

TEN OEVER

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
W. VAN GERVEN
van 28 april 1993 *

Inhoudsoverzicht

De rechtspraak van het Hof inzake artikel 119 EEG-Verdrag en het arrest Barber	I - 4894
Achtergrond van de voorliggende zaken	I - 4897
De werking in de tijd van het arrest Barber	I - 4901
Geldt de uitspraak in het Barber-arrest alsmede de daarin voorziene beperking in de tijd, ook voor andere bedrijfspensioenregelingen dan degene gevisceerd in dat arrest?	I - 4911
Is het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële berekeningselementen in strijd met artikel 119 van het Verdrag?	I - 4913
Valt de betaling van een weduwnaarspensioen onder artikel 119 van het Verdrag?	I - 4923
De inroepbaarheid van artikel 119 door de echtgenoot van de overleden werknemer	I - 4927
De inroepbaarheid van artikel 119 tegen de trustees van een bedrijfspensioenregeling	I - 4929
Artikel 119 en de diverse financieringsmethoden van bedrijfspensioenstelsels	I - 4934
Toepasselijkheid van artikel 119 op pensioenregelingen waarbij slechts personen van één geslacht zijn aangesloten	I - 4935
Conclusie	I - 4936

* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

1. In onderhavige zaken worden aan het Hof een veelvoud van prejudiciële vragen gesteld met betrekking tot de uitlegging van artikel 119 van het Verdrag, in het bijzonder gelet op het arrest van 17 mei 1990 in de zaak Barber.¹ In zaak C-110/91, Moroni, wordt tevens een aantal uitleggingsvragen gesteld omtrent de verhouding tussen voornoemde bepaling en uitspraak en richtlijn 86/378/EEG van de Raad van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid.²

2. Gezien de omvang en complexiteit van de gestelde vragen en de bij het Hof ingediende opmerkingen, neem ik mij voor als volgt te werk te gaan. Allereerst ga ik in op de mijns inziens meest cruciale vraag, die als een rode draad doorheen deze zaken loopt, namelijk welke precies de werking in de tijd is van de gevolgen van het Barber-arrest. Daarnaast ga ik na of deze uitspraak, alsmede de erin aangebrachte temporele beperking, ook voor andere pensioenregelingen geldt dan degene die in dat arrest aan de orde stonden. Vervolgens onderzoek ik de kwestie — die in het bijzonder in de zaken C-152/91, Neath (Jurispr. 1993, blz. I-6953), en C-200/91, Coloroll (Jurispr. 1994, blz. I-4397), aan de orde staat — betreffende de verenigbaarheid met artikel 119 van het gebruik van op het geslacht gebaseerde actuariële berekeningselementen voor de berekening van pensioenbijdragen en uitkeringen. Ten slotte ga ik in op een aantal andere vragen die in onderhavige zaken worden gesteld, namelijk i) of de betaling van

een weduwnaarspensioen onder artikel 119 valt (vraag gesteld in zaak C-109/91, Ten Oever); ii) de inroepbaarheid van artikel 119 door de echtgenoot van de overleden werknemer, en tegen de trustee van een pensioenregeling (een der kernvragen in de affaire Coloroll); en iii) een aantal vragen met betrekking tot de concrete modaliteiten van, en de aansprakelijkheid voor, de tenuitvoerlegging van het in artikel 119 vervatte beginsel van gelijke behandeling op het vlak van bedrijfspensioenregelingen (andermaal in de zaak Coloroll).

Voorafgaand is het evenwel nuttig kort de Barber-uitspraak in herinnering te brengen en de achtergrond van de respectieve bodemschillen, voor zover deze van nut is voor mijn conclusie, te schetsen.

De rechtspraak van het Hof inzake artikel 119 EEG-Verdrag en het arrest Barber

3. Zoals bekend, houdt artikel 119 van het Verdrag voor de Lid-Staten de verplichting in het beginsel te verzekeren van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid. „Beloning” wordt in de tweede alinea van deze bepaling omschreven als „het gewone basis- of minimumloon of -salaris, en alle overige voordelen in geld of in natura die de werkgever direct of indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt”. Het Hof heeft sinds het eerste Defrenne-arrest een ruime uitlegging ontwikkeld van het aldus gedefinieerde beloningsbegrip: hieronder vallen

1 — Arrest van 17 mei 1990, zaak C-262/88, Jurispr. 1990, blz. I-1889.

2 — PB 1986, L 225, blz. 40.

„alle huidige of toekomstige voordelen in geld of in natura, mits deze, zij het ook indirect, door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking worden betaald”.³

Bovendien, zo voegde het Hof er in het arrest Defrenne II aan toe, is artikel 119

„rechtstreeks, en zonder dat meer gedetailleerde uitvoeringsmaatregelen vanwege de Gemeenschap of de Lid-Staten nodig zijn, van toepassing op alle vormen van rechtstreekse en openlijke discriminaties, die reeds met behulp van de in genoemd artikel vermelde criteria ‚gelijke arbeid’ en ‚gelijke beloning’ als zodanig zijn te herkennen”.⁴

Wat de uitlegging van „voordelen” in de zin van artikel 119 betreft, had het Hof in Defrenne I geoordeeld dat sociale-zekerheidsstelsels en -uitkeringen, met name ouderdomspensioenen, ofschoon zij in beginsel niet geheel losstaan van het begrip beloning, niet onder eerstgenoemde notie vallen. Het Hof besloot hiertoe op grond van de volgende kenmerken van sociale-zekerheidsstelsels: i) zij worden zonder enig

overleg binnen de betrokken onderneming of bedrijfstak rechtstreeks bij de wet vastgelegd en zijn verplicht van toepassing op algemene categorieën werknemers; en ii) zij stellen de werknemers in het genot van een wettelijke regeling die door werknemers, werkgevers en eventueel de overheid wordt gefinancierd en waarvan de bijdragen veel meer door overwegingen van sociaal beleid dan door de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer worden bepaald, zodat de werkgeversbijdrage tot deze stelsels geen directe of indirecte betaling aan de werknemer vormt in de zin van artikel 119.⁵ Wel kwam het Hof er in het arrest Bilka van 13 mei 1986 toe om, met toepassing van deze criteria, uitkeringen in het kader van een bedrijfspensioenregeling — die haar oorsprong vond in een akkoord tussen werkgever en ondernemingsraad, en een integrerend bestanddeel van de arbeidsovereenkomst uitmaakte — als voordelen in de zin van artikel 119 te bestempelen.⁶

4. In de zaak Barber diende het Hof stelling te nemen met betrekking tot een onder de Britse wetgeving goedgekeurde „contracted-out” pensioenregeling, dit wil zeggen een bedrijfspensioenregeling die in onderling overleg tussen de sociale partners dan wel door een eenzijdig besluit van de werkgever wordt ingesteld, die door de werkgever alleen dan wel door werkgever en werknemer samen wordt bekostigd, en waartoe werknemers kunnen toetreden ter gedeeltelijke vervanging van hun wettelijk pensioen. Uit voorgaande beginselen leidde het Hof af, dat

3 — Arrest van 25 mei 1971, zaak 80/70, Defrenne, Jurispr. 1971, blz. 445, r. o. 6; onder meer bevestigd in arrest van 9 februari 1982, zaak 12/81, Garland, Jurispr. 1982, blz. 359, r. o. 5; arrest Barber, r. o. 12; zie zeer recent nog arrest van 17 februari 1993, zaak C-173/91, Commissie/België, Jurispr. 1993, blz. I-673, r. o. 13.

4 — Het citaat komt uit het arrest van 27 maart 1980, zaak 129/79, Macarthy, Jurispr. 1980, blz. 1275, r. o. 10, dat op dit punt uitdrukkelijk naar het arrest Defrenne II verwijst; wat het arrest Defrenne II zelf betreft, zie arrest van 8 april 1976, zaak 43/75, Jurispr. 1976, blz. 455, in het bijzonder r. o. 18, 21, 24 en 40. Voor latere bevestigingen, zie onder meer arresten van 11 maart 1981, zaak 69/81, Worringham, Jurispr. 1981, blz. 767, r. o. 23; 31 maart 1981, zaak 96/80, Jenkins, Jurispr. 1981, blz. 911, r. o. 17, en arrest Barber, r. o. 37.

5 — Arrest Defrenne I, r. o. 7-9; cf. arrest van 13 mei 1986, zaak 170/84, Bilka, Jurispr. 1986, blz. 1607, r. o. 17 en 18; zie recent ook het in voetnoot 3 aangehaalde arrest Commissie/België, r. o. 14.

6 — Arrest Bilka, r. o. 22.

„de krachtens een vervangende regeling betaalde pensioenen voordelen zijn die de werkgever aan de werknemer betaalt uit hoofde van zijn dienstbetrekking, en derhalve binnen de werkingssfeer van artikel 119 van het Verdrag vallen”.⁷

Gevraagd naar de verenigbaarheid met artikel 119 van een regeling waarbij een man aan wie gedwongen ontslag is verleend, slechts aanspraak heeft op een uitgesteld pensioen op de normale pensioengerechtigde leeftijd, terwijl een vrouw in dezelfde omstandigheden recht heeft op een onmiddellijk ingaand pensioen, antwoordde het Hof ontkennend. Als reden daarvoor gaf het in overweging 32 van zijn arrest op dat

„artikel 119 elke discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers op het gebied van de beloning verbiedt, ongeacht het stelsel waarvan deze ongelijkheid het gevolg is. Derhalve is de vaststelling van een naar geslacht verschillende leeftijd voor pensioenen die worden betaald in het kader van een vervangende regeling, in strijd met artikel 119, zelfs indien het verschil in pensioengerechtigde leeftijd voor mannen en vrouwen is gebaseerd op het in de nationale wettelijke regeling voorziene verschil.”

5. Het Hof was zich evenwel bewust van de verregaande financiële gevolgen van zijn uitspraak. Bovendien was het van oordeel dat de Lid-Staten, gelet op de in richtlijnen 79/7/EEG⁸ en 86/378/

EEG⁹ voorziene uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling inzake pensioengerechtigde leeftijd, er redelijkerwijze mochten van uitgaan dat artikel 119 niet van toepassing was op pensioenen uit hoofde van een vervangende regeling. Om die twee redenen besliste het Hof de werking van zijn arrest in de tijd te beperken:

„Onder deze omstandigheden verzetten dwingende overwegingen van rechtszekerheid zich ertegen, dat rechtssituaties waarvan alle gevolgen in het verleden zijn uitgewerkt, weer in geding worden gebracht, daar in dergelijke gevallen het financiële evenwicht van een aantal vervangende pensioenregelingen met terugwerkende kracht verstoord zou kunnen worden. Een uitzondering moet echter worden gemaakt ten behoeve van personen die tijdig het initiatief hebben genomen om hun rechten veilig te stellen. Ten slotte kan geen beperking van de gevolgen van genoemde uitlegging worden toegestaan ten aanzien van pensioenrechten die vanaf de datum van dit arrest ontstaan.”¹⁰

Het Hof besloot derhalve dat

„op de rechtstreekse werking van artikel 119 van het Verdrag geen beroep kan worden gedaan om aanspraak te maken op een pensioen vanaf een tijdstip gelegen vóór de datum van dit arrest, behalve in het geval van werknemers of hun rechtverkrigenden die vóór die datum een rechtsovereenkomst of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld”.¹¹

Rond de uitdrukkingen „rechtssituaties waarvan alle gevolgen in het verleden zijn

7 — Arrest Barber, r. o. 28.

8 — Meer bepaald artikel 7, 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, PB 1979, L 6, blz. 24.

9 — Meer bepaald artikel 9, aanhef en sub a van deze richtlijn.

10 — Arrest Barber, r. o. 44.

11 — Arrest Barber, r. o. 45 en punt 5 van het dictum.

uitgewerkt" („legal situations which have exhausted all their effects in the past"), „pensioenrechten die vanaf de datum van dit arrest ontstaan" („the acquisition of entitlement to a pension as from the date of this judgment") en „een pensioen vanaf een tijdstip gelegen vóór de datum van dit arrest" („a pension with effect from a date prior to this judgment") draait de in onderhavige zaken voorliggende problematiek van de beperking van de gevolgen van het Barber-arrest in de tijd.

Achtergrond van de voorliggende zaken

6. *Zaak Ten Oever*. Ten Oever was gehuwd met M. F. Heeren, die in de schoonmaakbranche actief was. Heerens werkgever had voor haar een pensioenregeling getroffen die wordt beheerd door de Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf (hierna: „de stichting"). Het betreft een collectief bedrijfspensioen dat door werkgevers en werknemers wordt bekostigd. Tot 1 januari 1989 voorzag het pensioenreglement van de stichting enkel in een weduwenpensioen; sinds die datum kent het ook een weduwnaarspensioen toe, echter zonder terugwerkende kracht. Nadat zijn echtgenote op 13 oktober 1988 overleden was, verzocht Ten Oever — blijkens de verwijzingsbeschikking, vóór 17 mei 1990 — om toekenning van een overlevingspensioen met ingang van eerstgenoemde datum. De stichting wees die aanvraag af op grond dat haar pensioenreglement op het tijdstip van het overlijden niet in een dergelijk pensioen voorzag.

Op 8 juni 1990 diende Ten Oever verzoek in bij de kantonrechter te Utrecht om te beslissen dat hem vanaf 13 oktober 1988 een weduwnaarspensioen zou worden toegekend. Volgens hem maakt dit pensioen beloning uit in de zin van artikel 119 van het Verdrag, en is de weigering een

weduwnaarspensioen toe te kennen — dat als weduwenpensioen wel zou zijn uitgekeerd indien hij een vrouw was geweest en zijn echtgenote een man — strijdig met het in deze bepaling vervatte beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen. De stichting beroept zich daarentegen op de beperking in de tijd van de gevolgen van het Barber-arrest, waarin het Hof voor het eerst zou hebben geoordeeld dat betalingen uit hoofde van bovenwettelijke pensioenregelingen het karakter van een beloning hebben. Aangezien de procedure ten tijde van het arrest Barber nog niet aanhangig was, zou Ten Oever geen recht hebben op het pensioen.

De kantonrechter achtte het wenselijk het Hof over een en ander langs prejudiciële weg te ondervragen.¹²

7. *Zaak Moroni*. Moroni (geboren in 1948) was van 1968 tot 1983 werknemer bij Collo GmbH. In 1983 trad hij in dienst bij een andere werkgever. Bij zijn indiensttreding bij Collo had hij een op de pensioenregeling van deze onderneming berustende pensioentoezegging gekregen, die onder meer bepaalde dat werknemers recht verkrijgen op pensioen indien zij na beëindiging van het 65ste levensjaar (voor vrouwen het 60ste levensjaar) het bedrijf en het beroepsleven verlaten, mits zij op dat tijdstip ten minste tien jaar bij Collo werkzaam zijn geweest. Op 6 november 1990 maakte Moroni zijn geschil met Collo bij het Arbeitsgericht Bonn aanhangig. Op grond van artikel 119 EEG-Verdrag en de artikelen 5 en 6 van richtlijn 86/378 betoogt hij dat het hem

12 — Voor de precieze formulering van de vragen van de kantonrechter wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting.

toegezegde bedrijfspensioen reeds na beëindiging van zijn 60ste levensjaar aan hem moet toekomen en dat de waarde van zijn pensioenuitzicht is te berekenen als ware het pensioen tegen dat tijdstip toegezegd. Collo daarentegen beroept zich op artikel 8 van voornoemde richtlijn. Van mening dat de uitkomst van het geding afhangt van de uitlegging die aan de betrokken gemeenschapsrechtelijke bepalingen toekomt, stelt het Arbeitsgericht Bonn het Hof een aantal prejudiciële vragen.¹³

Het is nuttig de relevante Duitse wetgeving aan te stippen. Krachtens deze wetgeving heeft Moroni jegens Collo, ondanks zijn voortijdig vertrek, op grond van zijn dienstverband en het tijdstip waarop hij vóór zijn vertrek bij het bedrijf de pensioentoezegging heeft ontvangen, een onherroepelijk pensioenuitzicht („Versorgungsanspruch”) verkregen dat, wat het betwiste ouderdomspensioen betreft, bij beëindiging van het 65ste levensjaar resulteert in een pensioenaanspraak („Versorgungsanspruch”).¹⁴ Bij voortijdig vertrek uit de onderneming verloopt de berekening van deze aanspraak als volgt: het bedrijfspensioen dat zou verschuldigd zijn bij beëindiging van het 65ste levensjaar in het bedrijf, wordt proportioneel verminderd aan de hand van de daadwerkelijke duur van het dienstverband in verhouding tot de duur die dit dienstverband tot het einde van het 65ste levensjaar zou hebben gehad.¹⁵ Een vrouwelijke werknemer met een onherroepelijk pensioenuitzicht die voortijdig vertrekt, ondergaat daarentegen ingevolge Collo's pensioenregeling een naar verhouding lagere korting bij de berekening

van haar pensioenaanspraak: wat de mogelijke duur van het dienstverband betreft, wordt voor haar slechts de tijd tot het einde van het 60ste levensjaar (moment waarop zij kan uittreden zonder dat dit tot pensioenvermindering leidt) in aanmerking genomen.

Krachtens de Duitse wetgeving heeft Moroni tevens de mogelijkheid om vervroegd, dit is vóór het einde van zijn 65ste levensjaar (en ten vroegste bij het einde van zijn 60ste levensjaar), op het bij Collo verdiende bedrijfspensioen aanspraak te maken.¹⁶ De voorwaarde die daartoe evenwel aan mannelijke werknemers wordt opgelegd, is dat zij op het wettelijk ouderdomspensioen aanspraak kunnen maken en zulks ook doen, hetgeen, naast de vervulling van bepaalde verzekeringstijdvakken in de wettelijke ouderdomsverzekering, over het algemeen een vrij lange periode van werkloosheid vóór het einde van het 60ste levensjaar vereist. Voor vrouwelijke werknemers geldt deze voorwaarde niet.¹⁷ Bovendien moet Moroni bij vervroegde aanspraak nog een *verdere korting* op de koop toe nemen: naast hogergevoemde pro rata-vermindering moet de mannelijke werknemer een zogenaamde *actuariële korting* („versicherungsmathematische Abschlag”) accepteren. Een vrouwelijke werknemer daarentegen kan, bij vervulling van de vereiste verzekeringstijdvakken van de wettelijke pensioenverzekering, zonder meer aanspraak maken op de betaling van het vervroegde ouderdomspensioen: verlaat zij voortijdig de onderneming met een onherroepelijk pensioenuitzicht, dan moet

13 — Voor de precieze tekst van de vragen wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting.

14 — § 1, lid 1, van het Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (hierna: „BetrAVG”).

15 — § 2, lid 1, BetrAVG.

16 — § 6 BetrAVG.

17 — Het Arbeitsgericht verwijst daartoe naar de §§ 1248, leden 2 en 3, Reichsversicherungsordnung en 25, leden 2 en 3, Angestelltenversicherungsgesetz.

zij enkel de daaruit voortvloeiende korting accepteren, doch niet een pro rata-korting of actuariële korting wegens vervroegde aanspraak.

Deze behandeling van mannen en vrouwen in de bedrijfspensioenregeling stemt overeen met de wettelijke regeling van het ouderdomspensioen, die daarvoor als voorbeeld heeft gedient.¹⁸

8. *Zaak Neath*. Neath (geboren in 1935) was vanaf 1973 in dienst bij Hugh Steeper Ltd, tot hem op 29 juni 1990 — dit wil zeggen, na het Barber-arrest — gedwongen ontslag wegens economische redenen werd verleend. Op dat ogenblik was hij 54 jaar en 11 maanden oud. Gedurende deze periode was Neath opeenvolgend aangesloten bij twee bedrijfspensioenstelsels die door Hugh Steeper worden beheerd. Tussen december 1975 en december 1978 was hij aangesloten bij pensioenregeling nr. 5; vanaf januari 1979 tot zijn ontslag was hij aangesloten bij pensioenregeling nr. 4, een „contracted-out” regeling, waarnaar zijn in het kader van eerstgenoemd regime verworven rechten waren overgedragen.

Beide stelsels worden gefinancierd door bijdragen van werkgever en werknemers, waarbij deze laatste in dezelfde mate bijdragen ongeacht zij man of vrouw zijn. Bepaalde regels verschilden evenwel in functie van het geslacht van de werknemer. Zo kon een vrouw op haar 60ste op pensioen gaan met een volledig bedrijfspensioen, terwijl een man dit slechts op zijn 65ste kon.

