79/7/EEG, die regelingen met buitentoepassinglating van de met het gemeenschapsrecht strijdige beperkingen ten gunste van de benadeelde groep te blijven toepassen totdat door de partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst en/of door de wetgever een niet-discriminerende regeling is vastgesteld?"

III — Juridisch onderzoek

A — *De eerste prejudiciële vraag*

1. Argumenten van partijen

21. Verzoekster en de Commissie betogen om te beginnen dat de onderhavige zaak binnen de werkingssfeer van richtlijn 76/207 valt en met name, zoals de Commissie aanvoert, onder artikel 5, lid 1, van deze richtlijn, omdat de deeltijdarbeid voor oudere werknemers gevolgen heeft voor de arbeidsvoorwaarden, waarop dit artikel juist betrekking heeft.[11] Daarvan uitgaande betogen beide dat, gezien deze bepaling, de onderhavige Duitse regeling en als gevolg daarvan ook de collectieve arbeidsovereenkomst discriminerend moeten worden geacht, aangezien zij voor de toekenning van deeltijdarbeid een onderscheid maken op grond van de pensioenleeftijd, die echter naar gelang van het geslacht van de werknemer verschilt. Naar het oordeel van de Commissie betreft het met name een „indirecte" discriminatie van werkneemsters, dat wil zeggen een discriminatie die, „hoewel in neutrale bewoording gesteld, feitelijk veel meer vrouwen dan mannen benadeelt".[12] Ik herinner eraan dat de discriminatie als zodanig, voorzover de voorwaarden voor de in de richtlijn zelf (artikel 2, leden 2-4) toegelaten uitzonderingen niet zijn vervuld[13], zou kunnen worden gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.[14]

22. Verzoekster is daarentegen van mening dat in casu sprake is van directe, zij het verkapte, discriminatie. Ofschoon de collectieve arbeidsovereenkomst een neutrale regeling bevat, wordt daarin toch verwezen naar bepalingen waarin duidelijk een pensioengerechtigde leeftijd is vastgesteld die verschilt naar gelang van het geslacht van de werknemer. Op grond hiervan is het niet

11 — Arrest van 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723).

12 — Arrest van 26 september 2000, Kachelmann (C-322/98, Jurispr. blz. I-7505, punt 23).

13 — Die overigens volgens de Commissie in casu niet van toepassing zijn.

14 — Zie in die zin bijvoorbeeld arresten van 30 november 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, Jurispr. blz. I-6185, punt 32); 2 oktober 1997, Gerster (C-1/95, Jurispr. blz. I-5253, punt 34, met verdere verwijzingen); Kording (C-100/95, Jurispr. blz. I-5289, punt 25); 6 april 2000, Jørgensen (C-226/98, Jurispr. blz. I-2447, punt 41, met verdere verwijzingen), en Kachelmann, reeds aangehaald (punt 23). Ik wijs erop dat hetzelfde beginsel van toepassing is op gevallen van indirecte discriminatie die in strijd zijn met artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7, dat overeenstemt met artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207: zie bijvoorbeeld arresten van 11 juni 1987, Teuling (30/85, Jurispr. blz. 2497, punt 13); 13 december 1989, Ruzius-Wilbrink (C-102/88, Jurispr. blz. 4311, punt 17); 7 mei 1991, Commissie/België (C-229/89, Jurispr. blz. I-2205, punten 19 en 26); 24 februari 1994, Roks e.a. (C-343/92, Jurispr. blz. I-571, punt 33), en 14 december 1995, Megner en Scheffel (C-444/93, Jurispr. blz. I-4741, punt 24).

nodig een statistische vergelijking tussen de groepen van werknemers te maken teneinde het discriminerend karakter van de onderhavige bepalingen te constateren. Om dezelfde reden kan de discriminatie ook niet daardoor worden gerechtvaardigd dat het verschil in pensioengerechtigde leeftijd voor werkneemsters gunstiger is en dit verschil is toegestaan krachtens artikel 7, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7, op grond waarvan de lidstaten verschillende leeftijdsgrenzen voor het ontstaan van de aanspraak op ouderdomspensioen of rustpensioen mogen handhaven. Eventuele objectieve rechtvaardigingsgronden zijn in casu irrelevant, omdat het een directe discriminatie betreft. Verzoekster sluit in ieder geval uit dat sprake is van objectieve factoren die met het geslacht niets van doen hebben, welke de onderhavige discriminatie zouden kunnen rechtvaardigen. Dit geldt met name voor het argument dat is gebaseerd op de ongelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers met betrekking tot de pensioengerechtigde leeftijd, omdat dit verschil nu juist verband houdt met het geslacht. Ten slotte voert verzoekster ter zake aan dat de onderhavige discriminatie door de collectieve arbeidsovereenkomst van 1995 is ingevoerd, derhalve na de vaststelling van artikel 7, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7, welke bepaling de bevoegdheid van de lidstaten om een verschillende pensioengerechtigde leeftijd vast te stellen onverlet laat.

23. Thans terugkomend op de opmerkingen van de Commissie, wijs ik erop dat de supra aangehaalde overwegingen de stellingen weergeven die zij in de schriftelijke procedure heeft ontwikkeld. Destijds was zij, zoals ik heb uiteengezet, ervan uitgegaan dat het stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers betrekking had op de arbeidsvoorwaarden van werknemers die een bepaalde leeftijd hadden bereikt en daarom binnen de werkingssfeer van richtlijn 76/207 vielen. Voorts was zij van mening dat deze regeling niet als een „prestatie" van sociale zekerheid kon worden beschouwd die onder het stelsel van de ouderdomsverzekering viel, zodat in casu moest worden uitgesloten dat was voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van richtlijn 79/7, waarvan de werkingssfeer nu juist tot de sociale zekerheid is beperkt.

24. Ter terechtzitting heeft de Commissie met het oog op de aanvullende verklaringen van de Duitse regering haar standpunt ter zake gewijzigd en betoogd dat de deeltijdarbeid voor oudere werknemers weliswaar niet onder de ouderdomsverzekering valt, maar toch door de bepalingen van richtlijn 79/7 kan worden geraakt en inzonderheid kan worden gekwalificeerd als een „andere prestatie" in de zin van artikel 7, lid 1, sub a, van deze richtlijn, en wel als prestatie van sociale zekerheid verband houdende met het risico van werkloosheid (zie artikel 3, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7). Bijgevolg zou haars inziens in casu in beginsel ook een beroep kunnen worden gedaan op de uitzondering van artikel 7, lid 1, sub a.