Een aangeslotene bij pensioenregeling nr. 4 kon op elk moment na zijn of haar 50ste verjaardag met onmiddellijke ingang een vervroegd pensioen krijgen mits de werkgever en de trustees van deze pensioenregeling daarmee instemden. Wordt deze toestemming gegeven, dan wordt het pensioen berekend aan de hand van het pensioen dat de aangeslotene op de normale pensioneringsdatum zou hebben ontvangen, met inachtneming evenwel van de duur van de vervroegde pensioenbetaling. Daartoe wordt een vermindering toegepast van 6 % voor elk jaar en elke maand gelegen tussen de feitelijke pensioendatum en de normale pensioenge-rechtigde leeftijd. Geven de werkgever en de trustees geen toestemming tot vervroegde pensioenopname, dan heeft de aangeslotene die pensioenregeling nr. 4 na zijn of haar 50ste verjaardag en vóór de normale pensioendatum verlaat, alleen maar recht op een uitgesteld pensioen of een overdrachtsbetaling aan een andere pensioenregeling. Kiest hij voor een uitgesteld pensioen, dan blijft pensioenregeling nr. 4 het gedeelte van het pensioen verschuldigd dat opgebouwd werd tijdens zijn aansluiting bij dit stelsel. Kiest de aangeslotene daarentegen voor een overdrachtsbetaling, dan wordt een bedrag dat actuariel gelijk is aan het door hem tijdens zijn aansluiting bij pensioenregeling nr. 4 opgebouwde bedrag, aan een andere pensioenregeling naar diens keuze overgedragen. Dit betekent dat pensioenregeling nr. 4 niet langer gehouden is die persoon uitkeringen te betalen.

Toen Neath ontslagen werd, werd hem niet een onmiddellijk ingaand pensioen toegestaan; hij kreeg derhalve de keuze tussen een uitgesteld pensioen en een overdrachtsbetaling. Hem werd gemeld dat, indien hij voor deze laatste optie koos, een bedrag van 30 672,59 UKL zou worden overgemaakt. Bij de berekening van deze overdrachts-waarde werd ervan uitgegaan dat Neath's normale pensioendatum, voor uitkeringen

18 — Het Arbeitsgericht Bonn merkt dienaangaande op dat zowel het Bundessozialgericht als het Bundesverfassungsgericht geoordeeld hebben dat de betrokken bepalingen van de wettelijke regeling inzake ouderdomspensioenen tot het jaar 1992 uit het oogpunt van gelijke behandeling van mannen en vrouwen geen juridische bezwaren ontmoeten.

uit hoofde van na 17 mei 1990 (d. i. na het arrest Barber) verrichte dienst, zijn 60ste verjaardag was. Het arrest Barber werd daarentegen geacht niet toepasselijk te zijn op de aan de datum van het arrest voorafgaande tewerkstellingsperiodes. Bovendien ging men ervan uit dat artikel 119 van het Verdrag zich niet verzet tegen het gebruik van actuariële berekeningselementen. Uit de berekeningen van de actuaris voor pensioenregeling nr. 4 volgt dat, indien voor de berekening van Neath's uitkeringen voor zijn *gehele diensttijd* zou worden uitgegaan van een normale pensioendatum van 60 jaar, zijn overdrachtswaarde 39 934,56 UKL zou zijn geweest wanneer mannelijke actuariële berekenings-elementen worden gebruikt. Worden vrouwelijke actuariële factoren gebruikt, dan zou zijn overdrachtswaarde 41 486,25 UKL zijn: dit verschil is te verklaren doordat laatstgenoemde berekenings-elementen uitgaan van een hogere levensverwachting voor vrouwen, zodat de kosten die voor pensioenregeling nr. 4 gemoeid zijn met uitkeringen aan vrouwen geacht worden hoger te zijn dan voor mannen.

Nadat hem de geboden opties waren uiteengezet, daagde Neath Steeper voor het Industrial Tribunal te Leeds op grond dat de hem geboden voorwaarden minder gunstig waren dan diegene die hem zouden zijn aangeboden indien hij een vrouw was. Wat betreft de keuzemogelijkheid voor een uitgesteld pensioen zou hij vijf jaar langer op de verkrijging hiervan moeten wachten dan een vrouw; ook wanneer hij op dat ogenblik gebruik zou maken van zijn recht om een gedeelte van zijn pensioen te laten omzetten in een kapitaaluitkering, zou hij een lagere som verkrijgen (17 193,94 UKL) dan wanneer hij een vrouw was (21 029,02 UKL). Andermaal zou dit verschil gebaseerd zijn op actuariële

berekeningselementen die een langere levensverwachting voor vrouwen veronderstellen. Neath acht dit in strijd met artikel 119 van het Verdrag, als uitgelegd door het Hof in de zaak Barber. Het Industrial Tribunal besloot hieromtrent het Hof te raadplegen.¹⁹

9. *Zaak Coloroll*. Het bodemgeding in deze zaak vindt zijn achtergrond in de financiële ineenstorting, medio 1990, van de Coloroll Group of Companies, en de daaruit voortvloeiende noodzaak bepaalde pensioenregelingen van deze ondernemingen te liquideren. Het gaat niet om een klassiek geding, maar om een proefprocedure (zgn. „representative action”) die Coloroll Pension Trustees Ltd (hierna: „de Coloroll Trustees”), thans nog trustee van acht pensioenregelingen van de Coloroll Group, voor het High Court heeft ingesteld. Zij wensen van het High Court aanwijzingen te verkrijgen met betrekking tot materies die onder de controlerende bevoegdheid, inzake trusts, van dat gerecht vallen. „Verweerders” in de bodemprocedure zijn een aantal door de Coloroll Trustees uitgekozen personen die representatief zijn voor de uiteenlopende belangen en opvattingen.²⁰

De Coloroll Trustees worden met een meer-voud van elementen geconfronteerd die hun beslissingen inzake de liquidatie van de pensioenregelingen kunnen beïnvloeden. Al deze regelingen bevatten voor mannen en vrouwen verschillende bepalingen. Het belangrijkste verschil bestaat erin, dat alle pensioenregelingen als normale pensioen-

19 — Voor de precieze formulering, zie andermaal het rapport ter terechtzitting in deze zaak.

20 — Zie, voor een beschrijving van de situatie van deze personen, het rapport ter terechtzitting in deze zaak.

datum voor mannen de 65-jarige leeftijd hanteren en voor vrouwen de 60-jarige leeftijd, dit zijn de leeftijden waarop in het Verenigd Koninkrijk het staatspensioen verschuldigd is. Als gevolg daarvan zijn aan mannelijke en vrouwelijke werknemers van gelijke leeftijd en met hetzelfde aantal dienstjaren verschillende pensioenbedragen verschuldigd. Bovendien wordt, wanneer een alternatieve uitkering wordt toegekend op grond van een kapitalisatie van de pensioenrechten, gebruik gemaakt van actuariële berekeningselementen die, doordat de levensverwachting en de aanvangsdatum van het pensioen voor mannen en vrouwen verschillen, voor hen tot verschillende gevolgen leiden. Ten slotte vertonen twee pensioenregelingen een bijzonder kenmerk, in die zin dat er geen vrouwelijke werknemers bij aangesloten waren; toch beïnvloeden voornoemde geslachtsgebonden berekeningselementen ook hier de uitkeringen aan bepaalde mannelijke werknemers.

Door deze verschillen in behandeling op grond van het geslacht kunnen de Coloroll Trustees niet tot een definitieve vaststelling komen van de verplichtingen die zij moeten uitvoeren bij de liquidatie van de pensioenregelingen. Zij vrezen met name dat de verdelingsregels waarin de trustakten en de bepalingen van de pensioenregelingen voorzien, in bepaalde gevallen door artikel 119 EEG-Verdrag kunnen worden opzijgezet. Zolang het Hof niet heeft verduidelijkt in hoeverre dit artikel op onderhavig geval van toepassing is, valt volgens de Coloroll Trustees niet met zekerheid te zeggen hoe de fondsen moeten worden verdeeld. De Chancery Division van het High Court stelt met het oog daarop een veelvoud van vragen aan het Hof.²¹

De werking in de tijd van het arrest Barber

10. *Mogelijke interpretaties.* Zoals gezegd, betreft de hamvraag in onderhavige zaken de precieze werking in de tijd van het arrest Barber. Uit de voor het Hof gemaakte opmerkingen blijkt dat het praktisch belang van het antwoord hierop enorm is. Ik spits mij derhalve meteen toe op de kern van het probleem. Blijkbaar zijn een viertal interpretaties mogelijk van de beperking die het Hof aan de werking in de tijd van het Barber-arrest heeft willen aanbrengen.

Een *eerste interpretatie* zou erin bestaan het beginsel van gelijke behandeling enkel toe te passen op werknemers die vanaf 17 mei 1990 lid zijn geworden van, en begonnen zijn te storten aan, een bedrijfspensioenstelsel. Deze optie ontneemt aan de Barber-uitspraak nagenoeg elk retroactief effect. Praktisch komt zij erop neer dat het arrest pas binnen een veertigtal jaren zijn volledige werking resorteert.

Een *tweede uitlegging* bestaat erin het beginsel van gelijke behandeling enkel toe te passen op uitkeringen die verschuldigd zijn uit hoofde van tijdvakken van arbeid van na 17 mei 1990. De hieraan voorafgaande tijdvakken zouden niet door de rechtstreekse werking van artikel 119 geraakt zijn.

Volgens een *derde interpretatie* moet het beginsel van gelijke behandeling worden toegepast op alle pensioenen die opeisbaar worden of voor het eerst worden uitgekeerd na 17 mei 1990, en zulks ongeacht het feit of het gehele pensioen dan wel een gedeelte ervan,

21 — Zie het rapport ter terechtzitting in de zaak Coloroll.

werd opgebouwd tijdens en met behulp van aan deze datum voorafgaande tijdvakken van arbeid respectievelijk bijdragen. Anders uitgedrukt, niet de tijdvakken van arbeid (vóór of na Barber) zijn doorslaggevend, maar de datum waarop het pensioen is opgevalen.

Een *vierde interpretatie* bestaat uit de toepassing van de gelijke behandeling op alle pensioenuitkeringen die na 17 mei 1990 plaatsvinden, inclusief uitkeringen op pensioenen die reeds vóór die datum zijn opgevallen en hier ook, zoals in de voorgaande interpretatie, ongeacht de datum van de tijdvakken van arbeid tijdens dewelke het pensioen werd opgebouwd. Deze interpretatie is ongetwijfeld het meest radicaal van strekking.²²

11. Voor het Hof hebben de debatten zich vooral toegespitst op de tweede en vierde interpretatie. De eerste visie wordt in onderhavige zaken door geen van de tussenkomende partijen voorgestaan. De derde uitlegging werd door de Commissie voorgestaan ten tijde van haar schriftelijke opmerkingen in zaken Ten Oever, Moroni en Neath. In haar schriftelijke opmerkingen in Coloroll en ter zitting heeft de Commissie zich evenwel bij de tweede stelling aangesloten.

Naast de Commissie, thans, wordt de tweede optie voor het Hof verdedigd door alle interveniërende pensioenfondsen respectievelijk trustees en alle Lid-Staten die opmerkingen hebben ingediend (Denemarken, Duitsland,

Ierland, Nederland en het Verenigd Koninkrijk). In de zaak Coloroll wordt zij ook aangekleefd door twee verweerders, namelijk Broughton en de Coloroll Group.

Voor de vierde benaderingswijze pleiten vier van de verweerders in de bodemprocedure van de zaak Coloroll (Russell, Parker, Sharp en Fuller).

12. Om de onderhavige problematiek juist te situeren, moet nog de aandacht gevestigd worden op het „protocol ad artikel 119 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap”, gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie²³ en zulks ofschoon dit Verdrag, te Maastricht ondertekend op 7 februari 1992, nog niet in werking is getreden. Het protocol bepaalt:

„Voor de toepassing van artikel 119 van het Verdrag worden uitkeringen uit hoofde van een ondernemings- of sectoriële regeling inzake sociale zekerheid niet als beloning beschouwd indien en voor zover zij kunnen worden toegerekend aan tijdvakken van arbeid vóór 17 mei 1990, behalve in het geval van werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsovereenkomst of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld.”

Op de betekenis van dit protocol voor de interpretatie die aan de temporele werking van de Barber-uitspraak toekomt, kom ik straks terug.

22 — Zie tevens de beschrijving van deze mogelijke interpretaties bij S. Honeyball en J. Shaw, „Sex, law and the retiring man”, *Eur. L. Rev.*, 1991, (47), blz. 56 en 57. Voor een overzicht van stellingnames in de doctrine op dit punt, zie D. Curtin, „The constitutional structure of the Union: a Europe of bits and pieces”, *C. M. L. Rev.*, 1993 (17), blz. 50-51, met verwijzingen.

23 — De tekst van dit Verdrag werd gepubliceerd in PB 1992, C 191.

13. *De rechtspraak van het Hof inzake temporele werking van arresten.* Alvorens stelling te kiezen aangaande de werking in de tijd van het Barber-arrest, acht ik het belangrijk de ratio te verduidelijken die het Hof ertoe bewogen heeft deze beperking in zijn arrest in te lassen. Dat het hier om een ongewoon procédé gaat, hoeft geen betoog in het licht van het declaratoir karakter dat principieel toekomt aan 's Hofs uitlegging van het gemeenschapsrecht op grond van artikel 177 van het Verdrag.²⁴ Door het Hof werd dit als volgt verwoord in de arresten Salumi en Denkavit Italiana:

„De uitlegging die het Hof van Justitie krachtens de hem bij artikel 177 verleende bevoegdheid geeft van een voorschrift van gemeenschapsrecht, verklaart en preciseert, wanneer daaraan behoefte bestaat, de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast. Hieruit volgt dat het aldus uitgelegde voorschrift door de rechter ook kan en moet worden toegepast op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan en tot stand gekomen vóór het arrest waarbij op het verzoek om uitlegging is beslist, indien voor het overige is voldaan aan de voorwaarden waaronder een geschil over de toepassing van dat voorschrift voor de bevoegde rechter kan worden gebracht.

Slechts bij uitzondering zal het Hof van Justitie, zoals het in zijn arrest van 8 april 1976 (zaak 43/75, Defrenne, Jurispr. 1976, blz. 455) heeft erkend, met toepassing van een aan de communautaire rechtsorde inherent algemeen beginsel van rechtszekerheid en met het oog op de ernstige problemen die zijn arrest voor het verleden zou kunnen meebrengen voor te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, aanleiding

kunnen vinden, voor iedere belanghebbende beperkingen te stellen aan de mogelijkheid met een beroep op de aldus uitgelegde bepaling die rechtsbetrekkingen weer in geding te brengen.

Een dergelijke beperking is evenwel slechts aanvaardbaar in het arrest waarin de gevraagde uitlegging wordt gegeven. Het fundamentele vereiste van eenvormige en algemene toepassing van het gemeenschapsrecht impliceert dat enkel het Hof van Justitie heeft te beslissen over beperkingen *ratione temporis*, die voor een door hem gegeven uitlegging hebben te gelden.”²⁵

14. Uit voornoemde passage blijkt dat het Hof zich bij zijn beslissing de draagwijdte van een arrest in de tijd te beperken, laat leiden door voornamelijk twee overwegingen, namelijk een aan de communautaire rechtsorde inherent *algemeen beginsel van rechtszekerheid* en de zorg om te voorkomen dat, door een onverkorte retroactieve toepassing van de uitspraak, *ernstige problemen* zouden ontstaan voor bepaalde rechtsverhoudingen die *te goeder trouw* tot stand zijn gekomen. Daaraan weze echter onmiddellijk toegevoegd dat, zoals het Hof herhaaldelijk heeft bevestigd, het loutere feit dat een rechterlijk oordeel belangrijke praktische consequenties heeft, op zich geen afdoende reden is om de onverkorte toepassing ervan in het gedrang te brengen. In het arrest Blaizot werd dit, onder verwijzing naar Defrenne II, als volgt uitgedrukt:

25 — Arresten van 27 maart 1980 in zaak 61/79, Denkavit Italiana, Jurispr. 1980, blz. 1205, r. o. 16-18, en gevoegde zaken 66/79, 127/79 en 128/79, Salumi, Jurispr. 1980, blz. 1237, r. o. 9-11; zie ook arresten van 10 juli 1980 in zaak 811/79, Ariete, Jurispr. 1980, blz. 2545, r. o. 6-8, en zaak 826/79, Mireco, Jurispr. 1980, blz. 2559, r. o. 7-9; arresten van 2 februari 1988 in zaak 309/85, Barra, Jurispr. 1988, blz. 355, r. o. 11-13 en zaak 24/86, Blaizot, Jurispr. 1988, blz. 379, r. o. 27 en 28; arrest van 5 oktober 1988, zaak 210/87, Padovani, Jurispr. 1988, blz. 6177, r. o. 12. Recent resumeerde het Hof deze beginselen nog in het arrest van 16 juli 1992, zaak C-163/90, Legros, Jurispr. 1992, blz. I-4625, r. o. 30.

24 — Cf. dienaangaande R. Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Luik, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1981, blz. 219.

„Bij de beslissing of de werking van een arrest in de tijd moet worden beperkt, moet volgens de rechtspraak van het Hof (met name het arrest van 8 april 1976, reeds aangehaald) worden bedacht, dat de praktische gevolgen van een rechterlijke uitspraak weliswaar zorgvuldig moeten worden afgewogen, doch dat dit er niet toe mag leiden, dat de objectiviteit van het recht geweld wordt aangedaan en omwille van de weerslag die een rechterlijke beslissing voor het verleden kan hebben, de toepassing van dat recht in de toekomst in gevaar wordt gebracht.”²⁶

15. Dat het beginsel van de rechtszekerheid deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde, is genoegzaam bekend.²⁷ Het komt erop neer dat het Hof bereid is, op grond van bijzondere omstandigheden, in het verleden tot stand gekomen rechtsbetrekkingen niet in vraag te stellen alhoewel daartoe aanleiding bestaat wegens een inmiddels door het Hof gegeven verduidelijking. Uit de rechtspraak blijkt dat het Hof de goede trouw, of het gewettigd vertrouwen²⁸, in hoofde van belanghebbende partijen of van de Lid-Staten als een zodanige bijzondere omstandigheid erkent, indien de retroactieve toepassing van de rechterlijke uitspraak voor die partijen of Lid-Staten ernstige problemen meebrengt. Dergelijke goede trouw is voorhanden wanneer die partijen of Lid-Staten, bij het tot stand brengen van rechtsbetrekkingen, „redelijkerwijze mochten aanne-

men”²⁹ dat de door hen gevolgde handelwijze in overeenstemming was met het gemeenschapsrecht, zo bij voorbeeld wanneer de draagwijdte van een communautaire bepaling niet geheel duidelijk was. A fortiori heeft het Hof de aanwezigheid van goede trouw aanvaard in die gevallen waarin de gemeenschapsinstellingen zelf een schijn van communautaire geldigheid hadden gecreëerd, het weze door een bepaalde handeling van secundair gemeenschapsrecht goed te keuren die de bewuste praktijken onverlet liet (Pina I³⁰, Barber, Legros), dan wel door na te laten een vordering op grond van artikel 169 in te stellen tegen de in zijn communautaire verplichtingen te kort schietende Lid-Staat (Defrenne II, Legros) of met betrekking tot de verenigbaarheidsvraag een weifelende houding aan te nemen (Blaizot).

Zo evenwel vaststaat dat partijen of Lid-Staten, met name in het licht van een duidelijke en bekende rechtspraak van het Hof, geen twijfel konden hebben aangaande de op hen rustende communautaire verplichtingen, is aan de voorwaarde van goede trouw niet voldaan. Zoals blijkt uit de arresten Worringham³¹ en Essevi en Salengo³², ziet het Hof zich dan niet genoodzaakt zijn uitspraak in de tijd te beperken.

16. Goede trouw van belanghebbenden of Lid-Staten is dus een bijzondere omstandigheid die de beperking van de werking van een arrest in de tijd kan rechtvaardigen, indien een niet-beperking ernstige problemen zou teweegbrengen voor in het verleden

26 — Arrest Blaizot, r. o. 30; arrest Defrenne II, r. o. 71; zie ook het arrest Worringham (aangehaald in voetnoot 4), r. o. 31 en het in vorige voetnoot geciteerde arrest Legros, r. o. 30.

27 — Voor uitdrukkelijke bevestigingen daarvan, zie onder meer arrest van 21 september 1983, gevoegde zaken 205/82-215/82, Deutsche Milchkontor, Jurispr. 1983, blz. 2633, r. o. 30. Over rechtszekerheid als beginsel ter bescherming van te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, zie onder meer K.-D. Borchardt, *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Kehl, Schriftenreihe Europa-Forschung, Band 15, 1988, blz. 135 en 136, en M. Schloekermann, *Rechtssicherheit als Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des EuGH*, dissertatie, München, 1984, blz. 144-151.

28 — Deze term wordt door het Hof gehanteerd in het arrest van 27 mei 1981, gevoegde zaken 142/80 en 143/80, Essevi en Salengo, Jurispr. 1981, blz. 1413, r. o. 34.

29 — Deze uitdrukking komt zowel voor in het arrest Barber, r. o. 43, als in het arrest Legros, r. o. 33.

30 — Arrest van 15 januari 1986, zaak 41/84, Jurispr. 1986, blz. 1, r. o. 27: doordat de Raad (het in dit arrest ongeldig verklaarde) artikel 73, lid 2, van verordening nr. 1408/71 had goedgekeurd, had Frankrijk gedurende langere tijd praktijken menen te kunnen handhaven die geen rechtsgrondslag vonden in de artikelen 48 en 51 van het Verdrag.

31 — Arrest Worringham, r. o. 33.

32 — Reeds geciteerd in voetnoot 28, r. o. 34.

tot stand gekomen rechtsbetrekkingen. Een dergelijk probleem ligt volgens het Hof voor indien het betrokken arrest, over de eigenheden van het geding heen, belangrijke *algemene economische en financiële consequenties* kan hebben. Aldus toonde het Hof zich in Defrenne II begripvol ten aanzien van de door de Britse en Ierse regering uitgedrukte vrees dat talrijke ondernemingen door onvoorziene loonaanspraken in ernstige financiële moeilijkheden zouden kunnen zijn gekomen.³³ Mede gelet op de (hiervoor aangegeven) goede trouw van de markt-participanten oordeelde het Hof dat

„mede gezien het ontbreken van gegevens betreffende het globale peil waarop de lonen dan zouden zijn vastgesteld, dwingende overwegingen van rechtszekerheid met betrekking tot alle, openbare zowel als particuliere, belangen er zich in beginsel tegen verzetten dat in het verleden betaalde lonen wederom in het geding worden gebracht;

dat bijgevolg op de rechtstreekse werking van artikel 119 geen beroep kan worden gedaan ter staving van loonaanspraken over tijdvakken voorafgaande aan de dag waarop dit arrest is uitgesproken, behoudens wanneer een werknemer reeds een beroep in rechte of een daarmee gelijk te stellen klacht heeft ingediend”.³⁴

's Hof's aandacht voor „alle op het spel staande belangen, zowel publieke als pri-

vate”³⁵, met inbegrip van de ernstige financiële gevolgen van een arrest voor de partijen of overheden die te goeder trouw hebben gehandeld, blijkt ook uit een aantal recente zaken. Zo hield het Hof in Blaizot rekening met de mogelijkheid dat zijn uitspraak — het onverenigbaar met artikel 7 EEG-Verdrag verklaren van een aanvullend inschrijvingsgeld voor buitenlandse universitaire studenten — „het stelsel van financiering van het universitair onderwijs terugwerkend zou verstoren, met onvoorzienbare gevolgen voor de goede werking van de universitaire instellingen”.³⁶ Ook in Barber nam het Hof in aanmerking (zie de hiervoor in punt 5 geciteerde passage) dat „het financiële evenwicht van een aantal vervangende pensioenregelingen met terugwerkende kracht verstoord zou kunnen worden”. En ook nog recent in de zaak Legros, waar een door de Franse overzeese gebieden geheven belasting (de zgn. „octroi de mer”) onverenigbaar met het gemeenschapsrecht werd verklaard, was het Hof bereid de werking in de tijd van zijn arrest te beperken omwille van de catastrofale financiële repercussies die een terugvoerderbaarheid van onverschuldigd betaalde belastingen voor de Franse overzeese gebieden zou meebrengen:

„In deze omstandigheden staan dwingende overwegingen van rechtszekerheid eraan in de weg, dat rechtsbetrekkingen die al hun gevolgen in het verleden hebben gesorteerd,

33 — Arrest Defrenne II, r. o. 70. In het arrest Worringham daarentegen kwam het Hof tot het besluit dat „het aantal gevallen die in casu door de rechtstreekse werking van die bepaling zouden worden getroffen” niet voldoende relevant was om, in het belang van de rechtszekerheid, de werking in de tijd van het arrest te beperken: arrest Worringham, r. o. 33.

34 — Arrest Defrenne II, r. o. 74 en 75.

35 — De uitdrukking wordt door het Hof ook gehanteerd in het arrest Pinna I, r. o. 28; cf. dienaangaande J. Boulouis, „Quelques observations à propos de la sécurité juridique”, in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, (53), blz. 55.

36 — Arrest Blaizot, r. o. 34.

weer in het geding worden gebracht, nu dit het stelsel van financiering van de plaatselijke gemeenschappen in de Franse overzeese departementen met terugwerkende kracht zou verstoren.”³⁷

17. *Verduidelijking van de temporele werking van het Barber-arrest.* Het is in het licht van de hiervoor genoemde rechtspraak dat de passage uit Barber betreffende de beperking in de tijd van de gevolgen van het arrest, moet worden gelezen.

Daaraan voorafgaand echter nog dit: voor onderhavige problematiek is een inzicht in de wijze waarop bedrijfspensioenregelingen (vervangende of aanvullende) worden opgebouwd en beheerd, van doorslaggevend belang. Zoals blijkt uit de opmerkingen van de voor het Hof optredende regeringen en pensioenstelsels, worden de meeste van deze pensioenregelingen gekenmerkt door hun *opbouw* karakter. Concreet bouwt de werknemer pensioenaanspraken op in functie van de door hem bij de betrokken werkgever verrichte tijdvakken van arbeid. Daartoe worden periodiek door de werknemer en/of de werkgever uit hoofde van bepaalde tijd-

vakken van arbeid (op grond van actuariële berekeningselementen berekende) bijdragen betaald aan een particulier pensioenfonds.³⁸

Juridisch leidt dit opbouw karakter van de bedrijfspensioenregelingen ertoe dat zich een onderscheid opdringt tussen het ontstaan van pensioenrechten, namelijk naar aanleiding van de *opbouw* van het pensioen in functie van verrichte tijdvakken van arbeid, en het opeisbaar worden van deze rechten, namelijk bij het *openvallen* van het pensioen.

Financieel-economisch is het evenwicht van deze bedrijfspensioenstelsels mede gegrondvest op een aantal premissen, waaronder gegevens betreffende de pensioenleeftijd en de overlevingskansen van mannen en vrouwen (cf. verder, punten 34-39).

37 — Arrest Legros, r. o. 34. Voor een andere recente beperking in de tijd omwille van de belangrijke financiële gevolgen van een uitspraak, ditmaal met betrekking tot de ongeldigheid van een communautaire verordening op het gebied van het landbouwbeleid (met name een „clawback”-heffing ten laste van produkten die van een variabele slachtpremie hadden genoten), zie arrest van 10 maart 1992, gevoegde zaken C-38/90 en C-151/90, Lomas, Jurispr. 1992, blz. I-1781, r. o. 27-30.

38 — Een onderscheid moet daarbij worden gemaakt tussen de zogenaamde *stelsels met vaste bijdragen* (vaak ook „defined contribution plans” of „money purchase schemes” genoemd) en de zogenaamde *stelsels met vaste uitkeringen* (ook „defined benefit plans” genoemd). In eerstgenoemde stelsels bestaat de uitkering uit de gekapitaliseerde som van — en is derhalve afhankelijk van — tevoren periodiek door de deelnemers gestorte bijdragen. In stelsels met vaste uitkeringen daarentegen is de grootte van de uitkering van tevoren (in de trustakte, statuten, polisvoorwaarden of andere algemene voorwaarden) in functie van het aantal dienstjaren vastgelegd, het weze als vast bedrag of als een percentage van het laatste loon van de werknemer. Terloops merk ik op dat de pensioenregelingen in Coloroll van dit tweede type zijn en dat blijkens het dossier de meeste bedrijfspensioenregelingen in Denemarken, Nederland en het Verenigd Koninkrijk, eveneens tot deze categorie behoren. Aangaande voornoemd onderscheid tussen bedrijfspensioenstelsels, zie onder meer P.-G. d’Herbais, *Mémento des retraités dans la C. E. E. Analyse comparée des régimes de base et complémentaires des salariés et des fonctionnaires*, Parijs, CERR, 1990, blz. 17 en 18; cf. ook, samen met andere categorisering, G. Tamburi en P. Mouton, „Problèmes de frontières entre régimes privés et régimes publics de pensions”, *Revue internationale du Travail*, 1986, (143), blz. 145 en 146.

18. Het komt mij voor dat ook het Hof in het arrest Barber, zij het impliciet, het onderscheid erkent tussen het opbouwen respectievelijk openvallen van een bedrijfspensioen. Aldus laat zich 's Hofs conclusie verstaan dat vervangende pensioenuitkeringen „voordelen zijn die de werkgever aan de werknemer betaalt uit hoofde van zijn dienstbetrekking”.³⁹ In de optiek van artikel 119 EEG-Verdrag zijn uitkeringen in het kader van een bedrijfspensioen immers te beschouwen als een vorm van „uitgestelde” beloning die de werknemer uit hoofde van de arbeid die hij voor één of meer werkgevers heeft gepresteerd, tijdens een bepaalde arbeidsperiode heeft *opgebouwd*.

Voornoemd onderscheid maakt overigens duidelijk wat het Hof in rechtsoverweging 44 van het Barber-arrest bedoelt met „pensioenrechten die vanaf de datum van dit arrest ontstaan”. Aangezien het de arbeid zelf en, desgevallend, de daaraan gekoppelde bijdragen zijn die de pensioenrechten van de werknemer en de daartegenover staande verplichtingen van de werkgever en/of van (de trustee van) de pensioenstelsels doen ontstaan, heeft het Hof hier duidelijk tijdvakken van arbeid van na 17 mei 1990 op het oog. Elke geslachtsdiscriminatie die op dit vlak na deze datum optreedt — met name door een verschillende pensioenleeftijd in aanmerking te nemen bij de berekening van bijdragen en/of ingevolge die bijdragen verschuldigde uitkeringen —, valt onder het verbod van artikel 119.

19. Het onderscheid tussen de opbouw van het pensioen (of het ontstaan van pensioenrechten) respectievelijk het openvallen van het pensioen (of het opeisbaar worden van

pensioenrechten) is mijns inziens eveneens van belang voor een goed begrip van wat het Hof in overweging 44 van het arrest Barber bedoelt, wanneer het van oordeel is dat „rechtssituaties waarvan alle gevolgen in het verleden zijn uitgewerkt” niet in het geding mogen worden gebracht. Deze passage letterlijk lezen, zoals sommige partijen in de bodemprocedure van de zaak Coloroll doen (namelijk Russell, Parker en Sharp), is uit den boze. Naar de letter begrepen, kan men inderdaad beweren dat de gevolgen van een bedrijfspensioen pas ten volle zijn uitgewerkt nadat het pensioen aan de (gepensioneerde) werknemer volledig werd uitbetaald. Uit een dergelijke lezing zou voortvloeien dat de door het Hof besliste temporele beperking van het arrest vrijwel geen betekenis zou hebben en dat het nuttig effect van de door het Hof aangebrachte beperking in verregaande mate zou verdwijnen.⁴⁰

Het onderscheid tussen het opbouwen en het openvallen van het pensioen biedt ook hier verduidelijking. Aangezien het de arbeid zelf en, desgevallend, de desbetreffende bijdragen zijn die de rechten en verplichtingen van werknemer en werkgever (en/of van de trustee van het pensioenstelsel) doen ontstaan, kan men geredelijk aannemen dat het Hof met de uitdrukking „rechtssituaties waarvan alle gevolgen in het verleden zijn uitgewerkt” situaties op het oog had waarin het recht op pensioen *reeds verworven was* uit hoofde van aan het arrest Barber voorafgaande tijdvakken van arbeid. Het ontstaan van een pensioenrecht op basis van een verstreken tijdvak van arbeid geeft inderdaad aanleiding tot een rechtstoestand waarvan de gevolgen

40 — Dat arresten van het Hof niet mogen worden uitgelegd op een wijze die hen elk nuttig effect ontnemt, bevestigde het Hof onder meer in het arrest van 2 maart 1989, zaak 359/87, Pinna II, Jurispr. 1989, blz. 585, r. o. 16; zie ook de conclusie van advocaat-generaal Lenz in deze zaak, in het bijzonder op blz. 605 en 606, punt 29, waarin rechtspraak wordt aangehaald waaruit blijkt dat een teleologische uitlegging van 's Hofs arresten gebruikelijk is.

39 — Arrest Barber, r. o. 28; zie hiervoor, punt 4.

in die zin zijn uitgewerkt dat de werknemer het op dat tijdvak van arbeid betrekking hebbende pensioenrecht definitief verworven heeft.

20. De reden waarom het Hof voor een beperking van zijn arrest tot de pensioenrechten zoals hiervoor begrepen heeft geopteerd, kan rechtstreeks in verband worden gebracht met de door het Hof uitdrukkelijk geuite wens, het financiële evenwicht van de vervangende pensioenstelsels niet retroactief te verstoren. Rechtszekerheid betekent in dit verband dat de hoegrootheid van deze rechten bepaald wordt op basis van de communautaire regel die gelding vond ten tijde van het tijdvak van arbeid op grond waarvan deze rechten *verworven* werden, dit wil zeggen artikel 119 zoals vóór het arrest Barber geïnterpreteerd.

Dit is allerm minst een novum in het gemeenschapsrecht. Op het gebied van de communautaire rechtspraak inzake socialezekerheidsregelingen kan een precedent worden aangehaald, namelijk het arrest Belbouab van 12 oktober 1978. Deze zaak had betrekking op verordening nr. 1408/71. Zij betrof een Algerijnse werknemer die vóór de Algerijnse onafhankelijkheid de Franse nationaliteit had genoten en als Frans onderdaan in Frankrijk en Duitsland had gewerkt. Toen hij in Duitsland een mijnwerkerspensioen aanvraagde, stootte hij op de weigering om de in Frankrijk vervulde verzekeringstijdvakken in aanmerking te nemen, en dit omdat hij niet meer voldeed aan het door artikel 2, lid 1, van de verordening opgelegde vereiste van nationaliteit van een Lid-Staat. Het Hof weerlegde als volgt de premisse van de verwijzende rechter als zou het nationaliteitsvereiste, gesteld door artikel 2, lid 1, van de verordening, betrekking hebben op de natio-

naliteit op het tijdstip van de *indiening van de pensioenaanvraag*:

„Overwegende dat de eerbiediging van het beginsel der rechtszekerheid — hetwelk onder meer verlangt dat elke feitelijke situatie behoudens uitdrukkelijke bepaling van het tegendeel als regel wordt beoordeeld volgens de op het desbetreffende tijdstip geldende bepalingen — vereist dat de [in artikel 2, lid 1, vervatte nationaliteitsvoorwaarde] aldus wordt verstaan, dat de hoedanigheid van onderdaan van een der Lid-Staten bestaat in de periode waarin de betrokkene arbeid verricht, de bijdragen voor de verzekeringstijdvakken betaalt *en de dienovereenkomstige rechten verwerft*.“⁴¹

Niet het moment waarop een pensioenaanvraag wordt te gelde gemaakt is derhalve doorslaggevend voor de toepassing van verordening nr. 1408/71, met name de daarin vervatte nationaliteitsvoorwaarde, maar *de tijdvakken van arbeid respectievelijk de verzekeringstijdvakken*: het zijn deze tijdvakken waarin de verzekeringsbijdragen betaald worden en, aldus expliciet het Hof in het arrest Belbouab, de dienovereenkomstige rechten — inclusief het recht op een wettelijk pensioen — worden verworven.⁴²

Een gelijkaardige toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel, ditmaal op het gebied van kinderbijslagen, biedt het arrest Pinna I. Van oordeel dat het toenmalige

41 — Arrest van 12 oktober 1978, zaak 10/78, Belbouab, Jurispr. 1978, blz. 1915, r. o. 7, cursivering van mij; cf. tevens arrest van 14 november 1990, zaak C-105/89, Bulhari Haji, Jurispr. 1990, blz. I-4211, r. o. 17. In de arresten Henck van 14 juli 1971 had het Hof reeds overwogen dat „het beginsel van de rechtszekerheid verlangt dat wordt uitgegaan van het bij toepassing van het omstreden voorschrift geldende recht (...)“; arresten in resp. zaak 12/71, Jurispr. 1971, blz. 743, r. o. 5; zaak 13/71, Jurispr. 1971, blz. 767, r. o. 5, en zaak 14/71, Jurispr. 1971, blz. 779, r. o. 5.

42 — Dit beginsel ligt ook reeds ten grondslag aan 's Hofs rechtspraak met betrekking tot verordening nr. 3: zie met name het arrest van 26 juni 1975, zaak 6/75, Horst, Jurispr. 1975, blz. 823, r. o. 8.

artikel 73, lid 2, van verordening nr. 1408/71 — dat inzake kinderbijslag, voor in Frankrijk werkzame werknemers, in een regeling voorzag die afweek van de in lid 1 van deze bepaling vervatte regeling voor andere Lid-Staten — ongeldig was, beperkte het Hof niettemin de werking in de tijd van zijn uitspraak. „Dwingende overwegingen van rechtszekerheid, verband houdende met alle op het spel staande belangen, zowel publieke als private”, stonden volgens het Hof eraan in de weg dat „de gezinsbijslagen die over de periodes voorafgaande aan de uitspraak van dit arrest zijn betaald, weer in geding worden gebracht”.⁴³ Concreet oordeelde het Hof dat op de ongeldigheid van de betrokken bepaling geen beroep kon worden gedaan „tot staving van aanspraken op uitkeringen over vóór de datum van dit arrest gelegen tijdvakken”.⁴⁴

21. *Voorgestelde interpretatie.* Op grond van het voorgaande moeten overweging 45 en punt 5 van het dictum van het arrest Barber, waarin het Hof stelt dat op artikel 119 geen beroep kan worden gedaan „om aanspraak te maken op een pensioen vanaf een tijdstip gelegen vóór dit arrest” (hiervoor, punt 5) aldus worden uitgelegd dat daaronder de aanspraak op een pensioen wordt verstaan dat verworven werd in verband met vóór de datum van het Barber-arrest gelegen tijdvakken van arbeid. Ik kies, met andere woorden, voor de hiervoor (punt 10) genoemde tweede interpretatie.

Deze interpretatie verstaat zich het best met de goede trouw van de werkgevers en

bedrijfspensioenstelsels. Met hun overtuiging dat naar geslacht verschillende voorwaarden inzake pensioenleeftijd toegelaten waren, moet immers rekening worden gehouden. Het Hof heeft dit in het arrest Barber met zoveel woorden erkend: in het licht van de uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling vervat in richtlijnen 79/7 en 86/378, mochten de Lid-Staten en de „belanghebbende kringen” „redelijkerwijze” aannemen „dat artikel 119 niet van toepassing was op pensioenen uit hoofde van een vervangende regeling en dat uitzonderingen op het beginsel van gelijkheid van mannelijke en vrouwelijke werknemers op dit gebied geoorloofd bleven”.⁴⁵

Dat de goede trouw van partijen, in het bijzonder van de werkgevers en de bedrijfspensioenstelsels, in acht wordt genomen, betekent dat zij vóór het arrest Barber, op grond van de overtuiging dat artikel 119 niet van toepassing was, pensioenen konden beloven en uitkeringen doen gebaseerd op een voor mannen en vrouwen verschillende pensioenleeftijd. Het *financieel evenwicht* van de betrokken pensioenstelsels kon vóór het arrest dan ook op deze grondslag worden gesteund. Slechts voor de tijdvakken van arbeid *na het arrest Barber* wisten de werkgevers dat bij het beheer van de bedrijfspensioenstelsels, en de berekening van de bijdragen daarvoor, rekening moest worden gehouden met een voor mannen en vrouwen gelijke pensioenleeftijd. Zou met hun goede trouw en die van de beheerders van de pensioenstelsels geen rekening worden gehouden, dan zou dat ernstige financiële problemen voor de pensioenstelsels meebrengen. Dit alles pleit ervoor dat aan de vóór de datum van het Barber-arrest aange-

43 — Arrest Pinna I, r. o. 28.

44 — Arrest Pinna I, r. o. 30; behalve, zo voegde het Hof eraan toe, door werknemers die reeds vóór deze datum een beroep in rechte hadden ingesteld of een daarmee gelijk te stellen bezwaar hadden doen gelden. Het Hof herhaalde zijn standpunt ter zake in het arrest van 13 november 1990, zaak C-99/89, Yáñez-Campoy, Jurispr. 1990, blz. I-4097, r. o. 18.