25. In concreto concludeert de Commissie niettemin dat dit niet mogelijk is, omdat in casu niet is voldaan aan de door het Hof in het arrest Thomas e.a. geformuleerde voorwaarden voor de toepassing van genoemde

uitzonderingsbepaling. [15] In dit arrest heeft het Hof geoordeeld dat „een ongelijke behandeling in regelingen betreffende andere prestaties dan de ouderdoms- en rustpensioenen slechts kan worden aangemerkt als een gevolg van de vaststelling van de naar geslacht verschillende pensioengerechtigde leeftijd, indien zij objectief noodzakelijk is om te vermijden, dat het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel wordt verstoord, of om de samenhang tussen het stelsel van rustpensioenen en de andere uitkeringsregelingen te bewaren" (punt 12). Naar de mening van de Commissie heeft de toelating tot deeltijdarbeid voor werkneemsters die 60 jaar zijn geworden, geen noemenswaardige gevolgen voor het financiële evenwicht van het pensioenstelsel. Evenmin heeft zij gevolgen voor de samenhang van het Duitse pensioensysteem, omdat er geen noodzakelijk en onlosmakelijk verband bestaat tussen de bij artikel 7, lid 1, sub a, aanvaarde verschillende leeftijden voor deeltijdarbeid, die gunstig zijn voor vrouwen, en het stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers dat voor hen niet gunstig is. Het is inderdaad juist dat de toelating van een werkneemster van de leeftijd van Kutz-Bauer tot dit stelsel negatieve gevolgen kan hebben voor de doelmatigheid van dit stelsel, omdat verzoekster, zij het ook maar gedeeltelijk, een arbeidsplaats blijft bezetten die anders door een werkloze kan worden ingenomen. Zoals zowel verweerster als de Duitse regering ter terechtzitting heeft bevestigd, kunnen anderzijds in de Bondsrepubliek Duitsland werkneemsters die bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd aanspraak op een ouderdomspensioen hebben, in plaats van met pensioen te gaan, verder voltijd- of deeltijdarbeid verrichten (in dat geval echter tegen een loon zonder financiële stimulans uit openbare middelen). Daarom kan de Commissie niet inzien hoe de toelating van deze werkneemsters tot het stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers ernstig afbreuk kan doen aan de doelstelling van vermindering van de werkloosheid.

26. Mitsdien is zowel verzoekster als de Commissie van oordeel dat de eerste prejudiciële vraag bevestigend moet worden beantwoord.

27. Verweerster in het hoofdgeding, de stad Hamburg, is daarentegen van mening dat noch van directe noch van indirecte discriminatie van vrouwen sprake is, omdat het niet juist is dat mannelijke en vrouwelijke werknemers verschillend worden behandeld en evenmin dat het verband tussen het vervallen van de aanspraak op deeltijdarbeid voor ouderen en de voorschriften inzake het verkrijgen van een aanspraak op ouderdomspensioen ten nadele van werkneemsters strekt, aangezien deze voorschriften, op grond waarvan vrouwen al met 60 jaar aanspraak hebben op ouderdomspensioen, tot doel hebben hun situatie in het kader van een wettelijke regeling, die nu juist op hun bescherming is gericht, te verbeteren.

28. Concreet voert verweerster ten aanzien van het eerste aspect aan dat de verwijzingsbeschikking geen elementen of statistische gegevens bevat waaruit blijkt dat de werknemers die door de leeftijdsgrens in § 9, lid 2, sub a, van de collectieve arbeidsovereenkomst worden geraakt, in

15 — Arrest van 30 maart 1993, Thomas e.a. (C-328/91, Jurispr. blz. I-1247); zie in dezelfde zin arrest van 23 mei 2000, Hepple e.a. (C-196/98, Jurispr. blz. I-3701).

hoofdzaak vrouwen zijn. Bovendien berust de door de verwijzende rechter gemaakte vergelijking van de situatie van werknemers en werkneemsters, uitsluitend op de leeftijd als voorwaarde voor het verkrijgen van de aanspraak op ouderdomspensioen, terwijl volgens het sociale wetboek die aanspraak van werkneemsters die al bij het bereiken van de leeftijd van 60 jaar ontstaat, ook van andere factoren afhangt, zoals bijvoorbeeld de inachtneming van een minimumperiode waarin bijdragen werden betaald. Voorts gaat de prejudiciële beschikking ervan uit dat vrijwel uitsluitend vrouwen door de leeftijdsgrens van de collectieve arbeidsovereenkomst worden geraakt, zonder rekening te houden met alle werknemers die op grond van een ernstige invaliditeit of arbeidsongeschiktheid met (vervroegd) pensioen zijn gegaan, of met werknemers die op grond van voor mannelijke en vrouwelijke werknemers geldende bepalingen [16] vóór het bereiken van het 65ste levensjaar aanspraak op pensioen hebben verkregen. De stelling in de verwijzingsbeschikking dat werknemers die bij het bereiken van de leeftijd van 60 jaar aanspraak op ouderdomspensioen verkrijgen, vrijwel uitsluitend vrouwen zijn, terwijl het vrijwel uitsluitend mannen zijn die dit recht pas bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar verwerven, faalt daarom. [17]

29. De gunstigere behandeling van vrouwen op dit gebied wordt eveneens bevestigd door een wettelijk voorschrift, namelijk artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207 (vergelijk punt 3 van deze conclusie); zij wordt verklaard door de dubbele last die vrouwen als werkneemsters en huisvrouwen dragen, hetgeen leidt tot voortijdige uitputting van krachten en bijgevolg tot eerdere arbeidsongeschiktheid.

30. Voor het geval dat het Hof tot de conclusie zou komen dat sprake is van discriminatie, merkt verweerster op dat het aan de lidstaten staat of en hoe zij een doelstelling van sociaal beleid als de bestrijding van werkloosheid willen realiseren; ook staat volgens het oordeel van het Hof, juist omdat de lidstaten bij de vaststelling van hun sociaal beleid over een ruime beoordelingsmarge beschikken, richtlijn 79/7 niet in de weg aan nationale bepalingen die weliswaar indirect discriminerend zijn, doch ter verwezenlijking van doelstellingen van sociaal beleid dienen en daarvoor ook noodzakelijk zijn. [18]

31. Concluderend geeft de stad Hamburg in overweging de eerste prejudiciële vraag ontkennend te beantwoorden, omdat de

16 — Zie §§ 36-38 SGB VI alsmede punt 12 van deze conclusie.

17 — Ter onderbouwing van haar stelling dat van discriminatie geen sprake is, beroept verweerster zich er voorts op, dat het aantal vrouwen dat bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd in aanmerking kan komen voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers, wezenlijk geringer is wanneer men aan de bijzondere situatie in het Land Hamburg voorbijgaat en in plaats daarvan met de situatie in geheel Duitsland rekening houdt. Normaliter hebben werkneemsters bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd weliswaar recht op ouderdomspensioen, maar betreft het een lager pensioen. Overeenkomstig de verklaring in het protocol waarbij § 9 van de collectieve arbeidsovereenkomst wordt uitgelegd, behouden zij in een dergelijke situatie aanspraak op toelating tot deeltijdarbeid voor oudere werknemers. Een uitzondering op deze regel bestaat alleen in het Land Hamburg op grond van het Hamburgische Ruhegeldgesetz (pensioenwet van de stad Hamburg). Zoals ik echter al heb opgemerkt, betreft het hier een bijzondere bepaling die, nationaal gezien, slechts van geringe betekenis is.

18 — Arrest Roks e.a., reeds aangehaald, alsmede arrest van 14 december 1995, Nolte (C-317/93, Jurispr. blz. I-4625).

Duitse regeling, gelet op de uitzondering in artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207 en de doelstellingen van het stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers, gerechtvaardigd is.

32. De Duitse regering wijst er om te beginnen op dat, gezien de doelstelling van het stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers en de opzet daarvan, alleen richtlijn 79/7 hierop van toepassing is. Daaruit volgt dat het onderhavige geschil betrekking heeft op de verschillende pensioengerechtigde leeftijden. Zoals het Hof heeft bevestigd [19], is dit verschil krachtens artikel 7, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7 geoorloofd. In dit verband is van belang dat de meeste vrouwen de verschillende regeling als een voordeel beschouwen. Wanneer deze regeling in het geval van verzoekster voor haar nadelig is, komt dat doordat zij geen gebruik wilde maken van de regeling teneinde voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers in aanmerking te komen. In het kader van een afweging van tegenstrijdige belangen moet voorrang worden gegeven aan de bescherming van het gewettigd vertrouwen van de meerderheid der betrokken vrouwen, die er op hebben vertrouwd dat zij eerder dan mannen met pensioen zouden kunnen gaan.