45 — Arrest Barber, r. o. 43.

gane verplichtingen en verrichte betalingen geen afbreuk zou worden gedaan.⁴⁶

22. Terloops wil ik erop wijzen dat de *derde interpretatie*, waarbij als doorslaggevend criterium het opvallen van het pensioen na 17 mei 1990 wordt voorgestaan (en zulks ongeacht de periode waarin de tijdvakken van arbeid waarop het pensioen betrekking heeft, zich situeren), mijns inziens in geen geval in aanmerking kan worden genomen. Zulks acht ik niet enkel onwenselijk gelet op de hiervoor aangegeven wijze waarop pensioenrechten worden opgebouwd, doch tevens omwille van de *kennelijke onbillijkheid* waartoe deze uitlegging voor talrijke werknemers zou leiden: geen enkele werknemer wiens bedrijfspensioen vóór voornoemde datum opeisbaar werd of voor het eerst werd uitgekeerd, zou dan op het beginsel van gelijke beloning aanspraak kunnen maken. Volstrekt gelijke situaties die van elkaar enkel verschillen doordat zij vóór dan wel na 17 mei 1990 tot uitkeringsgerechtigdheid leidden, zouden dan op sterk verschillende wijze behandeld worden.

De *vierde uitlegging* ten slotte gaat mijns inziens te ver. Zij houdt immers in geen enkel opzicht rekening met het financieel evenwicht van de bedrijfspensioenregelingen, zoals dit te goeder trouw werd opgebouwd op grond van berekeningsfactoren die van een verschillende pensioengerechtigde leeftijd van mannen en vrouwen uitgingen.

46 — Een gelijkaardig standpunt heeft het Hof herhaaldelijk ingenomen bij het ongeldig verklaren van handelingen van de instellingen: het heet dan dat omwille van „belangrijke overwegingen van rechtszekerheid” de nietigverklaring van de betrokken handeling niet kan afdoen aan de geldigheid van de tot de uitspraak van het betrokken arrest ter uitvoering van deze handeling verrichte betalingen en aangevane verplichtingen: zie arresten van 3 juli 1986, zaak 34/86, Raad/Parlement, Jurispr. 1986, blz. 2153, r. o. 48, en 31 maart 1992, zaak C-284/90, Raad/Parlement, Jurispr. 1992, blz. I-2277, r. o. 37.

23. De hier voorgestane interpretatie van de beperking in de tijd van de gevolgen van het arrest Barber valt goeddeels samen met diegene die wordt aangehouden door het protocol ad artikel 119 in bijlage bij het Europese Unieverdrag. Ik mag er overigens op wijzen dat, zo het Hof tot een ander besluit zou komen, zijn oordeel alleszins achterhaald zou zijn zodra het Unieverdrag van kracht wordt.

Op het protocol, dat aan het EEG-Verdrag zal worden gehecht, is immers de bepaling van artikel 239 van het Verdrag toepasselijk: zodra het Unieverdrag van kracht wordt, zal dit protocol een integrerend deel uitmaken van het EEG-Verdrag. Het heeft met andere woorden dezelfde rechtskracht als een verdragsbepaling.⁴⁷ Ik moge evenwel benadrukken dat het protocol er niet toe strekt een wijziging aan artikel 119 aan te brengen en dat het evenmin de rechtspraak van het Hof in vraag lijkt te stellen. Artikel B, vijfde streepje van het Unieverdrag bevestigt immers nadrukkelijk dat de Unie zich tot doel stelt „de volledige handhaving en verdere ontwikkeling van het acquis communautaire”, dit wil zeggen, het geheel van bestaande communautaire regelen zoals uitgelegd en toegepast door het Hof.⁴⁸ Ik kan in het protocol dan ook niet meer zien dan

47 — C. Vedder, „Artikel 239”, in *Grabitz Kommentar zum EWG-Vertrag*, München, Beck, blz. 2, nr. 5. Schending van een protocol komt dus neer op een verdragschending: M. Hilf, „Artikel 239”, in *Groeben-Thiesing-Ehlmann, Kommentar zum EWG-Vertrag*, IV, Baden-Baden, Nomos, 1991, blz. 5947, nrs. 7 en 8. Overigens worden protocollen in het internationaal verdragsrecht algemeen beschouwd als onderdelen van het Verdrag waaraan zij zijn toegevoegd: Myers, „The name and scope of Treaties”, *Am. J. Int. L.*, 1957, (574), 587; cf. overigens de definitie van „verdrag” in artikel 2, lid 1, sub a, van het Verdrag van Wenen inzake verdragsrecht van 21 mei 1969: „een internationale overeenkomst in geschrifte tussen Staten gesloten en beheerst door het volkenrecht, hetzij nedergelegd in een enkele akte, hetzij in twee of meer samenhangende akten, en ongeacht haar bijzondere benaming”.

48 — Zie ook artikel C van het Europese Unieverdrag, dat bepaalt dat het institutioneel kader van de Unie „het acquis communautaire in acht neemt en ontwikkelt”.

een *declaratoire inhoudsbepaling* die aan artikel 119 en de rechtspraak van het Hof wordt gegeven.⁴⁹

Geldt de uitspraak in het Barber-arrest alsmede de daarin voorziene beperking in de tijd, ook voor andere bedrijfspensioenregelingen dan degene geïmplementeerd in dat arrest?

24. In de zaak Coloroll vraagt het High Court het Hof ook of de beperking in de tijd van het Barber-arrest zich uitstrekt tot andere bedrijfspensioenregelingen dan de „contracted-out” bedrijfspensioenstelsels die in dit arrest aan de orde stonden (vraag 3), met andere woorden, of zij zich ook uitstrekt tot aanvullende of bovenwettelijke, en niet louter vervangende, pensioenen. Deze vraag ligt ook voor in de zaak Moroni, al strekt de vraagstelling van het Arbeitsgericht Bonn er in eerste instantie toe te vernemen of de uitspraak van het arrest Barber, met name op het punt van de onverenigbaarheid met artikel 119 van een naar geslacht verschillende leeftijd voor de aanspraakgerechtigdheid op een pensioen (zie hiervoor, punt 4), ook op de aldaar voorliggende bedrijfspensioenregeling toepasselijk is.

25. Beide vragen zijn met elkaar verweven en houden mijns inziens vooral verband met de draagwijdte die moet worden gegeven aan het Bilka-arrest van 1986. Ik herinner eraan dat het Hof in dit arrest besloot dat uitkeringen in het kader van een in een Duitse onderneming geldende bedrijfspensioenregeling voordelen in de zin van artikel 119 uitmaken (supra, punt 3).

Volgens de verweerders in de bodemprocedure van Coloroll, andere dan Broughton en de Coloroll Group, heeft het Hof in het Bilka-arrest waarin een niet-vervangende bedrijfspensioenregeling aan de orde was, de gehele situatie van dergelijke pensioenregelingen op het oog gehad. Met andere woorden, dat arrest betrof volgens die partijen niet alleen het punt van de *uitsluiting* van werknemers aangesloten bij niet-vervangende bedrijfspensioenregelingen — waarover het in die zaak specifiek ging — maar betrof ook het punt van de *aanvangsdatum* van het pensioen bij dergelijke bedrijfspensioenregelingen. Aangezien het punt van de aanvangsdatum voor niet-vervangende bedrijfspensioenregelingen dienvolgens reeds in het Bilka-arrest en dus lang vóór het Barber-arrest was beslecht geworden, dient de in het arrest Barber aangebrachte beperking in de tijd, volgens hen, geen toepassing te vinden op niet-vervangende bedrijfspensioenregelingen.

Broughton, de Coloroll Group, de Britse regering en, in zaak Moroni, de Duitse regering, zijn daarentegen de mening toegedaan dat de draagwijdte van het Bilka-arrest wel degelijk beperkt is tot het punt van de uitsluiting van werknemers aangesloten bij niet-vervangende bedrijfspensioenregelingen. Anders dan de Duitse regering echter menen de drie andere interveniënten dat het arrest Barber, met inbegrip van de daarin voorziene beperking in de tijd, voor wat betreft de aanvangsdatum van het pensioen — waarover het in die zaak specifiek ging — voor alle bedrijfspensioenregelingen geldt, voor vervangende zowel als niet-vervangende.

49 — Zie, in dezelfde zin, S. Prechal, „Bommen ruimen in Maastricht”, *Nederlands Juristenblad*, 1992, (349), blz. 354.

26. Ik ben het met Broughton, de Coloroll Group en de Britse regering eens dat de uitspraak in het arrest Barber, met inbegrip van de daarin voorziene tijdsbeperking, toepasselijk is op *alle bedrijfspensioenregelingen*, ongeacht het type waartoe zij behoren.

In Bilka heeft het Hof zich mijns inziens slechts uitgesproken over de vraag of een bedrijfspensioenregeling van het type dat in het geding stond — namelijk een contractueel opgezette en uitsluitend door de werkgever gefinancierde bedrijfsregeling die na overleg binnen de betrokken onderneming was vastgesteld — binnen de werkingssfeer van artikel 119 komt, en over de vraag of de uitsluiting van deeltijdwerknemers (voornamelijk vrouwen) van dergelijke regeling een met deze bepaling strijdige discriminatie is. Op beide vragen antwoordde het Hof positief. Pas in het arrest Barber heeft het Hof zich ook ingelaten met het geoorloofd karakter van een, inzake de aanvang van het pensioen, naar geslacht verschillende leeftijd voor (in dat geval vervangende) bedrijfspensioenregelingen (zie hiervoor, punt 4).

pensioen, op een algemene, voor alle bedrijfspensioenregelingen geldende manier heeft behandeld en dat de in het arrest voorziene beperking in de tijd bijgevolg ook op andere dan vervangende pensioenregelingen toepasselijk is. Voor een onderscheid tussen vervangende en niet-vervangende pensioenregelingen vind ik immers geen houvast in het dictum van het Barber-arrest, nu uit de punten 3 en 5 daarvan nergens een beperking blijkt tot alleen maar bedrijfspensioenregelingen van het vervangende type. Een dergelijk onderscheid zou bovendien economisch tot willekeurige distorsies leiden tussen de respectieve pensioenstelsels. Overigens, indien het Hof zich in het Bilka-arrest ook over de aanvangsdatum van het pensioen bij niet-vervangende pensioenregelingen had uitgesproken, had het mijns inziens ook de uitwerking van dat arrest in de tijd beperkt, liever dan daaraan, zoals nu, terugwerkende kracht te geven tot 8 april 1976, dit is de datum waarop het Hof in Defrenne II aan artikel 119 rechtstreekse werking heeft toegekend.⁵⁰ Het gevolg van dit alles zou dan zijn dat, voor wat betreft de aanvangsdatum van het pensioen, artikel 119 al dan niet met een retroactiviteit van meer dan veertien jaar zou worden toegepast naargelang de betrokken bedrijfspensioenregeling een niet-vervangend dan wel een vervangend karakter vertoont. De financiële gevolgen van een dergelijke interpretatie zouden catastrofaal zijn voor Lid-Staten waar aanvullende, dit zijn niet-vervangende bedrijfspensioenregelingen veel voorkomen. Zulks kan niet de bedoeling van het Hof zijn geweest.

Ofschoon dat arrest ging over een vervangende bedrijfspensioenregeling, meen ik dat het Hof het aldus in die zaak aan de orde staande punt van de aanvangsdatum van het

50 — Het Hof zou inderdaad krachtens zijn eigen rechtspraak (hiervoor, punt 13) niet de mogelijkheid hebben om thans de gevolgen in de tijd van het Bilka-arrest te beperken. Voor een geval waarin het Hof weigerde een dergelijke beperking in de tijd aan te brengen met betrekking tot een voorgaand arrest, zie het arrest Barra, aangehaald in voetnoot 25, r. o. 14.

Is het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële berekeningselementen in strijd met artikel 119 van het Verdrag?

dit laatste geval ontvangen mannen, onder voor het overige gelijke omstandigheden, een lagere som dan vrouwen.

27. *De stellingen van partijen.* In de zaken Neath (vraag 3-b) en Coloroll (vraag 4) wordt de vraag opgeworpen of het verenigbaar is met artikel 119 EEG-Verdrag dat de ingevolge een pensioenregeling gedane uitkeringen worden berekend aan de hand van actuariële berekeningselementen, in het bijzonder actuariële veronderstellingen omtrent de verschillende levensverwachting van man en vrouw, die leiden tot voor mannen en vrouwen verschillende uitkomsten.

28. De Commissie is daarentegen van oordeel dat het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen individueel, en niet per categorie, moet worden toegepast. Het feit dat vrouwen in het algemeen langer leven dan mannen zou geen enkele betekenis hebben voor de levensverwachting van een bepaald individu, en het zou niet aanvaardbaar zijn dat een individu gepenaliseerd wordt door veronderstellingen waarvan het niet zeker is dat zij in zijn specifiek geval zullen blijken juist te zijn. Daarenboven bestaan er talrijke risicofactoren die niet in acht worden genomen: risico's verbonden aan een beroepsuitoefening, rookgedrag, gezondheid enzovoorts. Ten slotte zou er voor pensioenstelsels geen technische nood bestaan aan een onderscheid gebaseerd op levensverwachtingen: sommige pensioenstelsels, en alle staatspensioenstelsels, hanteren een systeem van compensatie van risico's, dat verschillen in de vermoedelijke levensduurte van mannen en vrouwen dekt.⁵¹ Het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten zou een gelijkaardige discriminatie in pensioenstelsels onverenigbaar hebben verklaard met de Civil Rights Act 1964. De Commissie besluit hieruit dat, gegeven hun strijdigheid met artikel 119 van het Verdrag, werkgevers noch trustees zich kunnen beroepen op verschillende actuariële berekeningselementen ter rechtvaardiging van een proportioneel grotere vermindering van het pensioen van een man dan dat van een vrouw bij voortijdige pensionering, ter rechtvaardiging van een kleiner kapitaalbedrag voor

De pensioenfondsen en-beheerders, alsook de meeste interveniërende Lid-Statens, betogen dat zulks volkomen normaal is. Deze actuariële berekeningselementen zouden gebaseerd zijn op betrouwbare en objectieve statistische gegevens in verband met de levensverwachtingen na de pensioenleeftijd. Aangezien die gegevens van geslacht tot geslacht verschillen — vrouwen leven gemiddeld langer, en nemen derhalve gemiddeld langer hun pensioen op, dan mannen — zouden actuariële factoren van essentieel belang zijn voor de waardering van de door een pensioenstelsel aangegane verbintenissen en bijgevolg voor de structurering van de financiering van het gehele pensioenstelsel. Het in acht nemen van de actuariële gegevens — overigens een algemeen aanvaarde praktijk in (contractuele) voorzieningsstelsels — zou dus een rechtstreekse, en volledig legitieme, invloed uitoefenen op het bedrag van de rechten die overdraagbaar zijn naar een ander stelsel alsmede op de bedragen van de vervangingsuitkeringen (d. i. wanneer een aangeslotene opteert voor een kapitaal in plaats van voor een periodiek pensioen): in

51 — Deze argumenten werden door de Commissie reeds naar voren geschoven in de memorie van toelichting van 29 april 1983 bij het voorstel dat tot richtlijn 86/378 zou leiden: COM(83) 217 final, blz. 7 en 8.

mannen dan voor vrouwen zo daarvoor gekozen wordt, of ter rechtvaardiging van een onderscheiden mate van vermindering van het pensioen nodig om een weduwen- of weduwnaarspensioen uit te keren aan een rechthebbende. Hetzelfde zou gelden voor de betaling van een kapitaalsom aan de trustee van een ander pensioenstelsel nadat een werknemer van werk is veranderd, aangezien ook deze trustee ten aanzien van die werknemer het beginsel van gelijke beloning moeten naleven. Slechts indien het kapitaalbedrag betaald is aan een verzekeringsmaatschappij of een andere derde die volledig vreemd is aan de arbeidsverhouding en derhalve niet door artikel 119 gebonden is, zou men deze onderneming of derde niet kunnen verbieden verschillende leeftijdstabellen voor mannen en vrouwen te gebruiken.

29. *Communautaire wetgeving en rechtspraak.* Laat mij, alvorens stelling te nemen, het vraagstuk van de actuariële berekeningsfactoren gemeenschapsrechtelijk situeren. Wat de communautaire wetgeving betreft, is er richtlijn 86/378. In tegenstelling tot het oorspronkelijke richtlijnvoorstel van de Commissie, dat uitdrukkelijk verbood het bedrag van prestaties respectievelijk van premievoeten vast te stellen met inachtneming van „verschillende actuariële of andere berekeningselementen met betrekking tot morbiditeit, mortaliteit of levensverwachting”⁵², bevat de richtlijn verscheidene uitzonderingen op de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling in ondernemings- en sectoriële sociale-zekerheidsregelingen, uitzonderingen die verband houden met het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële

berekeningselementen. Duidelijkheidshalve geef ik deze uitzonderingen weer:

- artikel 9, sub c, bepaalt dat, in afwijking van het door artikel 6, lid 1, sub i, eerste alinea, opgelegde verbod om naar geslacht uiteenlopende niveaus vast te stellen voor de *premies of bijdragen van werknemers*, de Lid-Staten de tenuitvoerlegging van het gelijke behandelingsprincipe op dit punt mogen uitstellen „om rekening te houden met de verschillende actuariële berekeningselementen”, en zulks uiterlijk tot dertien jaar na kennisgeving van de richtlijn, dit wil zeggen, tot 30 juli 1999;
- artikel 6, lid 1, sub h, staat toe naar geslacht uiteenlopende niveaus voor de *prestaties* vast te stellen voor zover nodig om rekening te houden met actuariële berekeningselementen die voor de twee geslachten verschillen bij prestaties die als door de premies of bijdragen bepaald worden beschouwd⁵³;
- luidens artikel 6, lid 1, sub i, tweede alinea, mogen naar geslacht uiteenlopende niveaus worden vastgesteld voor de *premies of bijdragen van werkgevers* bij prestaties die kunnen geacht worden door de premies of bijdragen te zijn bepaald⁵⁴ „wanneer het erom gaat de bedragen van deze prestaties nader tot elkaar te brengen”;
- krachtens artikel 6, lid 1, sub d, kunnen, voor zover bepaald onder sub h en i, naar

52 — Artikel 6, lid 1, sub h en i, van het Commissievoorstel van 5 mei 1983, PB 1983, C 134, blz. 7. De Commissie vond onder meer steun voor deze benadering bij het Europees Parlement: zie het verslag van H. Peeters namens de Commissie voor sociale aangelegenheden en tewerkstelling van 12 maart 1984, Parlement Européen, Documents de séance, 1983-1984, doc. 1-1502/83 (PE 87/755/def.), blz. 10.

53 — Met de uitdrukking „die door de premies of bijdragen bepaald worden beschouwd” wordt verwezen naar de zogenaamde stelsels met vaste bijdragen; zie daarover hiervoor, voetnoot 38.

54 — Zie voorgaande voetnoot.

geslacht uiteenlopende regels worden vastgesteld ten aanzien van de *terugbetaling van premies of bijdragen* wanneer de aangeslotene uit de regeling treedt zonder te voldoen aan de voorwaarden die hem een uitgesteld recht op de prestaties op lange termijn waarborgen;

- artikel 6, lid 1, sub j, ten slotte gedooft, voor zover bepaald in sub h en i, het vaststellen van verschillende normen of uitsluitend voor de personen van een bepaald geslacht geldende normen met betrekking tot de *garantie of het behoud van het recht op uitgestelde prestaties* wanneer de aangeslotene de regeling verlaat.

De communautaire wetgeving bevat derhalve een vijftal belangrijke beperkingen op de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling die met actuariële berekeningsfactoren verband houden, waarvan vier zonder enige beperking in de tijd.⁵⁵ Zij hebben betrekking nu eens op premies of bijdragen van hetzij werknemers, hetzij werkgevers, dan op uitbetaling van prestaties of terugbetaling van premies of bijdragen.

30. Wat betreft de verhouding tussen actuariële berekeningsfactoren en het beginsel van gelijke behandeling, bestaat voornamelijk

geen communautaire *rechtspraak*.⁵⁶ Wel valt andermaal het arrest Barber in acht te nemen, waar het Hof, in het belang van een doeltreffende rechterlijke controle op de naleving van het beginsel van gelijke behandeling⁵⁷, uitdrukkelijk bevestigde dat

„de toepassing van het beginsel van gelijke beloning moet worden verzekerd ten aanzien van elk onderdeel van de beloning en niet slechts door de aan de werknemers toegekende voordelen in hun totaliteit te beoordelen”.⁵⁸

Het is precies deze passage uit het arrest waarop de Commissie zich beroept om te betogen dat het in artikel 119 vervatte discriminatieverbod zich uitstrekt tot elk aspect van een bedrijfspensioenregeling, met inbegrip van de actuariële berekeningsfactoren.⁵⁹ Voorts moet volgens de Commissie met de hogervernoemde uitzonderingen van richtlijn 86/378 geen rekening worden gehouden, aangezien het Hof in de arresten Bilka en Barber zou hebben bevestigd dat artikel 119, voor wat de werknemer betreft, rechtstreeks toepasselijk is op de voorwaarden van een bedrijfspensioenregeling.

55 — Deze uitzonderingen zijn op kritiek gestoten van verscheidene auteurs, welke onder meer hun twiifel uitspreken over de verenigbaarheid van de uitzonderingen met artikel 119 van het Verdrag: zie D. Curtin, „Occupational pension schemes and Article 119: beyond the fringe?”, *C. M. L. Rev.*, 1987, (215), blz. 225-229; E. Ellis, *European Community Sex Equality Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, blz. 56 en 57; A. Laurent, „Les CE éliminent des discriminations fondées sur le sexe dans les régimes professionnels de sécurité sociale”, *Revue internationale du Travail*, 1986, (753), blz. 759-761; S. Prechal en N. Burrows, *Gender discrimination law of the European Community*, Aldershot, Dartmouth, 1990, blz. 280-282.

56 — Ik mag hierbij buiten beschouwing laten de rechtspraak welke het Hof en het Gerecht in ambtenarenzaken hebben ontwikkeld met betrekking tot de inachtneming van elders verworven pensioenrechten, met name de actuariële tegenwaarde van deze rechten, in hoofdzaak van personeelsleden van gemeenschapsinstellingen: cf. onder meer arresten van 6 oktober 1983, gevoegde zaken 118/82-123/82, Celant e. a., *Jurispr.* 1983, blz. 2995; 9 november 1989, gevoegde zaken 75/88, 146/88 en 147/88, Bonazzi-Bertottoli e. a., *Jurispr.* 1989, blz. 3599, en 14 februari 1990, zaak C-137/88, Schneemann e. a., *Jurispr.* 1990, blz. I-369.

57 — Zie r. o. 33 en 34 van het Barber-arrest.

58 — Arrest Barber, r. o. 35 en punt 3 van het dictum.

59 — Of aan die passage wel degelijk een zodanig verreikende betekenis moet worden gegeven, wil ik hier in het midden laten. In de geciteerde passage ging het namelijk over voordelen van verschillende aard die naargelang van de omstandigheden aan mannelijke en vrouwelijke werknemers werden toegekend. Aan de rechter werd gevraagd al die voordelen in globo te beoordelen, een taak die hij moeilijk aankon. In casu gaat het evenwel niet over verschillende loononderdelen maar over de actuariële berekeningswijze van één loononderdeel.

31. *Principiële toepasselijkheid van het discriminatieverbod.* Zodoende wordt men meteen met de vraag geconfronteerd welke communautaire regel op onderhavige problematiek toepassing vindt, namelijk artikel 119 van het Verdrag of richtlijn 86/378. De afbakening tussen de werkingssfeer van eerstgenoemde bepaling en deze van de Raadsrichtlijnen die ertoe strekken het beginsel van gelijke behandeling ten uitvoer te leggen, is steeds delicaat geweest. Bondig uitgedrukt, komt de rechtspraak van het Hof erop neer dat, wanneer een geschil reeds door uitlegging van artikel 119 kan worden opgelost, enkel deze bepaling communautair relevant is.⁶⁰ De richtlijnen ter tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling spelen met andere woorden slechts voor zover zij de werking van artikel 119 *aanvullen* respectievelijk *uitbreiden*⁶¹; zij kunnen evenwel geenszins de inhoud of reikwijdte van dit artikel veranderen of beperken.⁶² De omstandigheid dat richtlijn 86/378, in verband met de inachtneming van naar geslacht verschillende actuariële berekeningsfactoren, uitzonderingen aanbrengt op het principe van gelijke behandeling (hiervoor, punt 29), kan derhalve geen reden zijn om deze uitzonderingen, bij wijze van analogie, ook toepasselijk te achten op het in artikel 119 besloten principe van gelijke behandeling. Uitzonderingen op de draagwijdte van artikel 119 moeten uit dat artikel zelf voortspuiten.

32. Wat dit laatste betreft, namelijk de draagwijdte die toekomt aan het in artikel 119 vervatte discriminatieverbod, houdt het Hof er sedert Defrenne II een vaste rechtspraak op na, die ook in het arrest Barber werd bevestigd:

„(...) binnen de algemene werkingssfeer van artikel 119 moet worden onderscheiden tussen enerzijds rechtstreekse en openlijke discriminaties, die reeds met behulp van de in genoemd artikel vermelde criteria voor gelijke arbeid en gelijke beloning als zodanig zijn te herkennen, en anderzijds zijdelingse en verkapte discriminaties, die slechts met behulp van verduidelijkende — communautaire dan wel nationale — toepassingsbepalingen kunnen worden opgespoord”.⁶³

De rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 119 geldt derhalve enkel voor vormen van discriminatie die reeds als zodanig *door de nationale rechter*⁶⁴ kunnen worden vastgesteld met behulp van de in dit artikel genoemde criteria „gelijke arbeid” en „gelijke beloning”.⁶⁵ In Defrenne II verduidelijkte het Hof dat dit het geval is voor discriminaties die de rechter op grond van een

60 — Een duidelijke illustratie daarvan vindt men in het arrest Macarthys: ofschoon de verwijzende rechter aan het Hof vooral vragen omtrent de draagwijdte van richtlijn 75/117/EEG had voorgelegd, oordeelde het Hof dat het geschil volledig door uitlegging van artikel 119 kon worden opgelost; cf. r. o. 17 van dit arrest.

61 — Zo valt aan te stippen dat richtlijn 86/378 een ruimere werkingssfeer *ratione personae* heeft dan artikel 119, aangezien zij krachtens haar artikel 3 tevens van toepassing is op zelfstandigen. *Ratione materiae* geldt de richtlijn onder meer voor alle ondernemings- en sectoriële regelingen die bescherming bieden tegen de eventualiteiten van ziekte, invaliditeit, ouderdom, arbeidsongevallen en beroepsziekten en werkloosheid (artikel 4, sub a).

62 — Cf., met betrekking tot richtlijn 75/111, het arrest Jenkins, r. o. 22, en arrest van 3 december 1987, zaak 192/85, Newstead, Jurispr. 1987, blz. 4753, r. o. 20. Dit werd door het Hof ook uitdrukkelijk in r. o. 11 van het Barber-arrest bevestigd.

63 — Arrest Defrenne II, r. o. 18.

64 — De verwijzing naar „de rechter” komt het eerst voor in het arrest Macarthys, r. o. 10; zie ook arresten Worringham, r. o. 23, en Jenkins, r. o. 17. In r. o. 38 van het arrest Barber spreekt het Hof van „de nationale rechter”.

65 — Arresten Macarthys, r. o. 10; Worringham, r. o. 23; Jenkins, r. o. 17, en Barber, r. o. 37.

zuiver *juridische analyse* op het spoor kan komen, met name die welke hun oorsprong vinden in wettelijke bepalingen of collectieve arbeidsovereenkomsten⁶⁶, en voor discriminaties in situaties waarin de rechter in de gelegenheid is *alle feitelijke gegevens vast te stellen* om te beoordelen of zich loon-discriminatie voordoet, met name in het geval van ongelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke arbeid in eenzelfde (openbare of particuliere) onderneming of dienst.⁶⁷

Ofschoon volgens het Hof de volledige verwezenlijking van de economische en sociale doelstellingen van artikel 119⁶⁸ daarnaast ook vergt dat alle andere geslachtsdiscriminaties worden opgeheven, acht het daartoe meer gedetailleerde communautaire of nationale wettelijke regelen nodig:

„dat immers niet valt te ontkennen dat de volledige verwezenlijking van de doelstelling van artikel 119 door afschaffing van alle, rechtstreekse zowel als zijdelingse, discriminaties tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers, niet slechts in afzonderlijke ondernemingen, maar in gehele bedrijfstakken en zelfs in de economie in het algemeen, in bepaalde gevallen de vaststelling van criteria kan inhouden, waarvoor de tussenkomst

van passende communautaire en nationale maatregelen is vereist”.⁶⁹

33. Toegepast op de problematiek der actuariële berekeningselementen, leidt deze jurisprudentie tot het volgende. In bepaalde gevallen, zoals in de zaak Moroni (hiervoor, punt 7), vloeit ongelijke behandeling tengevolge van het gebruik van verschillende actuariële factoren op het stuk van prestaties (met name bij vervroegde pensioenaanspraak) voort uit een *wettelijke* regeling. In andere, zoals in de zaken Neath (hiervoor, punt 8) en Coloroll (punt 9), doen zich op actuariële berekenings-elementen gebaseerde verschillen voor bij overdrachtsbetalingen respectievelijk kapitaaluitkeringen tengevolge van de *contractuele* voorwaarden van de bedrijfspensioenstelsels in kwestie, en dit zelfs in pensioenregelingen waarbij uitsluitend mannelijke werknemers zijn aangesloten (zaak Coloroll, punt 9).

In al deze gevallen is het evenwel voor de nationale rechter mogelijk het bestaan van een ongelijke behandeling vast te stellen op grond van een zuiver juridische analyse: de actuariële berekenings-elementen zijn immers vervat in een wettelijke regel of maken deel uit van de voorwaarden van een bedrijfspensioenregeling (als vervat in de trustakte, statuten of algemene voorwaarden) en zijn duidelijk op niets anders gesteund dan op het

66 — Arrest Defrenne II, r. o. 21.

67 — Arresten Defrenne II, r. o. 22 en 23; Macarthys, r. o. 10; Worringham, r. o. 23, en Jenkins, r. o. 17.

68 — Over deze doelstellingen, zie het arrest Defrenne II, r. o. 8-12.

69 — Arrest Defrenne II, r. o. 19. Dat de vraag naar de reikwijdte van de directe werking van artikel 119 in essentie afhangt van het criterium of de ongelijke behandeling kan worden vastgesteld op grond van een zuiver juridische analyse van de omstandigheden van het geval, en niet zozeer afhangt van het criterium of „rechtstreekse” dan wel „zijdelingse”, „openlijke” dan wel „verkapte” discriminaties voorliggen, werd overtuigend aangevoerd door advocaat-generaal VerLoren Van Themaat in zijn conclusie in de zaak Burton, Jurispr. 1982, blz. 582, nr. 2.6, onder verwijzing naar het arrest Jenkins.

onderscheid tussen mannen en vrouwen.⁷⁰ Bovendien kan de discriminatie door de rechter worden vastgesteld aan de hand van de in artikel 119 vervatte criteria van gelijke arbeid en gelijke beloning: wanneer de pensioenuitkering, kapitaalluitkering of overdrachtsbetaling waarop een mannelijke (of vrouwelijke) werknemer aanspraak kan maken lager is dan diegene waarop een vrouwelijke (of mannelijke) werknemer recht heeft, is er in de orthodoxie van 's Hofs rechtspraak sprake van een ongelijke *beloning* van de werknemers van het ene geslacht ten opzichte van die van het andere geslacht.⁷¹ Als besluit moet derhalve gelden dat het in aanmerking nemen van naar geslacht verschillende actuariële berekenings-elementen, *althans voor zover* deze resulteren in voor mannelijke en vrouwelijke werknemers verschillende bijdragen of uitkeringen (zie hierna, punt 34), een ongelijke behandeling naar geslacht uitmaakt dewelke in *beginsel* verboden is door artikel 119.⁷²

34. *Mogelijke rechtvaardigingsgronden.* Niettemin rijst de vraag of voor deze ongelijke behandeling een objectieve reden kan worden aangewezen waardoor zij naar gemeenschapsrecht kan worden gerechtvaardigd. Een dergelijke reden zou te vinden zijn, zo is van verschillende zijden betoogd, in objectief bepaalbare verschillen in de gemiddelde levensverwachting tussen mannen en vrouwen.

Vooraleer daarop in te gaan, wil ik de aandacht vestigen op het aan het eind van

het vorige nummer geformuleerde voorbehoud. Met de Britse en Nederlandse regering ga ik namelijk in zoverre akkoord, dat het gebruik van geslachtsgebonden actuariële berekeningselementen met het oog op de raming van de financiële verbintenissen van een pensioenstelsel, niet als zodanig door artikel 119 wordt verboden. Anders gezegd: artikel 119 laat zich niet in met de financieringswijze van een bedrijfspensioenregeling, voor zover deze niet resulteert in een ongelijke beloning van de werknemers van het ene geslacht ten opzichte van die van het andere. Anders dan de Britse regering — wier opvatting op dit punt trouwens afwijkt van de Nederlandse regering — meen ik evenwel dat, indien het gebruik van dergelijke actuariële factoren leidt tot verschillende *werknemersbijdragen* en/of tot verschillende *uitkeringen*⁷³ — het weze als overdrachtsbetaling, kapitaalluitkering of als verlaagd pensioen bij vroegtijdige pensionering —, artikel 119 onverkort toepasselijk is (cf. hiervoor, punt 33).

35. Ik kom dus nu bij de vraag of verschillen in gemiddelde levensverwachting tussen mannen en vrouwen het hanteren van op het geslacht gebaseerde actuariële factoren bij de berekening van werknemersbijdragen en uitkeringen in bedrijfspensioenstelsels kunnen *rechtvaardigen*. Het is juist dat vrouwen, als groep, langer blijken te leven dan mannen. Het staat echter eveneens vast dat niet alle individuele mannen en vrouwen aan de gemiddelde kenmerken van hun geslachts-

70 — Cf. dienaangaande, met betrekking tot de in de Barber-zaak voorliggende geslachtsdiscriminatie met betrekking tot de toegangsvoorwaarden, met name het leeftijdsvereiste, in de pensioenregeling van Guardian, mijn conclusie in die zaak, Jurispr. 1990, blz. I-1934 en 1935, punt 47.

71 — Cf. arrest Barber, r. o. 38.

72 — Voor voorbeelden van andere, meer indirecte discriminaties in bedrijfspensioenstelsels, zie D. Curtin, *art. cit.*, C. M. L. Rev., 1987, blz. 216.

73 — Indien het pensioenstelsel ook door werkgevers-en/of overheidsbijdragen wordt gefinancierd, kan voor de berekening van die bijdragen mijns inziens rekening worden gehouden met geslachtsgebonden actuariële factoren voor zover daaruit voortvloeiende verschillen op generlei wijze tot een verschillende belasting inzake bijdragen van mannelijke en vrouwelijke werknemers leiden en de met behulp van die bijdragen aan mannen en vrouwen gedane uitkeringen evenmin discriminerend zijn.

groep beantwoorden: vele vrouwen leven korter dan de gemiddelde man, en vele mannen leven langer dan de gemiddelde vrouw. Kernvraag is derhalve of een discriminatie in de zin van artikel 119 voorligt wanneer mannelijke en vrouwelijke werknemers niet als individu, maar als *groep* worden behandeld en hieruit voor *individuele* mannelijke of vrouwelijke werknemers een ongelijke behandeling voortvloeit.

Naar mijn mening moet het antwoord bevestigend luiden: ofschoon artikel 119 — anders dan zijn Amerikaanse tegenpool, de Civil Rights Act van 1964, welke expliciet gericht is op gelijke behandeling van het *individu*, los van de geslachtsgroep waarvan het deel uitmaakt⁷⁴ — de toepassing van het beginsel van gelijke beloning in algemene bewoordingen oplegt voor „mannelijke en vrouwelijke werknemers”, streeft ook deze norm ernaar de werknemer met betrekking tot zijn recht op gelijk loon voor gelijke arbeid als *individu* te behandelen, en niet louter als lid van deze of gene geslachtsgroep.⁷⁵ Immers, zoals het Hof in het arrest Murphy bevestigde, ligt aan artikel 119 het beginsel ten grondslag dat aan een werknemer van een bepaald geslacht die arbeid verricht van gelijke waarde als die welke door een werknemer van een ander geslacht wordt verricht, op grond van diens geslacht geen lager loon mag worden

betaald.⁷⁶ Het loutere feit dat, in het algemeen, vrouwen gemiddeld langer leven dan mannen, kan derhalve geen afdoende reden zijn om tot een verschillende behandeling op het stuk van bijdragen en uitkeringen in verband met bedrijfspensioenen te besluiten.

36. Ik kan het voorgaande ook nog anders uitdrukken. Een ongelijke behandeling van mannen en vrouwen kan gerechtvaardigd zijn, en derhalve geen ongeoorloofde discriminatie uitmaken, indien het verschil in behandeling steunt op objectieve verschillen die relevant zijn, dit wil zeggen daadwerkelijk verband houden met het voorwerp van de regeling welke een ongelijke behandeling inhoudt. In dat opzicht zou ik mij bij voorbeeld kunnen inbeelden dat factoren die een rechtstreeks impact hebben op de levensverwachting van een bepaald individu, zoals risico's verbonden aan de uitoefening van een bepaald beroep, rook-, eet- en drinkgewoonten enzovoorts, in aanmerking zouden worden genomen, als dit technisch mogelijk is, om individuele verschillen in bijdragen en/of uitkeringen te rechtvaardigen. Voor verschillen in de gemiddelde levensverwachting tussen mannen en vrouwen ligt dat evenwel anders. Deze verschillen houden geen verband met de levensverwachting van een bepaald individu en zijn dus niet relevant voor de berekening van de bijdragen en/of uitkeringen die aan dat individu mogen worden toegerekend.

37. Dat het voorgaande ertoe leidt, zoals de Deense regering opmerkt, dat zich een

74 — De Civil Rights Act verbiedt onder meer „to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's (...) sex”: 42 USC § 2000e-2(a)(1).

75 — Zie, in dezelfde zin, D. Curtin, „Scalping the Community legislator: occupational pensions and „Barber”, C. M. L. Rev., 1990, (475), blz. 495.

76 — Arrest van 4 februari 1988, zaak 157/86, Jurispr. 1988, blz. 673, r. o. 9; cf. ook de conclusie van advocaat-generaal Lenz in deze zaak, Jurispr. 1988, blz. 684, punt 12.

herverdeling opdringt tussen de twee geslachten, zodat het ene geslacht de facto mede de pensioenuitkeringen aan het andere geslacht „subsidieert”, acht ik geen overtuigend bezwaar. Ter ontkrachting van deze opwerping moge ik verwijzen naar het arrest *City of Los Angeles, Department of Water and Power v Manhart* van het Amerikaanse Hooggerechtshof, waarin dat Hof een gelijkwaardig argument als volgt verwierp:

„(...) when insurance risks are grouped, the better risks always subsidize the poorer risks. Healthy persons subsidize medical benefits for the less healthy; unmarried workers subsidize the pensions of married workers; persons who eat, drink, or smoke to excess may subsidize pension benefits for persons whose habits are more temperate. Treating different classes of risks as though they were the same for purposes of group insurance is a common practice which has never been considered inherently unfair. To insure the flabby and the fit as though they were equivalent risks may be more common than treating men and women alike; but nothing more than habit makes one 'subsidy' seem less fair than the other.”⁷⁷

Ook de door de Deense regering uitgedrukte vrees dat werknemers die beseffen dat hun bijdragen voor een deel ook aan werknemers van het andere geslacht ten goede komen,

zich niet bij dergelijke stelsels zullen willen aansluiten, lijkt mij ongegrond, tenminste voor zover wordt aangenomen dat het verbod van artikel 119 zich uitstrekt tot *alle* bedrijfspensioenregelingen, ongeacht de juridische vorm welke deze aannemen (zie ook hierna, punten 62-63).

38. Door sommige partijen wordt, ter rechtvaardiging van het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële berekenings-elementen bij het bepalen van werknemersbijdragen dan wel pensioenuitkeringen, de nood tot handhaving van het *financieel evenwicht* van de bedrijfspensioenstelsels ingeroepen. Vooral de Britse regering tracht het Hof daarvan te overtuigen. Haar argumentatie loopt als volgt: het feit dat vrouwen gemiddeld langer leven dan mannen is een essentieel element om het financieel passief van dergelijk stelsel te ramen, aangezien zij naar veronderstelling gedurende een langere periode van hun pensioen genieten dan hun mannelijke collega's. Daaruit vloeien voor een stelsel noodzakelijk ongelijke kosten voort naargelang het gaat om mannen of vrouwen, hetgeen onvermijdelijk gevolgen zou dienen te hebben voor het niveau van de bijdragen. Het opleggen van een geslachts-neutrale methode voor de berekening van de voor het stelsel vereiste financiering, zou overigens ingaan tegen de werkelijkheid en het vermogen van de actuaaris aantasten om een degelijk advies te geven omtrent de verbintenissen van een pensioenstelsel alsmede het gepaste niveau van de toekomstige bijdragen.