33. Ter rechtvaardiging van de litigieuze discriminatie verwijst de Duitse regering in de eerste plaats naar de al genoemde doelstelling van het stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers, inzonderheid het doel van de bestrijding van de werkloosheid. Met het oog op deze doelstelling ligt het voor de hand dat de overheidsfinanciering van een deel van het loon van de werknemer die deeltijdarbeid voor oudere werknemers verricht, wordt beëindigd wanneer hij aanspraak op een ouderdomspensioen kan maken, aangezien niet met voor de bestrijding van werkloosheid bestemde middelen de voortgezette tewerkstelling dient te worden bevorderd van een werknemer die al aanspraak op pensioen kan maken en die een arbeidsplaats blijft bezetten die anders door een werkloze kon worden ingenomen. Volgens de Duitse regering waarborgt de thans toegepaste regeling daarentegen de samenhang tussen het stelsel van de bescherming tegen werkloosheid, waartoe de deeltijdarbeid voor oudere werknemers (en de daarbij behorende financiële steun) behoren, en het stelsel van de ouderdomspensioenen, waarin de pensioengerechtigde leeftijd is geregeld. Door uit te sluiten dat werknemers die reeds voor een volledig pensioen in aanmerking komen bovendien steun van de Bundesanstalt genieten, wordt vermeden dat diverse regelingen van sociale voorzieningen die deel uitmaken van hetzelfde sociale beleid, elkaar overlappen.

34. De Duitse regering is van mening dat dit een en ander bovendien strookt met wat het Hof met betrekking tot artikel 7, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7 heeft overwogen in het arrest Thomas e.a., met name voorzover daarin wordt gepreciseerd dat de betrokken ongelijke behandeling slechts kan worden aangemerkt als gevolg van de vaststelling van de naar geslacht verschil-

19 — Zie arrest van 7 juli 1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, Jurispr. blz. I-4297). De Duitse regering voegt hieraan toe dat de Duitse wetgever, ter oplossing van het probleem van de verschillende pensioengerechtigde leeftijden, ertoe is overgegaan het verschil tussen mannen en vrouwen geleidelijk terug te brengen om tot dezelfde pensioengerechtigde leeftijd voor alle werknemers te komen. Tevens werd een overgangsregeling vastgesteld, waarin de uiteindelijke doelstelling van gelijke behandeling en de bescherming van het gewettigd vertrouwen bij de meerderheid der betrokken vrouwen tegen elkaar worden afgewogen; op grond daarvan verkregen de vóór 1941 geboren vrouwen al bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd een pensioenaanspraak.

lende pensioengerechtigde leeftijd, indien „zij objectief noodzakelijk is om te vermijden, dat het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel wordt verstoord, of om de samenhang tussen het stelsel van rustpensioenen en de andere uitkeringsregelingen te bewaren" [20]. Ook in het arrest Graham e.a. [21], waarin het Hof de overlapping van pensioenen en andere overheidsprestaties moest beoordelen, heeft het beslist „dat wanneer een lidstaat krachtens artikel 7, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7 de pensioenleeftijd van vrouwen op 60 en die van mannen op 65 jaar stelt, deze bepaling die lidstaat eveneens toestaat om, in de eerste plaats, te bepalen, dat het bedrag van het invaliditeitspensioen dat personen genieten die vóór het bereiken van de pensioenleeftijd arbeidsongeschikt zijn geworden, voor vrouwen bij het bereiken van de leeftijd van 60 jaar en voor mannen vanaf 65 jaar wordt beperkt tot het reële bedrag van het ouderdomspensioen en om, in de tweede plaats, het recht op een invaliditeitstoeslag, die wordt betaald als aanvulling op het invaliditeitspensioen, voor te behouden aan personen die op het moment waarop de arbeidsongeschiktheid ontstaat, in geval van vrouwen de leeftijd van 55 jaar en in geval van mannen de leeftijd van 60 jaar nog niet hebben bereikt" (punt 21).

35. Ofschoon de Duitse regering daarmee weliswaar het bestaan van een verschillende behandeling erkent, acht zij deze evenwel volledig gerechtvaardigd op grond van de supra weergegeven algemene overwegingen, die op het gehele Duitse pensioensysteem betrekking hebben.

2. Beoordeling

36. Met de eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een collectieve arbeidsovereenkomst, op grond waarvan werknemers die recht op een ouderdomspensioen hebben verkregen worden uitgesloten van de in het Duitse recht geregelde deeltijdarbeid voor oudere werknemers, in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling in de zin van richtlijn 76/207, gelet op het feit dat diegenen die al bij het bereiken van de leeftijd van 60 jaar recht op een ouderdomspensioen verkrijgen vrijwel uitsluitend vrouwen zijn, terwijl diegenen die pas bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar ouderdomspensioen kunnen ontvangen, vrijwel uitsluitend mannen zijn.

37. Zoals ik al heb opgemerkt, hebben partijen, alvorens deze vraag ten gronde aan de orde te stellen, uitvoerig bediscussieerd of in casu richtlijn 76/207 inzake de toegang tot het arbeidsproces en de arbeidsvoorwaarden van toepassing is dan wel richtlijn 79/7 inzake de sociale zekerheid. Ondanks de zowel schriftelijk als mondeling aangevoerde argumenten is het belang van dit vraagstuk mijns inziens niet geheel uit de verf gekomen, hetzij omdat het toch

20 — Zie supra punt 25. De Duitse regering verwijst evenwel tevens naar arresten van 19 oktober 1995, Richardson (C-137/94, Jurispr. blz. I-3407, punten 18 en 19), en 30 januari 1997, Balestra (C-139/95, Jurispr. blz. I-549, punten 33 en 35).

21 — Arrest van 11 augustus 1995 (C-92/94, Jurispr. blz. I-2521).

al ingewikkelde Duitse recht voornamelijk mondeling en daarom noodzakelijkerwijs summier werd uiteengezet, hetzij omdat het stelsel van deeltijdarbeid inderdaad zeer bijzondere kenmerken vertoont, waarop ik trouwens al de aandacht heb gevestigd.

38. Daarvan uitgaande, moet ik erkennen dat het zojuist (zie punt 21) weergegeven betoog van de Commissie, te weten dat de onderhavige situatie onder het begrip arbeidsvoorwaarden in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 valt, mij vóór de door de Duitse regering ter terechtzitting verschafte toelichtingen met betrekking tot het stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers, ook overtuigender is voorgekomen. Deze toelichtingen, die betrekking hadden op de doelstelling van de deeltijdarbeid voor oudere werknemers en de financiële steun van de Bundesanstalt, hebben mij, evenals de Commissie, daarentegen tot het inzicht gebracht dat de toelating van een werknemer van een bepaalde leeftijd tot dit stelsel een prestatie is die zowel uit hoofde van ouderdom als bij werkloosheid kan worden verleend, al naar gelang het accent wordt gelegd op de ene dan wel de andere doelstelling van de deeltijdarbeid voor oudere werknemers. Bijgevolg valt deze regeling van deeltijdarbeid binnen de werkingssfeer van richtlijn 79/7 (artikel 3, lid 1, sub a), die is aangehaald door de verwijzende rechter en die uitdrukkelijk het voorwerp van de tweede prejudiciële vraag is. Bijgevolg ben ook ik van mening dat de gestelde vragen moeten worden onderzocht aan de hand van het verbod van discriminatie van artikel 4, lid 1, van de zojuist genoemde richtlijn (overeenkomende met artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207), dat, zoals al aangetoond, bepaalt dat dit verbod onder meer geldt voor de „werkingssfeer van de regelingen [van sociale voorzieningen] alsmede de voorwaarden inzake toelating tot de regelingen".

39. Zoals reeds herhaaldelijk betoogd, spruit de voornaamste in deze procedure te beantwoorden vraag voort uit het feit dat § 9, lid 2, sub a, van de collectieve arbeidsovereenkomst, overeenkomstig hetgeen in de AltTZG is bepaald, uitdrukkelijk verband legt tussen de leeftijd waarboven het niet mogelijk is te blijven werken of het dienstverband krachtens het stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers aan te gaan, en de datum waarop de werknemer aanspraak op het ouderdomspensioen verkrijgt. De verwijzende rechter en Kutz-Bauer, doch ten slotte eveneens de Commissie — ervan uitgaande dat het vooral vrouwen zijn die bij het bereiken van de leeftijd van 60 jaar het pensioenrecht verwerven, terwijl dit bij mannen normaliter het geval is bij 65 jaar — leiden hieruit af dat de verwijzing naar de pensioengerechtigde leeftijd in de collectieve arbeidsovereenkomst discriminatoir is, omdat zij, wat de werknemers tussen 60 en 65 jaar betreft, vrijwel uitsluitend vrouwen benadeelt. Voorts wordt deze discriminatie gekritiseerd op grond dat, zoals aangetoond (zie punt 12), het SGB VI het moment van het verkrijgen van het recht op ouderdomspensioen op verschillende leef-

tijden vaststelt, zulks op grond van diverse criteria, waaronder eveneens, zij het niet slechts, het geslacht.

40. De stad Hamburg wijst er bovendien op dat in de prejudiciële beschikking geen statistische gegevens of andere feitelijke omstandigheden worden vermeld die steun zouden kunnen bieden aan de opvatting van het Arbeitsgericht Hamburg, te weten dat de werknemers die op grond van de regeling van § 9, lid 2, sub a, van de collectieve arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd niet tot de deeltijdarbeid kunnen worden toegelaten, grotendeels vrouwen zijn. Ten aanzien van dit punt zou ik mij willen beperken tot de opmerking dat het in het kader van een procedure krachtens artikel 234 EG niet aan het Hof, maar aan de verwijzende rechter staat om op grond van de te zijner beschikking staande gegevens feitelijk te beoordelen, of de genoemde bepaling van de collectieve arbeidsovereenkomst betrekking heeft op een aanzienlijk groter aantal vrouwen dan mannen.[22] Verder is in de onderhavige procedure de vraag relevant of het feit dat de collectieve arbeidsovereenkomst voor de bepaling van het moment waarop ten laatste op de betrokken regeling aanspraak kan worden gemaakt, naar de pensioengerechtigde leeftijd verwijst, al dan niet verschillende gevolgen heeft voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, ongeacht het (veel) grotere of (veel) kleinere aantal personen van de ene of de andere categorie die onder deze regeling vallen.

41. Afgezien van dit laatste punt, bestaat evenwel tussen partijen geen werkelijk verschil van mening met betrekking tot de vraag of sprake is van een ongelijke behandeling van werknemers op grond van geslacht. Oneens zijn zij het veeleer over andere aspecten van de vraag, die ik thans zal onderzoeken.

42. Zoals gezegd, hebben partijen allereerst erover gedebatteerd of de betrokken discriminatie van directe dan wel indirecte aard is. Het komt mij evenwel duidelijk voor dat in casu sprake is van indirecte discriminatie, omdat — zoals de Commissie heeft opgemerkt — de collectieve arbeidsovereenkomst weliswaar bij de vaststelling van de leeftijdgrenzen waarbinnen het mogelijk is afspraken te maken over deeltijdarbeid voor oudere werknemers, uitdrukkelijk verwijst naar de in het SGB VI bepaalde verschillende pensioengerechtigde leeftijden, maar geen rechtstreeks onderscheid maakt naar geslacht. Ik zou daaraan willen toevoegen dat deze oplossing mijns inziens ook in overeenstemming is met de rechtspraak van het Hof, dat recentelijk heeft bevestigd dat sprake was van indirecte discriminatie in een geval waarin de ongelijke behandeling weliswaar niet openlijk was gebaseerd op het geslacht van de werknemers, maar het onderscheid berustte op criteria die nauw en rechtstreeks met het geslacht verband hielden.[23]

22 — Zie in dit verband arrest van 9 februari 1999, Seymour-Smith en Perez (C-167/97, Jurispr. blz. I-623), met betrekking tot de vraag of in dat geval al dan niet sprake was van indirecte discriminatie op grond van geslacht; zie eveneens arrest Jørgensen, reeds aangehaald (punten 33-35).

23 — Ik verwijs met name naar het recentelijk gewezen arrest in de zaak Schnorbus, waarin het Hof heeft beslist dat nationale bepalingen die de toelating bij voorrang tot een juridische stage doen afhangen van de vervulling van een (alleen voor mannen verplichte) militaire of burgerdienst, indirecte discriminatie opleveren (arrest van 7 december 2000, Schnorbus, C-79/99, Jurispr. blz. I-10997, punt 32).

43. Aangenomen dat in casu sprake is van een indirecte discriminatie op grond van geslacht die in beginsel in strijd is met het verbod van artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7, moet thans worden nagegaan of deze discriminatie kan worden gerechtvaardigd op grond van de redenen die door sommige van de bij de onderhavige procedure betrokken partijen zijn aangevoerd.

44. In de loop van de procedure hebben sommige partijen erop gewezen dat zij de uitzonderingen in artikel 2, leden 2 tot en met 4, van richtlijn 76/207 van toepassing achten. Terwijl verzoekster en de Commissie deze weliswaar noemen, doch hun toepassing uitsluiten — zij het op onderling verschillende gronden — lijkt de stad Hamburg de in artikel 2, lid 3, voorziene uitzondering in casu toepasselijk te achten en zulks op grond van de overweging dat de verschillende pensioengerechtigde leeftijden voldoen aan de vereisten van de bescherming van de onder deze bepaling vallende vrouwen.

45. Aangezien ik niet richtlijn 76/207, maar richtlijn 79/7 toepasselijk acht, zou ik ervan kunnen afzien mij over de toepasselijkheid van deze uitzonderingsbepalingen uit te laten. Nochtans zou ik deze willen onderzoeken, en zulks zowel voor het geval dat het Hof het met mijn beoordeling niet eens is, alsook omdat de laatstgenoemde uitzondering duidelijke overeenkomsten vertoont met de in artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7 voorziene uitzondering.