39. Ofschoon ik niet a priori kan uitsluiten, gelet op recente rechtspraak van het Hof, dat de noodzaak van financieel evenwicht onder omstandigheden een ongelijke behandeling

⁷⁷ — 435 US 677, met name op blz. 710; 55 L Ed 2d 657, blz. 666.

vermag te rechtvaardigen⁷⁸, ben ik door deze argumenten niet overtuigd. Dat het technisch noodzakelijk zou zijn om naar het geslacht verschillende actuariële factoren (met name verschillen in levensverwachting tussen mannen en vrouwen) in acht te nemen ter bepaling van te verrichten bijdragen en uitkeringen, kan ik moeilijk aannemen, nu geen enkel stelsel van *overheidspensioenen* een dergelijk onderscheid blijkt te hanteren⁷⁹ en sommige bedrijfspensioenstelsels, met name in landen waar het gebruik daarvan verboden is, dit evenmin doen.⁸⁰ Ik kan weliswaar begrijpen dat het van belang is voor een pensioenstelsel om zich, met het oog op een raming van de uitstaande en toekomstige verbintenissen, een juist beeld te vormen van de levensverwachting van de deelnemers aan het stelsel. Maar dit betreft enkel de *interne* actuariële beheersmethoden die door actuarissen worden aangewend om na te gaan welke

middelen er nodig zijn om, rekening houdend met de levensduur van de pensioenge-rechtigden, het financieel evenwicht tussen bijdragen en uitkeringen in stand te houden. Niets verhindert de actuarissen om, bij het bepalen van dat evenwicht, rekening te houden met naar geslacht verschillende actuariële factoren (cf. hiervoor, punt 34). Wat evenwel door artikel 119 wordt verlangd, is dat de vaststelling van het bedrag van bijdragen en uitkeringen die aan de pensioen-gerechtigde werknemer worden gevraagd respectievelijk uitbetaald — en dus wat de *externe* betrekkingen van het stelsel met zijn aangeslotenen betreft — voor mannen en vrouwen plaats heeft op grond van dezelfde criteria.

Vind ik de nood tot handhaving van het financieel evenwicht van de bedrijfspensioenstelsels derhalve geen rechtvaardigingsgrond voor discriminatoire behandeling van mannen en vrouwen op het stuk van bijdragen en uitkeringen, zij lijkt me daarentegen wel een reden te zijn om de hierna besproken en mijns inziens verantwoorde beperking in de tijd van de voorgestelde interpretatie, ruim op te vatten. Daarover gaan de volgende nummers.

40. *Beperking van de werking in de tijd van de hier voorgestelde interpretatie.* Zo het Hof de hier ingenomen stellingname tot de zijne wenst te maken, is het aangewezen de werking van die interpretatie in de tijd te beperken en de modaliteiten van deze beperking zo precies mogelijk aan te geven.

Dit is ook de strekking van vraag 4-c van het High Court in de zaak *Coloroll*, waarin

78 — Zie met name het arrest *Equal Opportunities*, waarin het ging om de uitlegging van de in artikel 7, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7 voorziene uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling man-vrouw; arrest van 7 juli 1992, zaak C-9/91, Jurispr. 1992, blz. I-4297, in het bijzonder r. o. 15-18. Deze uitspraak werd zopas nog door het Hof bevestigd en gepreciseerd: zie arrest van 30 maart 1993, zaak C-328/91, Thomas, Jurispr. 1993, blz. I-1247, met name r. o. 9-12. Ook in het zeer recente arrest Poucet, waar de vraag centraal stond of een organisme belast met het beheer van een bijzonder sociale-zekerheidsstelsel te beschouwen is als een onderneming in de zin van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, benadrukte het Hof de noodzaak van het financieel evenwicht van dergelijk stelsel: arrest van 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, Jurispr. 1993, blz. I-637, met name r. o. 13. Melding kan ook worden gemaakt van het arrest Celant, waarin het Hof met betrekking tot de inachtneming van onder een nationale pensioenregeling vervulde verzekeringstijdvakken in het kader van het gemeenschappelijk pensioenstelsel, eveneens de noodzaak van „een gezond financieel beheer” van dit stelsel accentueerde: arrest Celant, aangehaald in voetnoot 56, r. o. 27.

79 — Cf. A. Laurent, *art. cit.*, blz. 760.

80 — Ik denk daarbij met name aan de Verenigde Staten, waar vaststaat dat het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële factoren ter berekening van *bijdragen* voor pensioenregelingen in strijd is met de Civil Rights Act 1964 sedert de uitspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof in de zaak *Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart*, 435 U. S. 702, 55 L. Ed. 2d 657, 98 S. Ct. 1370 (1978). In 1983 oordeelde het Hooggerechtshof dat ook het gebruik van dergelijke factoren voor *uitkeringen* in het kader van dergelijke stelsels door het discriminatieverbod getroffen worden: *Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans v. Norris*, 463 U. S. 1073, 77 L. Ed. 2d 1236, 103 S. Ct. 3492 (1983); zie tevens *Florida v. Long*, 487 U. S. 223, 101 L. Ed. 2d 206, 108 S. Ct. 2354 (1988).

gevraagd wordt in welke mate (in het bijzonder met betrekking tot welke tijdvakken) van de trustees van een pensioenregeling verlangd kan worden dat zij de met het oog op actuariële overwegingen gemaakte berekeningen met betrekking tot de vóór 17 mei 1990 voorgevallen feiten herzien en herberekenen.

Nagenoeg alle voor het Hof interveniërende partijen hebben een standpunt ingenomen met betrekking tot de werking in de tijd van een uitspraak waarin het Hof per hypothese artikel 119 toepasselijk zou verklaren op het gebruik van naar het geslacht verschillende actuariële berekeningselementen. Hun posities laten zich als volgt samenvatten.

41. De Duitse en Britse regering betogen dat dezelfde beginselen moeten gelden als met betrekking tot de werking in de tijd van het arrest Barber zelf. De Britse regering leidt daaruit af dat uitkeringen slechts herzien en herberekend zouden moeten worden voor zover zij betrekking hebben op tijdvakken van arbeid vanaf 17 mei 1990.

De Nederlandse regering stelt geen datum voorop, maar betoogt dat de thans geldende verschillen inzake levenslange periodieke uitkeringen bij vervroegde pensionering respectievelijk inzake omzetting van een deel van het pensioen in een kapitaalsom, zouden mogen blijven bestaan voor zover zij werden opgebouwd over arbeidsperioden gelegen vóór een nader door het Hof te bepalen tijdstip, althans 17 mei 1990.

Het standpunt van de Commissie is minder eenduidig. In Neath suggereerde zij, er blijk-

baar van uit gaande dat het probleem van de actuariële factoren niet door het arrest Barber bestreken was, dat het Hof — voor het geval het tot de hierboven voorgestane interpretatie zou komen — de werking in de tijd van zijn oordeel in de voorliggende zaak zou beperken. In haar opmerkingen in de zaak Coloroll daarentegen is de Commissie van mening dat de in het arrest Barber gevolgde redenering aangaande de gevolgen in de tijd van dat arrest, ook van toepassing moet zijn voor wat betreft vorderingen die een discriminatie aanvechten welke toegelaten leek op grond van richtlijn 86/378. Zo het Hof er een ander oordeel op na zou houden, suggereert de Commissie dat het zou uitnodigen tot schriftelijke opmerkingen aangaande de meest aangepaste beperking in de tijd van zijn oordeel.

42. Evenals voornoemde interveniënten ben ik van oordeel dat de door het Hof in het arrest Barber met betrekking tot de werking in de tijd aangeduide *beginselen*, zoals ik deze hiérvóór heb verduidelijkt (punten 17-20), toepassing dient te vinden. Dit betekent dat, ook met betrekking tot de problematiek van de actuariële berekeningselementen, het mij noodzakelijk voorkomt om, met het oog op dwingende redenen van rechtszekerheid en gelet op de goede trouw van de marktdeelnemers en de Lid-Staten, de werking in de tijd van de hier voorgestane interpretatie te beperken. Zowel de marktdeelnemers als de Lid-Staten konden immers vertrouwen op de communautaire toelaatbaarheid van de door de bedrijfspensioenregelingen gehanteerde verschillen inzake actuariële berekening, mede in acht genomen de verregaande uitzonderingen waarin richtlijn 86/378 (hiervoor, punt 29) op dit punt voorzag met betrekking tot de tenuitvoerlegging van het in die richtlijn besloten beginsel van gelijke behandeling. Daarop vertrou-

wend hebben de beheerders van de pensioenregelingen de in verband met in het verleden liggende tijdvakken aan mannelijke en vrouwelijke werknemers gevraagde bijdragen respectievelijk gedane uitkeringen, vastgesteld met inachtneming van dergelijke actuariële verschillen. Daarin verandering brengen voor het verleden zou het financiële evenwicht van de stelsels ernstig in het gedrang kunnen brengen.

in het geding zouden worden gebracht, met alle aanzienlijke financiële repercussies van dien, is het derhalve aangewezen dat het Hof de werking van zijn interpretatie zou beperken tot pensioenaanspraken die beantwoorden aan tijdvakken van arbeid *vanaf de datum van zijn arrest* in de hier voorliggende zaken Neath en Coloroll. De enige uitzondering die ik hierop wenselijk acht, betreft de situatie van personen — werknemers of hun rechtverkrijgenden — die reeds vóór de datum van 's Hofs arrest een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld.

Meer specifiek wat de *datum* van de vast te stellen beperking in de tijd betreft, ben ik — anders dan de Britse regering en, zo te zien, de Commissie in haar opmerkingen in de zaak Coloroll — van oordeel dat het Hof niet het Barber-arrest als referentiepoint mag nemen, doch de datum van het *arrest in onderhavige zaken*. De uitspraak in het arrest Barber had immers betrekking op een andere problematiek, namelijk de vraag of een naar geslacht verschillende leeftijd voor aanspraak op een bedrijfspensioen toelaatbaar was onder artikel 119. Het is pas in onderhavige zaken, met name in Neath en Coloroll, dat het Hof gevraagd werd stelling in te nemen met betrekking tot de problematiek van de in het kader van dergelijke pensioenen gehanteerde actuariële berekenings-elementen.

Valt de betaling van een weduwnaarspensioen onder artikel 119 van het Verdrag?

44. In zaak Ten Oever vraagt de kantonrechter te Utrecht het Hof of onder beloning in de zin van artikel 119 dan wel onder de in dit artikel bedoelde voordelen bovenwettelijke uitkeringen aan nagelaten betrekkingen — in casu de betaling van een weduwnaarspensioen — begrepen moeten worden.

Ten Oever, de Britse regering en de Commissie zijn van oordeel dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. De stichting en de Duitse en Nederlandse regering daarentegen bepleiten een negatief antwoord.

43. Dit brengt mij tot het volgende besluit. Mede gelet op de in richtlijn 86/378 voorziene uitzonderingen, mochten de belanghebbende kringen geredelijk aannemen dat het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële factoren, met name voor de vaststelling van bijdragen van en uitkeringen aan werknemers, toelaatbaar was onder artikel 119. Teneinde te vermijden dat in het verleden, mede op grond van dergelijke factoren, opgebouwde pensioenregelingen terug

45. Alvorens standpunt in te nemen, is het nodig de precieze kenmerken van het in geding staande weduwnaarspensioen te schetsen. Luidens het pensioenreglement van de stichting gaat het om een pensioen dat wordt toegekend aan de man met wie de vrouwelijke deelnemer of de vrouwelijke

gewezen deelnemer ten tijde van haar overlijden is gehuwd, mits het huwelijk plaatsvond vóór de 65ste verjaardag van de vrouw in kwestie.⁸¹

Verder blijkt uit de opmerkingen van de Nederlandse regering en van de stichting dat het hier een pensioenregeling betreft van een bedrijfstakpensioenfonds welke in Nederland met toepassing van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds⁸² voor de gehele bedrijfstak van het glazenwassers- en schoonmaakbedrijf verplicht is gesteld. Opdat dergelijke verplichtstelling zou plaatsvinden — hetgeen bij ministeriële beschikking gebeurt — eist voornoemde wet dat de representatief geachte organisaties van werkgevers en werknemers van een bedrijfstak die een pensioenfonds heeft ingesteld, een verzoek daartoe indienen.⁸³ De inhoud van de pensioenregeling, zo preciseert de Nederlandse regering, wordt bepaald door collectieve onderhandelingen van werknemers- en werkgeversorganisaties; de financiering ervan geschiedt veelal door middel van een doorsneepremie die, zoals in casu (cf. hiervoor, punt 6), door werkgevers en werknemers gezamenlijk wordt betaald. Voor wijzigingen in de verplichtstellingsbeschikking, de statuten en het reglement van het bedrijfstakpensioenfonds, is ten slotte een voorafgaande toestemming van de bevoegde minister vereist.

46. Is een dergelijk weduwnaarspensioen een vorm van beloning in de zin van artikel 119 van het Verdrag? Volgens de Nederlandse regering is dit twijfelachtig, of op zijn minst onduidelijk: enerzijds lijkt het arrest Barber — dat evenwel niet om een nabestaandenvoorziening ging — erop te duiden dat bedrijfspensioenregelingen inderdaad door artikel 119 worden bestreken, anderzijds echter zouden prestaties aan nagelaten betrekkingen een specifieke plaats innemen in het afgeleid gemeenschapsrecht. De regering verwijst in dit verband naar artikel 3, lid 2, van richtlijn 79/7, dat prestaties aan nagelaten betrekkingen uitdrukkelijk uitsluit van de gelijke behandeling op het gebied van de wettelijke sociale zekerheid, alsmede naar artikel 9, sub b, van richtlijn 86/378, dat de Lid-Staten toelaat de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling uit te stellen „met betrekking tot de pensioenen van nagelaten betrekkingen, totdat het beginsel van de gelijke behandeling bij richtlijn wordt voorgeschreven in de wettelijke sociale zekerheidsregelingen op dit gebied”. Deze bijzondere positie van prestaties aan de overlevende echtgenoot werd volgens de regering ook bevestigd in het door de Commissie op 27 oktober 1987 bij de Raad ingediende voorstel voor een richtlijn tot voltooiing van de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de wettelijke en de beroepsregelingen inzake sociale zekerheid.⁸⁴ Artikel 4 van dit voorstel realiseert het beginsel van gelijke behandeling voor prestaties aan de overlevende echtgenoot.⁸⁵

81 — Aldus het sedert 1 januari 1989 van kracht zijnde artikel 2, lid 1, sub c, van het pensioenreglement van de stichting.

82 — Wet van 17 maart 1949, *Staatsblad* J 121.

83 — Artikel 3, lid 1, van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds.

84 — PB 1987, C 309, blz. 10. In de vijfde considerans van dit voorstel wordt uitdrukkelijk verwezen naar artikel 9, sub b, van richtlijn 86/378.

85 — Op te merken valt dat artikel 4 deel uitmaakt van titel I van het richtlijnvoorstel, „Prestaties aan nagelaten betrekkingen”, en in deze titel vergezeld is van bepalingen die ertoe strekken het beginsel van gelijke behandeling te realiseren op het gebied van prestaties ten behoeve van wezen (artikel 5) en andere nagelaten betrekkingen (artikel 6).

De Nederlandse regering vindt ten slotte een bevestiging voor de specifieke gemeenschapsrechtelijke situatie van prestaties aan de overlevende echtgenoot in 's Hof's arrest Newstead. Volgens de stichting zou het Hof er in laatstgenoemd arrest zijn van uit gegaan dat een weduwnpensioen niet een element van beloning is in de zin van artikel 119.

47. Laat mij in eerste instantie ingaan op het argument dat voornoemde partijen menen te vinden in het arrest Newstead. Die zaak betrof de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een Britse bedrijfspensioenregeling (andermaal van het type „contracted-out”) welke uitsluitend mannelijke ambtenaren de verplichting oplegde 1,5 % van hun brutosalaris bij te dragen aan een fonds voor weduwnpensioenen. Ofschoon het brutosalaris voor mannelijke en vrouwelijke ambtenaren gelijk was, resulteerden de betrokken bijdragen in een lager nettosalaris voor mannen. Een ongehuwde ambtenaar, zoals Newstead, kreeg echter bij het verlaten van de ambtelijke dienst of bij overlijden zijn bijdragen terugbetaald, vermeerderd met samengestelde interest.

Het Hof was van oordeel dat artikel 119, gelezen in samenhang met richtlijn 75/117, zich niet tegen een dergelijke regeling verzet.⁸⁶ Het voerde daartoe onder meer aan dat het gewraakte onderscheid in nettosalaris in feite voortvloede uit een inhouding van een bijdrage aan een bedrijfspensioenregeling. Aangezien deze regeling in de plaats kwam van de wettelijke regeling, concludeerde het Hof dat een dergelijke bijdrage, „evenals een bijdrage aan een wettelijk stelsel van sociale zekerheid, [moet] worden geacht te vallen binnen de werkingssfeer van artikel 118 EEG-Verdrag en niet binnen die van artikel 119”.⁸⁷

In tweede orde gevraagd naar de verenigbaarheid van de regeling met richtlijn 76/207/EEG van de Raad⁸⁸, kwam het Hof tot de bevinding — onder verwijzing naar de hiervoor (punt 46) aangegeven artikelen 3, lid 2, van richtlijn 79/7 en 9, sub b, van richtlijn 86/378 — dat geen van de richtlijnen welke de Raad had vastgesteld tot geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van de sociale zekerheid, van toepassing is op pensioenen van nagelaten betrekkingen.⁸⁹ Hieruit besloot het Hof dat evenmin een schending voorlag van richtlijn 76/207: het voorliggende geval viel, aldus het Hof, onder de uitzondering op de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling, als voorzien in artikel 1, lid 2, van richtlijn 76/207.⁹⁰

48. Men hoede zich voor te verregaande gevolgtrekkingen uit dit arrest. Het Hof had immers vooral de vraag voor ogen of een verschil in netto-salaris tussen mannen en vrouwen tengevolge van de verplichte aansluiting van eerstgenoemden bij een weduwnpensioenfonds, een met artikel 119 strijdige discriminatie uitmaakt; de kwestie of een weduwnpensioen zelf als beloning in de zin van deze bepaling is te aanzien, stond als zodanig niet aan de orde. Doorslaggevend acht ik echter dat het Hof op zijn in het arrest Newstead ingenomen standpunt, dat de betrokken aanvullende pensioenregeling niet onder artikel 119 maar onder artikel 118

88 — 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 1976, L 39, blz. 40.

89 — Arrest Newstead, r. o. 25-27.

90 — Arrest Newstead, r. o. 28. Artikel 1, lid 2, van deze richtlijn verwijst, met het oog op de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van de sociale zekerheid, naar door de Raad op voorstel van de Commissie vast te stellen bepalingen waarbij met name de inhoud, de draagwijdte en de wijze van toepassing van dat beginsel nader worden omschreven.

86 — Arrest Newstead, aangehaald in voetnoot 62, r. o. 21.

87 — R. o. 15 van het Newstead-arrest.

ressorteerde, in het arrest Barber uitdrukkelijk is teruggekomen: het Hof oordeelde daar immers dat „pensioenen die worden betaald in het kader van een vervangende particuliere bedrijfsregeling, binnen de werkingssfeer van artikel 119 van het Verdrag vallen”.⁹¹

49. Het Hof kwam in het arrest Barber tot dit besluit op grond van een analyse van de in die zaak ter discussie staande vervangende bedrijfspensioenregeling die teruggaat op de criteria die in de arresten Defrenne I en Bilka werden ontwikkeld (zie hiervoor, punt 3), en welke ik zo dadelijk ook op het in zaak Ten Oever voorliggende weduwnaarspensioen zal toepassen. Eerst echter nog dit: uit de aard zelf van een weduwnaarspensioen als het onderhavige vloeit voort dat dit pensioen niet aan de werknemer, doch aan diens overlevende echtgenoot wordt toegekend. Deze omstandigheid lijkt mij evenwel, ondanks de bewoordingen van 's Hof's definitie van „beloning” in de zin van artikel 119 (zie supra, punt 3), namelijk „door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking” betaalde voordelen, geen overtuigend bezwaar tegen de toepasselijkheid van artikel 119 op een dergelijk weduwnaarspensioen. Essentieel daarentegen is dat, krachtens het pensioenreglement van de stichting, de *deelneming* aan het fonds aanspraak geeft op het weduwnaarspensioen⁹²; dit pensioen wordt met andere woorden, zoals de Britse regering terecht opmerkt, verkregen binnen het dienstverband tussen werknemer en werkgever en derhalve aan de overlevende echtgenoot betaald *uit hoofde van de dienstbetrekking*

van diens overleden echtgenote, dit is, in de woorden van het pensioenreglement, de „vrouwelijke deelnemer of de vrouwelijke gewezen deelnemer”.