46. Het is voor mij evenwel duidelijk dat de in artikel 2, leden 2 en 4, van richtlijn 76/207 voorziene uitzonderingen in casu niet relevant zijn: lid 2 omdat het betrekking heeft op professionele activiteiten waarvoor het geslacht een bepalende factor is, en lid 4 omdat het maatregelen ter bevordering van gelijke kansen voor mannen en vrouwen betreft. Doch ook de in artikel 2, lid 3, van richtlijn 76/207 voorziene uitzondering (en bijgevolg ook de vergelijkbare uitzondering in artikel 4, lid 2, van richtlijn 79/7) is in casu niet van belang. Het Hof heeft namelijk in zijn rechtspraak verduidelijkt dat deze uitzondering niet, zoals de stad Hamburg meent, op sociale gronden berust die verband houden met de situatie van de vrouw, die vaak een dubbele activiteit, te weten als werkneemster en huisvrouw, moet uitoefenen; de uitzondering betreft veeleer alleen de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap alsmede de bescherming van de bijzonder relatie tussen moeder en kind. [24]

24 — Zie (onder vele andere) arresten van 12 juli 1984, Hofmann (184/83, Jurispr. blz. 3047, punten 25 en 26); 25 oktober 1988, Commissie/Frankrijk (312/86, Jurispr. blz. 6315, punt 13); 25 juli 1991, Stoeckel (C-345/89, Jurispr. blz. I-4047, punt 13); 30 april 1998, Thibault (C-136/95, Jurispr. blz. I-2011, punt 25), alsmede 19 november 1998, Høj Pedersen e.a. (C-66/96, Jurispr. blz. I-7327, punt 54).

47. Ik ga nu over tot de behandeling van de in richtlijn 79/7 genoemde uitzonderingen. Alle partijen zijn terecht ingegaan op artikel 7, lid 1, sub a, van deze richtlijn dat, zoals gezegd, met betrekking tot de „vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen en de gevolgen die hieruit kunnen voortvloeien voor andere prestaties" een uitzondering op het beginsel van de gelijke behandeling bevat.

48. In dit verband moet ik om te beginnen het argument van verzoekster weerleggen, te weten dat de genoemde uitzondering niet op de onderhavige zaak van toepassing is omdat de collectieve arbeidsovereenkomst eerst in 1995 is gesloten, derhalve na de uitvaardiging van deze regeling die juist op grond van deze uitzondering in een verschillende pensioengerechtigde leeftijd op grond van geslacht voorziet.Wanneer men er namelijk van uit gaat dat de deeltijdarbeid voor oudere werknemers een sociale dienstverlening vormt die ressorteert onder een van de in artikel 3 van richtlijn 79/7 genoemde takken van sociale zekerheid, is het juist artikel 7, lid 1, sub a, zelf dat bepaalt dat het voorbehoud met betrekking tot leeftijdsverschillen die zijn vastgesteld met het oog op de pensionering, in beginsel eveneens van toepassing kan zijn op de gevolgen die hieruit kunnen voortvloeien voor andere prestaties. De omstandigheid dat de collectieve arbeidsovereenkomst werd gesloten na de uitvaardiging van de bepalingen waarin de genoemde leeftijden zijn vastgesteld, en inzonderheid na de inwerkingtreding van de richtlijn, is op zichzelf van geen betekenis. Immers, volgens de rechtspraak van het Hof kan „de [...] handhaving van een naar geslacht verschillende pensioenleeftijd tot gevolg [...] hebben, dat [...], *na het verstrijken van de termijn voor uitvoering van de richtlijn*, maatregelen moeten worden getroffen die onlosmakelijk zijn verbonden met die uitzonderingsregeling, of dergelijke maatregelen moeten worden gewijzigd" [25], ook wanneer die maatregelen niet onder de regeling van het ouderdomspensioen vallen [26]. Dienaangaande heeft het Hof geoordeeld: „Door een lidstaat die een voor mannen en vrouwen verschillende pensioenleeftijd heeft vastgesteld, te verbieden na het verstrijken van de termijn voor uitvoering van de richtlijn maatregelen vast te stellen of te wijzigen die verband houden met die verschillende leeftijd, zou de uitzondering waarin artikel 7, lid 1, sub a, van de richtlijn voorziet, immers haar nuttig effect worden ontnomen" [27].

49. Wanneer derhalve de deeltijdarbeid voor oudere werknemers binnen de werkingssfeer van richtlijn 79/7 valt en bovendien in beginsel een „andere prestatie" in de zin van artikel 7, lid 1, sub a, van deze richtlijn kan vormen, moet nog worden nagegaan of de betrokken regeling inderdaad op grond van deze bepaling kan worden gerechtvaardigd. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is, wanneer „een lidstaat met toepassing van artikel 7, lid 1, sub a, van [...] richtlijn [79/7] voorziet in een voor mannen en vrouwen verschillende leeftijd voor de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen, de wer-

25 — Arrest Hepple e.a., reeds aangehaald, punt 23 (cursivering van mij); zie in dezelfde zin arrest van 23 mei 2000, Buchner e.a. (C-104/98, Jurispr. blz. I-3625, punt 23).

26 — Arrest Hepple e.a., reeds aangehaald, punt 20.

27 — Arrest Hepple e.a., reeds aangehaald, punt 24.

kingssfeer van de in artikel 7, lid 1, sub a, toegestane afwijking, die is geformuleerd als ‚en de gevolgen die hieruit kunnen voortvloeien voor andere prestaties', beperkt [...] tot de discriminaties in andere uitkeringsregelingen, die een objectieve en noodzakelijke band hebben met dat verschil in pensioenleeftijd" [28]. Tegelijkertijd heeft het Hof bovendien gepreciseerd dat aan deze laatste voorwaarde kan zijn voldaan indien „deze discriminaties objectief noodzakelijk zijn om te vermijden dat het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel wordt verstoord, of om de samenhang tussen het stelsel van de rustpensioenen en de andere uitkeringsregelingen te bewaren" [29].

50. In feite heeft geen enkele partij in de onderhavige procedure betoogd dat het betrokken stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers zou kunnen worden gerechtvaardigd op grond van de eerste van de door het Hof aangegeven doelstellingen, dat wil zeggen om te voorkomen dat het financiële evenwicht van het Duitse pensioensysteem gevaar zou lopen. De stad Hamburg en de Duitse regering hebben zich veeleer, zoals supra uitvoerig aangetoond, beroepen op de andere doelstelling en met name opgemerkt dat de genoemde regeling juist tot doel heeft de samenhang tussen de pensioenregeling en de regeling ter bescherming tegen het risico van werkloosheid te waarborgen. Inzonderheid hebben zij met verwijzing naar de doelstellingen van het betrokken stelsel en de overheidssteun voor de financiering van een deel van het loon van de tot de deeltijdarbeid toegelaten werknemers aangevoerd, dat de uitsluiting van werkneemsters die de 60-jarige leeftijd hebben bereikt en al een pensioenrecht hebben verkregen, van de deeltijdarbeid voor oudere werknemers objectief noodzakelijk is om het stelsel van verzekering tegen werkloosheid, dat tot de stelsels behoort die onder richtlijn 79/7 (artikel 3, lid 1, sub a) vallen, niet in gevaar te brengen en om de samenhang tussen dit stelsel en het pensioenstelsel niet op het spel te zetten.

51. De Commissie betwist echter harerzijds het bestaan van een dergelijk verband tussen deze beide stelsels. Zoals ik al heb uiteengezet, heeft zij met name ter terechtzitting erop gewezen dat bij de huidige stand van het Duitse recht werkneemsters die 60 jaar zijn geworden, dat wil zeggen de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt [30], toch al, in plaats van met pensioen te gaan, verdere voltijd- of deeltijdarbeid (in dat geval evenwel tegen een loon dat normaliter afhangt van de werkelijke arbeidsduur) kunnen verrichten. Daarvan uitgaande, kan de Commissie niet inzien hoe de omstandigheid dat aan deze werkneemsters wordt toegestaan om ook na het bereiken van de 60-jarige leeftijd verder te werken door *eveneens* in aanmerking te komen voor deeltijdarbeid, de samenhang tussen beide stelsels op het spel zou kunnen zetten en met name de bestrijding van de werkloosheid zou kunnen schaden, aangezien die werkneemsters ook zonder deeltijdregeling hun werkzaamhe-

28 — Arrest Hepple e.a., reeds aangehaald, punt 25, met verdere verwijzingen.

29 — Arrest Hepple e.a., reeds aangehaald, punt 26, met verdere verwijzingen, inzonderheid naar het arrest Thomas e.a., waaraan verschillende malen wordt gerefereerd.

30 — Uiteraard wanneer zij voldoen aan de in § 39 SGB VI genoemde voorwaarden.

den kunnen voortzetten en daarmee hun arbeidsplaats kunnen blijven bezetten.

52. Ik ben echter van mening dat de problemen niet zo eenvoudig liggen. Om te beginnen geloof ik namelijk niet dat situaties die re vera zeer verschillend zijn, met elkaar kunnen worden gelijkgesteld: enerzijds een bij wijze van spreken normale voltijd- of deeltijdwerkzaamheid, anderzijds de deeltijdarbeid voor oudere werknemers die, zoals aangetoond, althans ter zake van de nagestreefde doelstellingen, het functioneren en de financiering ervan belangrijke en wezenlijke eigenaardigheden heeft. Het volstaat voor ogen te houden dat in de twee zojuist genoemde gevallen noch het loon (dat bij deeltijdarbeid voor oudere werknemers hoger is) noch de belasting van de Bundesanstalt (die aan de werkgever het grootste deel van het loon volledig moet uitbetalen) identiek is. Het aan een werkneemster die op 60-jarige leeftijd al een pensioenrecht heeft verkregen, toestaan te opteren voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers, zou derhalve betekenen dat zij op grond van de betere voorwaarden van dit stelsel werd aangemoedigd haar werkzaamheden voort te zetten. Aldus zou, zoals verweerster en de Duitse regering hebben beklemtoond, enerzijds het socialezekerheidsstelsel extra worden belast, waardoor voor andere doeleinden bestemde middelen zouden worden overgeheveld, en anderzijds een arbeidsplaats bezet blijven die krachtens de onderhavige regeling nu juist bestemd was voor iemand die op zoek is naar werk. Aldus zou men het tegendeel bereiken van hetgeen de Duitse wetgever heeft beoogd, te weten dat vanuit het oogpunt van de bestrijding van de werkloosheid de pensionering van werknemers die nog geen aanspraak op een ouderdomspensioen kunnen maken, zoveel mogelijk naar voren wordt gehaald.

53. Met name deze laatste overweging leidt mijns inziens tot het juiste begrip van de te onderzoeken vraag, doordat hieraan een correcte formulering wordt gegeven, die deels door een zekere verwarring in de discussie en deels door de objectieve ingewikkeldheid van de relevante Duitse regeling, die ik juist daarom hierboven uitvoerig heb willen omschrijven, obscuur is gebleven. Ofschoon het accent tijdens het debat enkel werd gelegd op de leeftijd van de betrokken werknemers alsmede op het verschil tussen mannen en vrouwen als gevolg van het onderscheid in pensioengerechtigde leeftijd, houdt het stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers in feite verband met het tijdstip waarop werknemers het recht op pensioen verwerven, zodat het is georganiseerd en ontworpen op een wijze die volledig beantwoordt aan de grote verscheidenheid van gevallen die onder de Duitse wetgeving kunnen vallen in dit opzicht (zie punt 12 van deze conclusie). Die gevallen kunnen weliswaar betrekking hebben op de verschillende leeftijden die voor de pensionering van mannen en vrouwen zijn vastgesteld, maar betreffen eveneens andere aspecten, zoals bijvoorbeeld voor beide geslachten de psychofysieke toestand van de werknemer (ernstige invaliditeit en arbeidsongeschiktheid), de soort arbeid (bij mijnwerkers), de minimale periode van verzekering, het betalen van verplichte bijdragen gedurende een bepaald aantal jaren en werkloosheid.

54. Zoals ook de stad Hamburg heeft aangevoerd, volgt uit al deze overwegingen dat de opzet van de betrokken regeling volledig beantwoordt aan de daarmee nagestreefde rechtmatige doelstelling van sociaal beleid, te weten dat de pensionering van werknemers die nog geen aanspraak op pensioen hebben verworven zoveel mogelijk naar voren wordt gehaald, teneinde voor de aldus vrijgekomen arbeidsplaatsen tot aanwerving van werklozen te kunnen overgaan. Daaruit volgt dat het aanknopingspunt alleen het moment kan zijn waarop de betrokkene aanspraak op pensioen kan maken, met alle daaruit voortvloeiende consequenties, ook in termen van eventuele discriminaties op grond van een dergelijke keuze: discriminaties op grond van geslacht, maar, zoals aangetoond, eveneens op grond van andere situaties die ik zo-even heb vermeld. Daarvan uitgaande, kunnen deze discriminaties niet als willekeurig worden beschouwd, maar veeleer, met inachtneming van het bovenstaande en in overeenstemming met de aangehaalde rechtspraak van het Hof in het arrest Hepple e.a., als „objectief noodzakelijk [...] om te vermijden dat het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel wordt verstoord, of om de samenhang tussen het stelsel van de rustpensioenen en de andere uitkeringsregelingen te bewaren".

55. Ik kom derhalve tot de conclusie dat een discriminatie als die in het hoofdgeding, noodzakelijkerwijs en objectief verband houdt met de verschillende pensioengerechtigde leeftijden voor mannen en vrouwen en derhalve kan worden gerechtvaardigd krachtens de uitzondering in artikel 7, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7, alsmede meer in het algemeen op grond van de doelstelling van het stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers en de daaraan ten gronde liggende objectieve vereisten.

56. De eerste prejudiciële vraag dient daarom aldus te worden beantwoord dat artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 niet in de weg staat aan een collectieve arbeidsovereenkomst voor de openbare sector op grond waarvan zowel mannelijke als vrouwelijke werknemers alleen voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers in aanmerking komen tot het tijdstip waarop voor zij het eerst aanspraak kunnen maken op een volledig wettelijk ouderdomspensioen, ook wanneer de groep van personen die reeds op 60-jarige leeftijd een volledig pensioen kunnen ontvangen, vrijwel uitsluitend uit vrouwen bestaat, terwijl de groep die pas op 65-jarige leeftijd een volledig pensioen kan ontvangen, vrijwel uitsluitend uit mannen bestaat.

B — *De tweede prejudiciële vraag*

57. Gezien de beantwoording van de eerste vraag zou het niet nodig zijn op de tweede vraag in te gaan, omdat de verwijzende rechter deze — weliswaar abstract — kennelijk alleen heeft geformuleerd voor het geval dat de eerste vraag bevestigend zou

worden beantwoord. Voor het geval dat het Hof mijn mening over de eerste vraag niet deelt, zal ik haar nochtans onderzoeken.

58. De tweede vraag van de verwijzende rechter strekt er in wezen toe te vernemen of de nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn om wettelijke regelingen en regelingen in collectieve arbeidsovereenkomsten die, omdat zij discriminerend zijn, in strijd zijn met de richtlijnen 76/207 en 79/7, buiten toepassing te laten totdat een niet-discriminerende regeling is vastgesteld.