50. Blijft de vraag of een pensioenregeling als de onderhavige niet eerder, zoals de Nederlandse regering en de stichting betogen, de kenmerken vertoont van een ouderdomspensioen, zoals dit in Defrenne I voorlag, en derhalve alsnog niet binnen de werkingssfeer van artikel 119 ressorteert. Pas ik de criteria zoals die in de arresten Defrenne I, Bilka en Barber werden ontwikkeld (zie hiervoor, punt 3), toe op het in de zaak Ten Oever voorliggende weduwnaarspensioen, dan moet ik hierop ontkennend antwoorden. In de eerste plaats is immers duidelijk dat deze pensioenregeling, ofschoon door de wet verplicht gesteld, het resultaat vormt van *collectief overleg* binnen de betrokken bedrijfstak en niet rechtstreeks als zodanig bij de wet wordt vastgelegd. De overheid beperkt zich ertoe de betrokken regeling verplicht te verklaren voor een gehele bedrijfstak op aanvraag van de representatief geachte patronale en syndicale organisaties, welke in eerste instantie via collectieve onderhandelingen de inhoud zelf van de pensioenregeling hebben vastgelegd. De regeling komt derhalve in de eerste plaats tot stand „op grond van een overeenkomst tussen werkgevers en werknemers”.⁹³

Voorts is niet betwist dat onderhavige pensioenregeling uitsluitend door werkgevers en werknemers en *zonder enige overheidsbijdrage* wordt gefinancierd.⁹⁴

91 — Arrest Barber, r. o. 30 en punt 2 van het dictum.

92 — Artikel 2, lid 1, eerste zin van het pensioenreglement in zijn vanaf 1 januari 1989 geldende versie.

93 — Arrest Barber, r. o. 25.

94 — Dezelfde situatie lag voor in de zaak Barber: zie r. o. 25 van dat arrest.

Ten slotte is deze regeling niet verplicht van toepassing op algemene categorieën werknemers, doch slechts op *bij bepaalde ondernemingen werkzame werknemers*, met name de werknemers uit de glazenwassers- en schoonmaakbedrijfstaking. In de bewoordingen van het Barber-arrest moet derhalve worden aangenomen dat de aansluiting bij deze regeling noodzakelijk voortvloeit uit de arbeidsverhouding met een bepaalde werkgever, en dat deze regeling, zelfs zo zij door de overheid werd erkend en verplicht gesteld, door haar eigen regels wordt beheerst.⁹⁵

51. Uit een en ander volgt dat een weduwnaarspensioen, zoals dit in de zaak Ten Oever voorligt, binnen de werkingssfeer van artikel 119 van het Verdrag valt. Ofschoon het mij voorkomt dat men strikt genomen ook vóór het Barber-arrest, en met name vanaf het arrest Bilka, op grond van 's Hofs rechtspraak tot dit besluit kon komen, ga ik met de Nederlandse, Britse en Duitse regering akkoord dat zich ook op dit punt een beperking in de tijd van 's Hofs oordeel opdringt. De Lid-Staten en belanghebbende kringen mochten er immers andermaal, gelet op de in artikel 9, sub b, van richtlijn 86/378 voorziene uitzondering (zie hiervoor, punt 46), van uitgaan dat discriminaties in de bedrijfspensioenstelsels met betrekking tot de toekenning van weduwnaarspensioenen communautair nog geoorloofd waren.

Derhalve ben ik van mening dat het Hof zijn uitspraak aangaande de toepasselijkheid van artikel 119 op weduwnaarspensioenen andermaal in de tijd moet beperken, en zulks

conform de principes die ik hiervoor met betrekking tot de temporele werking van het Barber-arrest heb aangeduid.⁹⁶ Als referentiedatum daartoe acht ik niet de datum van het Barber-arrest aangewezen, doch deze van het in zaak Ten Oever te wijzen arrest, aangezien het Hof pas in laatstgenoemde zaak gevraagd wordt stelling in te nemen met betrekking tot deze problematiek.

Concreet betekent de hier voorgetreden stelling dat — anders dan wat met name de Britse regering betoogt — Ten Oever tóch recht heeft op het door hem gevorderde weduwnaarspensioen, aangezien hij als rechtverkrijgende tijdig het initiatief heeft genomen om zijn rechten veilig te stellen, namelijk via een op 8 oktober 1990 bij de Utrechtse kantonrechter ingestelde rechtsvordering.

De inroepbaarheid van artikel 119 door de echtgenoot van de overleden werknemer

52. In de zaak Coloroll (vraag 1), en ten dele ook in de zaak Ten Oever, ligt de vraag voor of, afgezien van de werknemer zelf, ook personen die van hem/haar afhankelijk zijn, met name zijn/haar weduwe of weduwnaar, een beroep kunnen doen op de rechtstreekse werking van artikel 119 EEG-Verdrag met betrekking tot aanspraken op uitkeringen ingeval een pensioenregeling.

96 — Een gelijkaardige benadering wordt trouwens door de Commissie voorgestaan in het hiervoor genoemde richtlijnvoorstel van 27 oktober 1987, waarvan artikel 13, lid 2, voorschrijft dat, wat de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling betreft ten aanzien van prestaties aan de overlevende echtgenoot, op de richtlijn geen beroep kan worden gedaan in verband met aanvragen die vóór de datum van inwerkingtreding daarvan zijn ingediend.

95 — Arrest Barber, r. o. 26.

Vijf van de verweerders in de bodem-procedure van Coloroll (Russell, Parker, Sharp, Fuller en Broughton), de Britse en Ierse regering en de Commissie beantwoordden deze vraag bevestigend. De Nederlandse regering daarentegen betoogt dat artikel 119 uitsluitend de verhouding tussen werkgever en werknemer beoogt. Daar de nabestaanden van laatstgenoemde vreemd zijn aan deze relatie, zouden zij geen zelfstandig beroep op deze bepaling kunnen doen. De Nederlandse regering voegt hieraan evenwel onmiddellijk toe dat de praktische betekenis van dit aspect van de personele werkingssfeer van artikel 119 niet zeer groot is, aangezien nabestaanden veelal als erfgenaam een beroep op artikel 119 zullen kunnen doen, voor zover zij althans — krachtens nationaal erfrecht — rechtsopvolger kunnen zijn voor wat betreft de eventuele aanspraken van de overleden werknemer tegenover zijn vroegere werkgever.

Overigens heeft het Hof een dergelijke houding reeds aangenomen bij de toepassing van richtlijn 79/7, met name in het arrest Verholen. In die zaak lag onder meer de vraag voor of de *echtgenoot* van een werknemer die onder het toepassingsgebied van voor-nomde richtlijn valt (doch die zelf geen procespartij is), een beroep kan doen op de bepalingen van deze richtlijn indien hij de gevolgen ondervindt van een discriminerende nationale bepaling. Het Hof erkende nadrukkelijk dat

„het recht om een beroep te doen op de bepalingen van richtlijn 79/7, niet uitsluitend toekomt aan justitiabelen die onder de personele werkingssfeer van de richtlijn vallen. Het is immers niet uit te sluiten, dat ook andere personen er rechtstreeks belang bij kunnen hebben, dat het non-discriminatiebeginsel jegens de beschermde personen in acht wordt genomen.”⁹⁷

Ofschoon het Hof toegaf dat de vaststelling van de procesbevoegdheid en het procesbelang van een justitiabele een kwestie van nationaal recht is, herinnerde het aan zijn vaste rechtspraak, volgens welke het gemeenschapsrecht vereist dat de nationale wettelijke regeling een doeltreffende rechtsbescherming zou waarborgen en dat de toepassing ervan niet tot gevolg mag hebben, dat de uitoefening van door de communautaire rechtsorde verleende rechten praktisch onmogelijk wordt gemaakt.⁹⁸ Concreet antwoordde het Hof op de gestelde vraag, dat een justitiabele voor de nationale rechter een beroep kan doen op de bepalingen van richtlijn 79/7, indien hij de gevolgen ondervindt van een nationale bepaling waar-

53. Ik kan mij bij deze laatste zienswijze niet aansluiten. Hiervóór (punt 51) kwam ik reeds tot de conclusie dat een weduwnaarspensioenen, van het type dat in de zaak Ten Oever voorligt, binnen de werkingssfeer van artikel 119 EEG-Verdrag valt. Voor wat een dergelijke pensioenregeling betreft, maar ook met betrekking tot andere bedrijfs-pensioenen, rijst de vraag naar de inroepbaarheid van artikel 119 door de overlevende echtgenoot van de werknemer in concreto meestal slechts wanneer de werknemer zelf overleden is en de langstlevende echtgenoot de uitkeringen navordert van het pensioenstelsel waarbij eerstgenoemde was aangesloten. Indien deze echtgenoot zich niet in rechte op artikel 119 zou kunnen beroepen, zou in een dergelijke situatie aan het beginsel van gelijke beloning elk nuttig effect worden ontnomen.

97 — Arrest van 11 juli 1991, gevoegde zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, Jurispr. 1991, blz. I-3757, r. o. 23.

98 — Arrest Verholen, r. o. 24.

door zijn echtgenote die geen procespartij is, wordt gediscrimineerd, mits die echtgenote zelf onder de werkingssfeer van de richtlijn valt.⁹⁹

54. Ook de overlevende echtgenoot kan derhalve een beroep doen op de rechtstreekse werking van artikel 119 met betrekking tot aanspraken welke de overleden werknemer had op uitkeringen ingevolge een bedrijfspensioenregeling, ofschoon uiteraard ook op dit punt de beperkingen in de tijd gelden welke ik met betrekking tot het Barber-arrest en de problematiek van de actuariële berekeningselementen heb voorgesteld.

De inroepbaarheid van artikel 119 tegen de trustee van een bedrijfspensioenregeling

55. Anders ligt de vraag die in de zaak Coloroll aan het Hof wordt voorgelegd (vraag 1), of de werknemer respectievelijk zijn rechtverkrijgenden zich met betrekking tot aanspraken op pensioenuitkeringen ook op de rechtstreekse werking van artikel 119 kunnen beroepen *tegen* een ander persoon dan de werkgever, met name de trustee van een bedrijfspensioenregeling. Ik ga eerst in op de principievraag zelf van de inroepbaarheid, alvorens mij in te laten met de overige door het High Court in zijn vraagstelling geïssueerde problemen.

De meeste verweerders in de bodemprocedure van Coloroll — op Broughton en de Coloroll Group na —, de Britse regering en de Commissie zijn van mening dat de inroepbaarheid van artikel 119 zich ook uitstrekt tot de trustee van een pensioen-

regeling. Ik kan hun argumenten enkel onderschrijven: het praktisch belang en het nuttig effect van artikel 119 zouden aanzienlijk worden beknot — en de voor de werking van dit artikel noodzakelijke rechtsbescherming in belangrijke mate belemmerd — indien een werknemer of zijn rechtverkrijgenden zich enkel op deze bepaling zou kunnen beroepen ten opzichte van zijn *werkgever*. Dit geldt in het bijzonder voor landen als het Verenigd Koninkrijk, waar het gebruik van trusts voor bedrijfspensioenregelingen algemeen verspreid is.

56. Voor deze opvatting vind ik overigens zowel steun in de formulering van artikel 119 als in de rechtspraak van het Hof. Wat de *tekst* van artikel 119 betreft, merkt de Commissie terecht op dat „beloning” alle voordelen omvat die de werkgever *direct of indirect* aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt. Mede in het licht daarvan oordeelde het Hof in Barber dat de omstandigheid dat vervangende bedrijfspensioenen niet door de werkgever zelf, doch door de trustee van een pensioenregeling aan de werknemer worden uitbetaald, voor de toepassing van artikel 119 niet relevant is:

„Aan deze uitlegging van artikel 119 wordt niet afgedaan door de omstandigheid, dat de in geding zijnde particuliere bedrijfsregeling is opgezet in de vorm van een trust en wordt beheerd door trustee die technisch onafhankelijk zijn van de werkgever, daar artikel 119 ook van toepassing is op een voordeel dat de werkgever indirect betaalt.”¹⁰⁰

99 — Arrest Verhopen, r. o. 26 en punt 3 van het dictum.

100 — Arrest Barber, r. o. 29.

Daarnaast heeft het Hof in een constante *rechtspraak* sedert het arrest Defrenne II het imperatieve en erga omnes geldend karakter van het in artikel 119 neergelegde discriminatieverbod bevestigd:

„Daar artikel 119 dwingend recht is, geldt het verbod van discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers niet alleen voor overheidshandelingen, maar is het ook van toepassing op alle collectieve arbeidsovereenkomsten die de arbeid in loondienst collectief regelen, alsook op *alle overeenkomsten tussen particulieren*.¹⁰¹”

Uit deze rechtspraak volgt dat het Hof de directe werking van artikel 119 niet beperkt tot verticale situaties (overheid-particulier) en op collectieve dan wel individuele wijze tussen de werkgever en de werknemer gesloten contractuele bedingen, doch uitbreidt tot *alle overeenkomsten tussen particulieren*. Daaronder komen ongetwijfeld mede de contractuele afspraken die een werkgever overeengekomen is met personen, waaronder trustees, die op welke manier ook zijn aangesteld om de voor een werknemer uit de arbeidsverhouding met die werkgever voortvloeiende pensioenrechten te beheren.

57. Tegen deze doorwerking van artikel 119 ten aanzien van de trustees van een bedrijfspensioenregeling kan mijns inziens niet worden ingeroepen — wat met name Broughton

doet — dat de trustees er dan zouden kunnen worden toe gedwongen in strijd te handelen met de bepalingen van de trustakte, en eventueel in de onmogelijkheid zouden worden gesteld aan deze akte uitvoering te geven. Het fundamentele karakter van het door artikel 119 bekrachtigde beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen, dat een toepassing vormt van het verbod van discriminatie naar geslacht en derhalve van een fundamenteel grondrecht¹⁰², maakt dat elke daarmee strijdige bepaling, of deze nu vervat ligt in een nationale wettelijke of bestuursrechtelijke maatregel dan wel in een privaatrechtelijke overeenkomst of (trust)akte, voor deze norm moet wijken. Er anders over denken, zou het al te eenvoudig maken om het beginsel van gelijke behandeling te omzeilen door buiten de arbeidsverhouding staande derden in te schakelen.

Anders dan de Nederlandse regering betoogt, wordt dit standpunt mijns inziens evenmin weerlegd door artikel 6, lid 2, van richtlijn 86/378. Deze bepaling legt de uitvoeringsorganen van een aanvullende of vervangende bedrijfspensioenregeling op om, wanneer de toekenning van prestaties aan hun beoordeling wordt overgelaten, zich te laten leiden door het beginsel van gelijke behandeling. Ik kan daarin slechts de bevestiging lezen van de wil van de communautaire wetgever om aan het beginsel van gelijke behandeling een zo doeltreffend mogelijke werking te geven, en geenszins een

101 — Arrest van 27 juni 1990, zaak C-33/89, Kowalska, Jurispr. 1990, blz. I-2591, r. o. 12, onder verwijzing naar het arrest Defrenne II, r. o. 39; m. b. t. collectieve arbeidsovereenkomsten, zie ook het arrest van 7 februari 1991, zaak C-184/89, Nimz, Jurispr. 1991, blz. I-297, r. o. 17.

102 — Cf. arresten van 15 juni 1978, zaak 149/77, Defrenne III, Jurispr. 1978, blz. 1365, r. o. 27, en 20 maart 1984, gevoegde zaken 75/82 en 117/82, Razzouk en Beydoun, Jurispr. 1984, blz. 1509, r. o. 16. Precies het fundamentele karakter van het beginsel van gelijke behandeling in de communautaire rechtsorde heeft het Hof er herhaaldelijk toe gebracht een enge interpretatie te geven aan de daarop door de communautaire wetgever toegelaten uitzonderingen: zie de arresten van 26 februari 1986 in de zaken 151/84, Roberts, Jurispr. 1986, blz. 703, r. o. 35; 152/84, Marshall, Jurispr. 1986, blz. 723, r. o. 54, en 262/84, Beets-Propert, Jurispr. 1986, blz. 773, r. o. 38.

argument *a contrario* waaruit zou blijken dat de werknemer of zijn rechtverkrijgende(n), met betrekking tot rechtstreeks door artikel 119 gevatte loondiscriminaties, zich op laatstgenoemde bepaling niet tevens zou(den) kunnen beroepen ten aanzien van trusteees. Genoemde richtlijn kan overigens geen afbreuk doen aan de uitwerking van artikel 119 (cf. *supra*, punt 31).

58. Duidelijkheidshalve wil ik nog ingaan op een ander, door de Nederlandse regering opgeworpen punt. Deze regering wijst namelijk op de complicaties waartoe een uitbreiding van de horizontale rechtstreekse werking van artikel 119 aanleiding zou kunnen geven wanneer een werknemer achtereenlopend — doorgaans, maar niet noodzakelijk, door wijziging van werkgever — bij verschillende bedrijfspensioenregelingen is aangesloten. Deze kwestie wordt ook door het High Court aangestipt in zijn vraag 5, lid 2. In dergelijke omstandigheden gebeurt het wel vaker (cf. de in de zaak *Neath* aan de orde staande keuzemogelijkheid van de werknemer tussen een uitgesteld pensioen en een overdrachtsbetaling, *supra*, punt 8) dat de meest recente pensioenregeling, in ruil voor een overdrachtsbetaling, de verplichting tot betaling van uitkeringen van het vroegere stelsel heeft overgenomen. Kan in een dergelijk geval het laatste pensioenstelsel geconfronteerd worden met de aanspraken van een werknemer die gebaseerd zijn op een ongelijke behandeling waaraan hij in een vroeger pensioenstelsel, onder een andere werkgever, was onderworpen?

dat dit gevreesde „domino-effect” nagenoeg volledig ongedaan wordt gemaakt door de beperkingen inzake temporele werking van 's Hofs uitspraken zoals ik deze hiervóór heb voorgesteld, en met name van het Barber-arrest zelf (*supra*, punt 21) alsmede van het tussen te komen arrest in de zaken *Neath* en *Coloroll*, waarin het Hof gevraagd wordt zich over de actuariële berekeningselementen uit te spreken (*supra*, punt 43). Het is dan voor alle partijen duidelijk met betrekking tot welke tijdvakken van arbeid een werknemer gerechtigd is zich op het beginsel van gelijke behandeling te beroepen, zodat in beginsel ook geen probleem meer zou mogen rijzen bij overdrachtsbetalingen van het ene pensioenstelsel naar het andere.

59. *Gevolgen van artikel 119 voor het optreden van de trusteees.* Voor het geval artikel 119 ook tegen de trusteees van een pensioenregeling kan worden ingeroepen, stelt het High Court in *Coloroll* een aantal subvragen met betrekking tot de wijze waarop de trusteees respectievelijk de werkgever dienen op te treden teneinde uitvoering te geven aan het beginsel van gelijke behandeling (vraag 1, lid 2-i, ii en iii).¹⁰³ In wezen gaat het om twee kwesties, namelijk i) de invloed van het gemeenschapsrecht op de wijze waarop trusteees respectievelijk werkgever hun bevoegdheden dienen uit te oefenen, en ii) de financiële vormgeving van het gelijke behandelingsprincipe, met name de vraag of dit moet worden uitgevoerd middels een verhoging van de uitkeringen aan werknemers van het benadeelde geslacht dan wel of uitvoering ook mogelijk is door middel van een verlaging van de uitkeringen aan werknemers van het begunstigde geslacht.

Zoals de interveniërende partijen die de tweede interpretatie voorstaan van de werking in de tijd van Barber, ben ik van oordeel

103 — Zie het rapport ter terechtzitting voor de exacte formulering.

Met betrekking tot het eerste punt, de werking van het gemeenschapsrecht ten aanzien van de *bevoegdheidsuitoefening der trustees respectievelijk werkgevers*, kan ik kort zijn. Het is duidelijk dat deze personen ertoe gehouden zijn alles te doen wat binnen hun bevoegdheden ligt om te waarborgen dat de aan werknemers of hun rechtverkrijgenden te verrichten uitkeringen voldoen aan het beginsel van gelijke behandeling, inachtgenomen de hiervóór gesuggereerde beperkingen op de temporele werking van dit beginsel. Met het oog daarop kunnen zij tot onderlinge samenwerking gehouden zijn, samenwerking welke blijkens de verwijzigingsbeschikking van het High Court doorgaans vereist is om wijzigingen aan te brengen in de trustakte en de bepalingen van de pensioenregeling. Het spreekt vanzelf dat daarbij een belangrijke toezichthoudende taak is weggelegd voor de nationale rechter, die de volle werking van het gemeenschapsrecht en de daarvoor vereiste rechtsbescherming dient te verzekeren¹⁰⁴, en daartoe — ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationaal recht toegekende beoordelingsvrijheid — de nationale (wettelijke en a fortiori, conventionele of statutaire) bepalingen in overeenstemming met het gemeenschapsrecht moet uitleggen en toepassen of, wanneer zulks niet mogelijk blijkt, zo nodig op eigen gezag de daarmee strijdige wettelijke, conventionele of statutaire bepalingen buiten toepassing moet laten.¹⁰⁵

60. Delicater lijkt mij de tweede kwestie, namelijk het voor de werknemers te bereiken *financiële resultaat*. Terecht wijzen een aantal verweersters in de bodemprocedure van Coloroll (Russell, Parker, Sharp en Fuller) in dit verband op het Defrenne II-arrest. Daarin heeft het Hof geoordeeld, lettend op de sociale doelstelling die aan artikel 119 ten grondslag ligt — zoals die haar uitdrukking vindt in de door artikel 117 voorgeschreven verbetering van de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden van de werknemers —, dat „de tegenwerping dat deze bepaling ook op andere wijze dan door verhoging van de laagste lonen kan worden nageleefd, van de hand moet worden gewezen”.¹⁰⁶ Men moet deze overweging evenwel in zijn context lezen: het bodemgeding betrof een schadevergoedingseis van Defrenne tegenover haar voormalige werkgever, Sabena, omwille van loondiscriminaties met betrekking tot arbeid die in het voorafgaande decennium hadden plaats gehad. De overweging mag dan ook slechts worden geacht te slaan op *in het verleden* opgelopen discriminaties. Dat, met betrekking tot dergelijke discriminaties en in afwachting van een maatregel die hen ongedaan maakt, zich een *verhoging* opdringt van de laagste lonen, wordt bevestigd door de meer recente rechtspraak: met name sedert het arrest Razzouk en Beydoun¹⁰⁷ heeft het Hof aangegeven dat het „enig bruikbare referentiekader” voor een onmiddellijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling *zolang* een regeling nog niet aan dit beginsel werd aangepast, te vinden is in de van kracht zijnde pensioenregeling. Dit brengt mee dat, in

104 — Dit is vaste rechtspraak: zie onder meer arresten van 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Factortame I*, Jurispr. 1990, blz. I-2433, r. o. 19, en 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich en Bonifaci*, Jurispr. 1991, blz. I-5357, r. o. 32.

105 — Cf. het hiervoor, in voetnoot 76 aangehaalde arrest Murphy, r. o. 11; arrest Nimz, geciteerd in voetnoot 101, r. o. 19; arrest van 9 maart 1978, zaak 106/77, *Simmenthal*, Jurispr. 1978, blz. 629, r. o. 21.

106 — Arrest Defrenne II, r. o. 15.

107 — Arrest Razzouk en Beydoun, aangehaald in voetnoot 102, r. o. 19; cf., aangaande de in dit arrest gehanteerde maatstaf, van „enig bruikbaar aanknopingspunt”, J. Mertens de Wilmars, „Le système communautaire de contrôle des sanctions dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes”, in *Egalité de traitement entre les hommes et les femmes, Revue du Travail*, april-mei-juni 1990, (731), blz. 735.

afwachting van een nieuwe aangepaste regeling, de in de bestaande regeling voor leden van de meer begunstigde geslachtsgroep toepasselijke norm ook op leden van de minder begunstigde geslachtsgroep moet worden toegepast.¹⁰⁸ Voor het verleden of, meer nauwkeurig gezegd, voor pensioen-uitkeringen die betrekking hebben op in het verleden gelegen tijdvakken van arbeid, verlangt het beginsel van gelijke behandeling derhalve dat de uitkeringen van de benadeelde geslachtsgroep worden opgetrokken naar het niveau van deze van de begunstigde geslachtsgroep.

Dit ligt evenwel anders voor uitkeringen die steunen op een nieuwe, aan het beginsel van gelijke behandeling aangepaste regeling welke betrekking heeft op in de *toekomst* gelegen tijdvakken van arbeid. Met de Commissie ben ik van mening dat het gemeenschapsrecht zich niet verzet tegen een verlaging van dergelijke uitkeringen, zolang deze uitkeringen op een voor mannelijke en vrouwelijke werknemers gelijk niveau blijven vastgesteld. Er anders over oordelen, zou neerkomen op een onwenselijke inmenging van gemeenschapswege in een beleidsdomein dat in de huidige stand van het communautaire recht tot de bevoegdheid van de Lid-Staten behoort, welke, zoals het Hof herhaaldelijk heeft beklemdtoond, „met betrekking tot de aard van de sociale beschermingsmaatregelen en de concrete

uitvoeringsmaatregelen ervan over een redelijke beleidsmargin beschikken”.¹⁰⁹

61. *Verhouding tussen de aansprakelijkheid van de pensioenregeling en deze van de werkgever.* Voor het geval zowel tegenover de werkgever als tegenover de trustee van een pensioenregeling beroep kan worden gedaan op artikel 119 stelt het High Court een aantal gedetailleerde vragen met betrekking tot de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de pensioenregeling en deze van de werkgever (vraag 1, lid 3), met name ingeval de middelen van het pensioenstelsel of van de werkgever ontoereikend zijn (vraag 1, lid 4).

Met Broughton, de Coloroll Group, de Britse regering en de Commissie ben ik van mening dat deze vragen in de huidige stand van het gemeenschapsrecht slechts op nationaal niveau kunnen worden behandeld. Artikel 119 EEG-Verdrag legt een direct werkende plicht op waarbij aan mannelijke en vrouwelijke werknemers hetzelfde loon voor dezelfde arbeid wordt gegarandeerd. Noch het Verdrag noch enige andere communautaire wetgeving regelt de respectieve aansprakelijkheden van de werkgever en derden voor wat de tenuitvoerlegging van deze verplichting betreft, in het bijzonder in de hypothese van insolventie van een bedrijfs-pensioenregeling of van de werkgever. Wel geldt ook hier dat het de nationale rechter toekomt om aan het gemeenschapsrecht zijn volle effect toe te kennen en de daartoe vereiste rechtsbescherming te waarborgen (hiervoor, punt 54). Daarbij is alleszins duidelijk dat de aansprakelijkheidsregelen die gelden

108 — Het Hof heeft dit criterium met name aangewend teneinde toepassing te verzekeren van het door artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 bekrachtigde beginsel van gelijke behandeling zolang aan deze richtlijn door de nationale wetgever geen (volledige) uitvoering is gegeven: zie arresten van 4 december 1986, zaak 71/85, FNV, Jurispr. 1986, blz. 3855, r. o. 22; 24 maart 1987, zaak 286/85, McDermott en Cotter, Jurispr. 1987, blz. 1453, r. o. 18; 24 juni 1987, zaak 384/85, Borrie Clarke, Jurispr. 1987, blz. 2865, r. o. 12; 13 december 1989, zaak C-102/88, Ruzius-Wilbrink, Jurispr. 1989, blz. 4311, r. o. 20; arrest Kowalska, aangehaald in voetnoot 101, r. o. 20; arrest Nimz, aangehaald in diezelfde voetnoot, r. o. 18; arrest van 11 juli 1991, zaak C-31/90, Johnson, Jurispr. 1991, blz. I-3723, r. o. 36.

109 — Arresten van 12 juli 1984, zaak 184/83, Hofmann, Jurispr. 1984, blz. 3047, r. o. 27; 7 mei 1991, zaak C-229/89, Commissie/België, Jurispr. 1991, blz. I-2205, r. o. 22, en 19 november 1992, zaak C-226/91, Molenbroek, Jurispr. 1992, blz. I-5943, r. o. 15.

met betrekking tot een schending van artikel 119, niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden en ook niet van dien aard mogen zijn, dat zij de uitoefening van door de communautaire rechtsorde verleende rechten praktisch onmogelijk, of toch uiterst moeilijk, maken.¹¹⁰

Artikel 119 en de diverse financieringsmethoden van bedrijfspensioenstelsels

62. Met vraag 5, lid 1, wil het High Court nog te weten komen of ten aanzien van pensioenregelingen die niet enkel door werkgeversbijdragen, maar ook door verplichte respectievelijk vrijwillige, aanvullende werknemersbijdragen worden gefinancierd, artikel 119 enkel geldt voor die uitkeringen uit het fondsvermogen die van de werkgeversbijdragen afkomstig zijn, of ook voor die uitkeringen die afkomstig zijn van voornoemde werknemersbijdragen.

Het antwoord op deze vraag is van principieel belang, al lijkt het mij voor de hand te liggen. Allereerst moet worden teruggegrepen naar de hiervoor (punt 4) aangehaalde passage uit het Barber-arrest, waarin het Hof oordeelde dat krachtens een vervangende regeling betaalde pensioenen *voordelen* zijn die de werkgever aan de werknemer biedt uit hoofde van zijn dienstbetrekking, en derhalve binnen de werkingssfeer van artikel 119

vallen.¹¹¹ Het Hof besloot daartoe op grond van een analyse van de betrokken pensioenregelingen, waarbij het onder meer had vastgesteld dat deze „geheel door de werkgever of door werkgever en werknemers te zamen gefinancierd [worden], zonder dat de overheid er ooit aan bijdraagt”.¹¹² Hieruit blijkt dat het Hof geen enkel onderscheid maakt, voor wat de kwalificatie als door artikel 119 bestreken „voordelen” betreft, tussen uitkeringen van een bedrijfspensioenstelsel naargelang van de *financieringswijze* van een dergelijk stelsel, het weze uitsluitend op grond van werkgeversbijdragen dan wel op grond van zowel werkgevers- als werknemersbijdragen. Dat niet enkel met werkgeversbijdragen betaalde uitkeringen onder artikel 119 ressorteren, kon trouwens reeds worden afgeleid uit het arrest Worringham, waar het Hof oordeelde dat een werknemersbijdrage aan een vervangende pensioenregeling (waarin enkel voor mannelijke werknemers een bijdrageplicht gold) welke door de werkgever voor rekening van de werknemer aan een pensioenfonds wordt betaald, beloning uitmaakt in de zin van artikel 119.¹¹³

Een dergelijk onderscheid tussen werkgevers- en werknemersbijdragen zou overigens in de praktijk onwerkzaam zijn. Beide vormen van bijdragen zijn normalerwijze niet van elkaar gescheiden in het vermogen van een pensioenstelsel en worden als een geheel beheerd. Doch zelfs indien een distictie mogelijk zou zijn, acht ik ze volstrekt arbitrair en onwenselijk: stelsels die uitsluitend gefinancierd worden met werkgeversbijdragen, zouden dan onverkort het

110 — Dit werd ook reeds in gelijke behandelingszaken door het Hof uitdrukkelijk bevestigd: cf., met betrekking tot richtlijn 79/7, het arrest Verholen, aangehaald in voetnoot 97, evenals het arrest van 25 juli 1991, zaak C-208/90, Emmott, Jurispr. 1991, blz. I-4269, r. o. 16. Zie meer in het bijzonder voor wat betreft schadevergoedingsvorderingen, het arrest Francovich en Bonifaci, r. o. 43. De drie arresten verwijzen op dit punt naar het arrest van 9 november 1983, zaak 199/82, San Giorgio, Jurispr. 1983, blz. 3595, meer bepaald r. o. 12.

111 — Arrest Barber, r. o. 28; cf. reeds de laatste zin van r. o. 25: „Derhalve maken dergelijke regelingen deel uit van de door de werkgever aan de werknemers geboden voordelen.”

112 — Arrest Barber, r. o. 25.

113 — Arrest Worringham, r. o. 17.

beginsel van gelijke behandeling moeten toepassen, terwijl dit slechts ten dele zou gelden — namelijk niet ten belope van de werknemersbijdragen — voor stelsels wier financiering mede afhangt van werknemersbijdragen. Dit zou ongetwijfeld aanleiding geven tot tal van constructies om artikel 119 te omzeilen, en derhalve tot nieuwe vormen van discriminatie.

Toepasselijkheid van artikel 119 op pensioenregelingen waarbij slechts personen van één geslacht zijn aangesloten

63. Grotendeels dezelfde redenen pleiten er mijns inziens voor om, voor wat de toepassing van artikel 119 betreft, geen onderscheid toe te laten alnaargelang het gaat om *verplichte dan wel vrijwillige werknemersbijdragen*. De argumenten van een aantal interveniënten, dat dergelijke facultatieve werknemersbijdragen in een afzonderlijk fonds worden beheerd en dat de ermee corresponderende uitkeringen meestal niet op grond van de tijdvakken van arbeid en het loon van de aangeslotene worden berekend, maar door de vaststelling van een bepaalde som die aan de waarde van de verrichte bijdragen beantwoordt, kunnen mij niet van het tegendeel overtuigen. Ook hier gaat het steevast om uitkeringen die betaald worden krachtens een vervangende respectievelijk aanvullende pensioenregeling en kan dus niet ontkend worden dat ook zij, in de zin van het Barber-arrest, deel uitmaken van de voordelen die een werkgever aan zijn werknemers biedt uit hoofde van hun dienstbetrekking. Artikel 119 is met andere woorden toepasselijk op *alle uitkeringen* die in het kader van een bedrijfspensioenregeling aan de werknemers *uit hoofde van hun dienstbetrekking* worden betaald.

64. Met zijn laatste, zesde vraag, wenst het High Court te vernemen of artikel 119 ook geldt voor pensioenregelingen waarbij altijd slechts personen van één geslacht zijn aangesloten geweest. Meer in het bijzonder is het de vraag of een persoon die bij een dergelijk stelsel is aangesloten, recht heeft op de aanvullende uitkeringen waarop hij ingevolge artikel 119 recht zou hebben gehad, indien bij die pensioenregeling ook een persoon of meerdere personen van het andere geslacht aangesloten waren geweest.

65. Vanuit het oogpunt van artikel 119 kan deze vraag eenvoudig worden beantwoord, aangezien pensioenregelingen waarbij enkel werknemers van één geslacht zijn aangesloten, doorgaans, zoniet altijd, betrekking hebben op een onderneming of bedrijfsafdeling waarin slechts werknemers van één geslacht worden tewerkgesteld. In het arrest Macarthys heeft het Hof uitdrukkelijk de stelling verworpen dat een vrouwelijke werknemer een beroep kan doen op artikel 119 om het loon te eisen waarop zij aanspraak zou hebben indien zij een man was, zelfs indien er geen mannelijke werknemer in de betrokken onderneming of dienst is of is geweest die vergelijkbare arbeid verricht of heeft verricht (het zogenaamde criterium van de „hypothetische mannelijke werknemer”). Onder artikel 119, zo bevestigde het Hof, blijven de vergelijkingen beperkt „tot

overeenkomstigheden die kunnen worden vastgesteld bij een concrete beoordeling van het werk dat daadwerkelijk door werknemers van verschillende kunne binnen dezelfde inrichting of dienst wordt verricht".¹¹⁴

Anders uitgedrukt: voor zover binnen een onderneming of afdeling daarvan enkel werknemers van het ene geslacht werken, kan door deze werknemers geen beroep worden gedaan op artikel 119 met het oog op gelijkgeschakeling van hun loon en overige voordelen met het niveau van dit loon en deze voordelen, die aan een hypothetische werknemer van het andere geslacht zouden toekomen. In zulk geval kan immers het voor de toepassing van artikel 119 wezenlijke criterium van de gelijke, of minstens verge-

lijkbare, arbeid door de werknemer van het andere geslacht, niet worden toegepast.

De zaken zouden uiteraard anders liggen ingeval een werkgever ertoe overgaat om afzonderlijke pensioenregelingen voor te stellen aan zijn werknemers alnaargelang hun geslacht. In een dergelijke hypothese, waarover de Britse regering terecht opmerkt dat zij buiten het bereik van de door het High Court gestelde vraag valt, lijkt artikel 119 mij te vereisen dat nagegaan wordt of de aan mannelijke en vrouwelijke werknemers — op grond van de onderscheiden pensioenregelingen — toegekende pensioenuitkeringen voldoen aan de criteria „gelijk loon” en „gelijke arbeid” in de zin van artikel 119.

Conclusie

66. Gelet op de hieraan voorafgaande beschouwingen, geef ik het Hof in overweging de in onderhavige zaken voorliggende vragen als volgt te beantwoorden:

In zaken C-109/91, C-110/91, C-152/91 en C-200/91:

„Op de rechtstreekse werking van artikel 119 van het Verdrag kan geen beroep worden gedaan om aanspraak te maken op een bedrijfspensioen dat verworven werd in verband met vóór de datum van het arrest van 17 mei 1990 in zaak C-262/88, Barber, gelegen tijdvakken van arbeid, behalve in het geval van werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld.”

In zaak C-109/91:

„Een weduwnaarpensioen zoals dit in deze zaak voorligt, is te beschouwen als beloning in de zin van artikel 119, tweede alinea, EEG-Verdrag. Op artikel 119 kan

¹¹⁴ — Arrest Macarthy's, r. o. 15.

evenwel in dit verband geen beroep worden gedaan om aanspraak te maken op een dergelijk weduwnaarpensioen voor zover dit pensioen beantwoordt aan tijdvakken van arbeid gelegen vóór het tijdstip van het arrest van het Hof in deze zaak, behalve in het geval van werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld."

In zaken C-110/91 en C-200/91:

„Het uit artikel 119 EEG-Verdrag voortvloeiende verbod met betrekking tot de vaststelling van een naar geslacht verschillende leeftijd inzake pensioengerechtigdheid, alsmede de beperking in de tijd van deze regel, zoals voorgeschreven door het arrest van 17 mei 1990 in zaak C-262/88, Barber, zijn niet enkel toepasselijk op vervangende pensioenregelingen, doch tevens op alle andere vormen van bedrijfspensioenregelingen."

In zaken C-152/91 en C-200/91:

„Artikel 119 van het Verdrag staat eraan in de weg, dat in het kader van een bedrijfspensioenregeling naar geslacht verschillende actuariële berekeningselementen in aanmerking worden genomen, althans voor zover dit resulteert in voor mannelijke en vrouwelijke werknemers verschillende bijdragen of uitkeringen. Op de rechtstreekse werking van artikel 119 kan in dit verband evenwel geen beroep worden gedaan met betrekking tot pensioenaanspraken die beantwoorden aan tijdvakken van arbeid gelegen vóór de datum van het arrest in deze zaken, behalve in het geval van werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld."

In zaak C-200/91:

- „1. Ook de overlevende echtgenoot kan een beroep doen op de rechtstreekse werking van artikel 119 EEG-Verdrag met betrekking tot aanspraken welke de overleden werknemer had op uitkeringen ingevolge een bedrijfspensioenregeling.

2. Op artikel 119 van het Verdrag kan door de werknemer of zijn rechtverkrijgenden een beroep worden gedaan tegen de trustees van een bedrijfspensioenregeling.
3. De trustees van een bedrijfspensioenregeling zijn er op grond van artikel 119 van het Verdrag toe gehouden alles te doen wat binnen hun bevoegdheden ligt om te waarborgen dat de aan werknemers of hun rechtverkrijgenden te verichten uitkeringen voldoen aan het in dit artikel neergelegde beginsel van gelijke behandeling.
4. Zolang aan artikel 119 EEG-Verdrag geen correcte uitvoering is gegeven, moeten de pensioenuitkeringen van de benadeelde geslachtsgroep worden opgetrokken naar het niveau van de begunstigde geslachtsgroep. Het gemeenschapsrecht staat er evenwel niet aan in de weg dat een nieuwe, aan het beginsel van gelijke behandeling aangepaste regeling welke betrekking heeft op in de toekomst gelegen tijdvakken van arbeid, pensioenuitkeringen zou verlagen, zolang deze uitkeringen op een voor mannelijke en vrouwelijke werknemers gelijk niveau blijven vastgesteld.
5. De vraag naar de verhouding tussen de aansprakelijkheid van een pensioenregeling en deze van de werkgever met betrekking tot schendingen van artikel 119 EEG-Verdrag, met name bij ontoereikendheid van de geldmiddelen van een dezer partijen, kan in de huidige stand van het gemeenschapsrecht slechts op nationaal niveau worden behandeld. Het gemeenschapsrecht vereist daarentegen wel dat de nationale aansprakelijkheidsregelen die gelden met betrekking tot een schending van artikel 119 niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden, en dat zij niet van dien aard zouden zijn, dat zij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten praktisch onmogelijk, of toch uiterst moeilijk, maken.
6. Voor de toepassing van artikel 119 van het Verdrag is het zonder belang of een bedrijfspensioenregeling uitsluitend op basis van werkgeversbijdragen, dan wel tevens op grond van verplichte dan wel vrijwillige werknemersbijdragen wordt gefinancierd.
7. Wanneer binnen een onderneming of afdeling daarvan enkel werknemers van het ene geslacht werken en die aangesloten zijn bij een bedrijfspensioenregeling waarbij slechts personen van dat geslacht zijn aangesloten, kan door deze werknemers geen beroep worden gedaan op artikel 119 EEG-Verdrag met het oog op gelijkschakeling van hun pensioen met datgene welk aan een hypothetische werknemer van het andere geslacht zou toekomen."