1. Argumenten van partijen

59. De Commissie, die ervan is uitgegaan (zie punt 21 van deze conclusie) dat richtlijn 76/207 op het onderhavige geval van toepassing is — en die ter terechtzitting niet op dit onderwerp is ingegaan, ook al was zij intussen met de toepasselijkheid van richtlijn 79/7 rekening gaan houden — heeft in de schriftelijke procedure aangevoerd dat het antwoord op de tweede vraag normaliter in de nationale omzettingsbepalingen moet worden gevonden (met name in de voorschriften inzake de omzetting van artikel 5, lid 2, van richtlijn 76/207) waarbij, zoals de Commissie meent, de Bondsrepubliek Duitsland deze twee richtlijnen in Duits recht heeft omgezet. Ik wijs er overigens op dat noch de verwijzende rechterlijke instantie noch de Duitse regering noch de Commissie heeft meegedeeld welke maatregelen — als die al bestaan — de Bondsrepubliek Duitsland heeft getroffen om artikel 5, lid 2, van richtlijn 76/207 om te zetten.

60. De Commissie, die er met name van uitgaat dat de deeltijdarbeid voor oudere werknemers in wezen alleen in de collectieve arbeidsovereenkomst is geregeld[31], heeft uiteengezet dat, wanneer de Duitse wetgever zou hebben gekozen voor de eerste van de drie oplossingen die worden genoemd in artikel 5, lid 2, sub b, dat wil zeggen (wat de onderhavige zaak betreft) voor de nietigheid van rechtswege van de bepalingen in de collectieve arbeidsovereenkomsten die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, het in de tweede prejudiciële vraag opgeworpen probleem zich niet eens zou hebben voorgedaan. Wanneer de nationale wetgever daarentegen aan een van de twee andere oplossingen de voorkeur had gegeven, dat wil zeggen de mogelijkheid om de in de genoemde collectieve arbeidsovereenkomsten opgenomen discriminerende bepalingen nietig te verklaren of te wijzigen, zou deze keuze het volledige en directe effect van de relevante communautaire voorschriften nadelig kunnen beïnvloeden wegens de problemen waarmee de betrokkene te maken zou kunnen krijgen om de nietigverklaring of wijziging van de betrokken bepalingen te bewerkstelligen. In casu zouden deze problemen evenwel niet bijzonder groot zijn, omdat Kutz-Bauer een

31 — Zulks op grond van de beknopte indicaties in de verwijzingsbeschikking, waarin niet eens het AltTZG wordt genoemd.

werkneemster in de openbare sector is. In dit geval zou immers de nationale wetgever, overeenkomstig het beginsel van het nuttig effect van richtlijnen, aan de nietigverklaring of de wijziging van de discriminerende bepalingen terugwerkende kracht moeten verlenen, althans in de gevallen waarin al een vordering is ingesteld. De reden hiervan is dat wanneer de nietigverklaring of wijziging niet ex tunc zou werken (zie artikel 6 van richtlijn 76/207), het niet meer doeltreffend zou zijn om de in richtlijn 76/207 vastgestelde rechten voor het gerecht te doen gelden tegenover de staat in diens hoedanigheid van werkgever. Zou het derhalve om praktische redenen niet mogelijk zijn aan de nietigverklaring of wijziging van de discriminerende bepalingen terugwerkende kracht te verlenen, dan zou de wetgever in de mogelijkheid van een schadevergoeding moeten voorzien, bijvoorbeeld in de vorm van de toekenning van bijkomende bijdragejaren voor de ouderdomsverzekering, zodat in casu aan de betrokkene genoegdoening zou worden verschaft.

61. Wanneer de Duitse wetgever daarentegen richtlijn 76/207 niet volledig zou hebben omgezet, zouden volgens de Commissie de met het beginsel van gelijke behandeling strijdige nationale bepalingen niet moeten worden toegepast, overeenkomstig het arrest Marshall, waarin het Hof de directe werking van de betrokken richtlijn heeft bevestigd in een zaak waarin de werknemer zich jegens de staat op zijn rechten als werknemer had beroepen. Niet van belang is dat de discriminerende bepalingen slechts gedeeltelijk door de staat en gedeeltelijk ook in overeenstemming met de vakbonden (in een collectieve arbeidsovereenkomst) zijn vastgesteld, omdat de vakbonden belast zijn met de bescherming van de rechten van de werknemer. Wanneer zij voorschriften in collectieve arbeidsovereenkomsten zouden verdedigen die indruisen tegen fundamentele bepalingen van het arbeidsrecht, zouden zij volgens de Commissie in strijd met hun taakstelling handelen.

62. De Duitse regering heeft zich niet uitgelaten over de tweede prejudiciële vraag en de stad Hamburg heeft zich beperkt tot een algemene verwijzing naar de rechtspraak van het Hof. Met name heeft zij voor de kwestie van de met het gemeenschapsrecht onverenigbare collectieve arbeidsovereenkomsten verwezen naar het arrest Nimz [32], waarin het Hof zijn uitspraak in het arrest Simmenthal [33], volgens welke de nationale rechter bij de toepassing van de bepalingen van het gemeenschapsrecht verplicht is zorg te dragen voor de volle werking van deze normen, daarbij zo nodig elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving buiten toepassing latende, tot het te beslissen geval heeft uitgebreid.

32 — Arrest van 7 februari 1991 (C-184/98, Jurispr. blz. I-297).
33 — Arrest van 9 maart 1978 (106/77, Jurispr. blz. 629).

2. Beoordeling

63. Voor de beantwoording van deze vraag ga ik, op grond van de hiervoor gedetailleerd uiteengezette redenen, ervan uit dat op dit geval richtlijn 79/7 van toepassing is. Evenals richtlijn 76/207 verplicht deze de lidstaten ertoe om de met het beginsel van gelijke behandeling onverenigbare wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in te trekken (vergelijk artikel 5 respectievelijk artikel 5, lid 2, sub a) en in hun interne rechtsorde de nodige voorschriften op te nemen opdat een ieder die meent te zijn gediscrimineerd op grond van geslacht, zijn rechten voor het gerecht kan doen gelden (zie artikel 6 van beide richtlijnen). Gelet op het voorwerp ervan, bevat richtlijn 79/7 daarentegen geen bepaling die overeenkomt met artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 76/207, waarin de zojuist genoemde verplichting ook tot bepalingen wordt uitgebreid die in andere handelingen zijn vastgelegd, inzonderheid, zoals in casu van belang, in collectieve arbeidsovereenkomsten. Het komt mij voor dat deze bepaling echter nuttige aanknopingspunten bevat voor de vraag welke middelen passend zijn om de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling ook met het oog op richtlijn 79/7 op doeltreffende wijze te waarborgen.

64. Zoals ik al heb opgemerkt, wordt het ontbreken van een artikel als artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 76/207 in richtlijn 79/7 klaarblijkelijk daardoor veroorzaakt dat richtlijn 79/7 op grond van haar voorwerp in beginsel betrekking heeft op wettelijke stelsels. Wanneer echter, zoals in casu, de inhoud van dergelijke voorschriften in een collectieve arbeidsovereenkomst wordt gedefinieerd, gecompleteerd of uitgevoerd, krijgen de redenen die aan deze bepaling ten grondslag liggen weer hun volledige betekenis; bijgevolg moeten ook in dit geval de desbetreffende oplossingen als mogelijke middelen worden gezien om in overeenstemming met de doelstelling van richtlijn 79/7 de volledige nakoming van de in de richtlijnen vastgelegde beginselen te waarborgen. Het Hof heeft overigens in een arrest dat een algemene strekking heeft, uiteengezet dat „de nationale rechter, belast met de toepassing, in het kader zijner bevoegdheid, van de bepalingen van het gemeenschapsrecht, verplicht [is] zorg te dragen voor de volle werking dezer normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving buiten toepassing latende, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten" [34], en zulks eveneens „voor het geval van een met het gemeenschapsrecht strijdige bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst". [35] Tevens heeft het Hof juist met het oog op het in artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 vastgelegde discriminatieverbod voor recht verklaard dat dit verbod ook voor collectieve arbeidsovereenkomsten geldt [36]: „Het feit dat de [...] regering [van de betrokken lidstaat] niet betrokken

34 — Arrest Nimz, reeds aangehaald, punt 19, waar, zoals ik heb aangegeven, wordt verwezen naar het arrest Simmenthal.

35 — Arrest Nimz, reeds aangehaald, punt 20.

36 — Arrest van 28 oktober 1999, Commissie/Griekenland (C-187/98, Jurispr. blz. I-7713, punt 44).

is bij de totstandkoming van collectieve arbeidsovereenkomsten, kan haar niet ontslaan van de verplichting, de *aanvullende* bepalingen vast te stellen die noodzakelijk zijn om de naleving van de voorschriften van de communautaire regelgeving te verzekeren" [37].

65. Derhalve moet nog in concreto worden nagegaan over welke bevoegdheden de nationale rechterlijke instanties beschikken om het beginsel van gelijke behandeling in een geval als het onderhavige te waarborgen. Aangezien mij onbekend is of en in voorkomend geval welke maatregelen de Bondsrepubliek Duitsland heeft getroffen om artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 76/207 om te zetten, moeten alle in dit opzicht denkbare gevallen worden onderzocht, waarbij voor ogen moet worden gehouden dat welke oplossing de Duitse wetgever ook in concreto heeft verkozen, de in de richtlijnen vastgestelde beginselen volledig moeten worden gerespecteerd.

66. Wanneer ik er daarom om te beginnen van uit ga dat de Duitse wetgever zich heeft uitgesproken voor een oplossing als bedoeld in artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 76/207, dat wil zeggen dat hij in de mogelijkheid van nietigverklaring of wijziging van discriminerende bepalingen in collectieve arbeidsovereenkomsten heeft voorzien, is het, zoals de Commissie betoogt, duidelijk dat de betrokken werknemer niet mag worden benadeeld door de tijd die in dit geval nodig is om zijn rechten voor het gerecht te doen gelden. Het moet derhalve mogelijk zijn aan de nietigverklaring of wijziging terugwerkende kracht te verlenen. Daarvoor kan worden verwezen naar het arrest van het Hof in de voormelde zaak Commissie/Griekenland, waarin juist met het oog op richtlijn 79/7 werd verduidelijkt dat de verplichting van de lidstaten om „door passende wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen te waarborgen, dat alle werknemers in de Gemeenschap *ten volle* de door de richtlijn voorziene bescherming kunnen genieten" (punt 47, cursivering van mij), impliceert dat zij moeten voorzien in de opheffing met terugwerkende kracht van de discriminatie op grond van geslacht (zie punt 48).

67. Zou de Bondsrepubliek daarentegen de betrokken richtlijn niet correct hebben omgezet, dan zou zij nochtans de bescherming van de daarin gewaarborgde rechten moeten verzekeren. Zoals bekend, zijn volgens vaste rechtspraak van het Hof „in alle gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, particu-

37 — Arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald, punt 50 (cursivering van mij).

lieren gerechtigd [...] om hierop een beroep te doen tegenover de staat, wanneer deze hetzij verzuimt de richtlijn binnen de gestelde termijnen in het nationale recht ten uitvoer te leggen, hetzij dit op onjuiste wijze doet" [38], en zulks omdat de staat „het feit dat hij zijn uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen, niet aan particulieren kan tegenwerpen" [39]. Krachtens thans vaste rechtspraak heeft artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 directe werking, omdat het „voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk is om door particulieren voor de nationale rechter te kunnen worden ingeroepen teneinde de toepassing van iedere met dat artikel strijdige bepaling te beletten" [40].

68. Weliswaar kunnen de betrokkenen zich alleen tegenover een lidstaat beroepen op een direct werkende bepaling uit een richtlijn [41], maar het Hof heeft, zoals bekend, eveneens geoordeeld dat „wanneer iemand zich tegenover de staat op een richtlijn kan beroepen, hij dit kan doen onverschillig de hoedanigheid waarin de staat handelt, *als werkgever* of als overheid. In beide gevallen moet immers worden voorkomen dat de staat voordeel heeft bij zijn miskenning van het gemeenschapsrecht" [42]. Aangezien in casu de stad Hamburg de werkgeefster is, derhalve een territoriaal orgaan en bijgevolg uiteindelijk de staat, kan verzoekster zich op het discriminatieverbod van artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 beroepen, zodat zij haar rechten met terugwerkende kracht kan doen gelden [43].

69. Concluderend ben ik van mening dat de tweede prejudiciële vraag bevestigend moet worden beantwoord.

38 — Arrest Marshall, reeds aangehaald, punt 46 (met verdere verwijzingen).

39 — Arrest Marshall, reeds aangehaald, punt 47.

40 — Arrest Balestra, reeds aangehaald (punt 32, met verdere verwijzingen); zie eveneens arresten Ruzius-Wilbrink, reeds aangehaald (punt 19, met verdere verwijzingen); 1 juli 1993, Van Cant (C-154/92, Jurispr. blz. I-3811, punt 14, met verdere verwijzingen); 27 oktober 1993, Van Gemert-Derks (C-337/91, Jurispr. blz. I-5435, punt 31 e.v., met verdere verwijzingen). Zie in gelijke zin met betrekking tot artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207, arresten Marshall, reeds aangehaald (punt 52), en van 12 juli 1990, Foster e.a. (C-188/89, Jurispr. blz. I-3313, punt 21).

41 — Arrest Marshall, reeds aangehaald, punt 48, en arrest van 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punten 19-25).

42 — Arrest Marshall, reeds aangehaald, punt 49 (cursivering van mij).

43 — Op grond van hetgeen het arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald (zie inzonderheid punt 55) ons leert.

IV — Conclusie

70. Mitsdien geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„Artikel 4, lid 1, van richtlijn 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, staat niet in de weg aan een collectieve arbeidsovereenkomst voor de openbare sector op grond waarvan zowel mannelijke als vrouwelijke werknemers alleen voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers in aanmerking komen tot het tijdstip waarop zij voor het eerst aanspraak kunnen maken op een volledig wettelijk ouderdomspensioen, ook wanneer de groep van personen die al op 60-jarige leeftijd een volledig pensioen kunnen ontvangen, vrijwel uitsluitend uit vrouwen bestaat, terwijl de groep die pas op 65-jarige leeftijd een volledig pensioen kan ontvangen, vrijwel uitsluitend uit mannen bestaat."

71. Subsidiair, voor het geval dat het Hof van mening is dat het in het Duitse recht bepaalde stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers onverenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, geef ik in overweging de tweede prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Wanneer de regelingen in de collectieve arbeidsovereenkomsten en de wettelijke regelingen in strijd zijn met 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 richtlijn 79/7, zijn de nationale rechterlijke instanties bevoegd om deze regelingen met buitentoepassinglating van de met het gemeenschapsrecht strijdige beperkingen ten gunste van de benadeelde groep te blijven toepassen totdat door de partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomsten en/of door de wetgever een niet-discriminerende regeling is getroffen."