

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
G. COSMAS  
van 13 juli 1995 \*

1. In deze zaak wordt het Hof bij vonnis van de kantonrechter te Rotterdam verzocht om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 119 EG-Verdrag in verband met de deelneming in bedrijfspensioenregelingen, van het arrest Barber van 17 mei 1990<sup>1</sup>, alsmede van het protocol ad artikel 119 van het Verdrag, dat als tweede protocol is gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie van 7 februari 1992.

berikte Dietz de 61-jarige leeftijd en ging zij, zoals op 18 juli 1990 met haar werkgever overeengekomen, met vervroegd pensioen krachtens de vervroegde uitredingsregeling die Thuiszorg hanteerde. Ingevolge de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (hierna: de „wet BPF”)<sup>2</sup> was Thuiszorg verplicht aangesloten bij het Pensioenfonds voor de Gezondheids-, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen (hierna: het „pensioenfonds PGGM”). Blijkens de verwijzingsbeschikking is de deelneming bij dat bedrijfspensioenfonds verplicht gesteld op grond van artikel 3, lid 1, van de wet BPF. Dat artikel bepaalt dat de minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid, op verzoek van vertegenwoordigers van het georganiseerde bedrijfsleven in een bedrijfstak, de deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht kan stellen.

I — Het geschil

2. Het gaat om de consequenties van het voornoemde arrest Barber voor vrouwen die in deeltijd werken. Van 11 december 1972 tot 6 november 1990 was F. J. M. Dietz bij verweerster, de Stichting Thuiszorg Rotterdam (hierna: „Thuiszorg”) en de rechtsvoorgangster van verweerster, de stichting Katholieke Maatschappelijke Gezinszorg, in deeltijd — zeven uur in de week — werkzaam als bejaardenhelpster. Op 6 november 1990

3. Tot 1 januari 1991 heeft Dietz niet aan de pensioenregeling van haar werkgever kunnen deelnemen, aangezien deeltijdwerkers die, zoals Dietz, 40 % of minder van de normale arbeidstijd werkten, daarvan waren uitgesloten. Daardoor heeft Dietz vóór 1 januari

\* Oorspronkelijke taal: Grieks.

1 — Zaak C-262/88, Jurispr. 1990, blz. I-1889.

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

1991 geen pensioenrechten op grond van de oude pensioenregeling kunnen opbouwen. Op 1 januari 1991 werd die beperking afgeschaft in het kader van de aanpassing van de bedrijfspensioenfondswet aan 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.<sup>3</sup> Bij die gelegenheid werd een overgangsregeling ingesteld die voor werknemers die van het pensioenfonds PGGM uitgesloten waren geweest, voorzag in toekenning van een pensioen krachtens een overbruggingsuitkering (hierna: „OBU”).

hoogte geweest van de op handen zijnde afschaffing van die beperking, maar verweerster, Thuiszorg, wist daar wel van en had haar daarover moeten inlichten. Volgens verzoekster heeft Thuiszorg in strijd met artikel 119 van het Verdrag gehandeld door haar niet te laten deelnemen in het pensioenfonds PGGM waarbij Thuiszorg was aangesloten. Het in artikel 119 van het Verdrag vervatte beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen geeft haar een recht op deelname en op een dienovereenkomstig pensioen met terugwerkende kracht vanaf 8 april 1976, de datum waarop het arrest Defrenne II<sup>4</sup> werd gewezen, waarin het Hof verklaarde dat artikel 119 rechtstreekse en horizontale werking heeft. Verzoekster vordert voor de kantonrechter, Thuiszorg te gelasten haar met ingang van 8 april 1976 te laten deelnemen in de pensioenregeling van het pensioenfonds PGGM dan wel een zodanige regeling te treffen dat zij bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd pensioen ontvangt als ware zij sinds 8 april 1976 deelnemer geweest in het pensioenfonds PGGM.

4. Op 2 december 1992 maakte Dietz voor de kantonrechter te Rotterdam een procedure tegen Thuiszorg aanhangig, waarin zij stelde dat zij haar vervroegde pensionering op 6 november 1990 zou hebben uitgesteld, als haar bekend was geweest dat deeltijdwerkers na 1 januari 1991 niet meer zouden zijn uitgesloten van verwerving van pensioenrechten, en dat zij krachtens bovengenoemde, bij de afschaffing van die beperking voor deeltijdwerkers ingestelde overgangsregeling, een pensioen had kunnen krijgen op grond van de OBU. Zij was niet op de

5. Verweerster van haar kant stelt, dat zij ten tijde van de afspraak met verzoekster over haar vervroegde pensionering nog niet wist dat de afschaffing van de uitsluiting van deeltijdwerkers gepaard zou gaan met een overgangsregeling voor die werknemers. Voorts ontkent verweerster, enige zeggenschap of invloed te hebben aangaande het handelen van het pensioenfonds PGGM; ver-

3 — PB 1986, L 225, blz. 40.

4 — Arrest van 8 april 1976, zaak 43/75, Jurispr. 1976, blz. 455.

zoekster had haar vordering tot toelating tot de litigieuze pensioenregeling rechtstreeks tegen dat pensioenfonds moeten instellen en niet tegen verweerster, die derhalve ten onrechte is gedagvaard. Voorts acht verweerster de vordering van verzoekster om met terugwerkende kracht tot 8 april 1976 tot de regeling te worden toegelaten, niet toewijsbaar, gelet op het voornoemde arrest Barber van 17 mei 1990. De kantonrechter oordeelde op sommige punten verheldering van het gemeenschapsrecht nodig, en besloot de behandeling van de zaak te schorsen om het Hof krachtens artikel 177 van het Verdrag een aantal vragen te stellen.

De volledige tekst van de prejudiciële vragen luidt als volgt:

„1) Valt onder het recht op (gelijke) beloning als bedoeld in artikel 119 EG-Verdrag ook aanspraak op deelname in een bedrijfspensioenregeling als de onderhavige die van hogerhand is opgelegd?

## II — De prejudiciële vragen

1a) Maakt het voor de beantwoording van die vraag zoals de kantonrechter te Utrecht die heeft gesteld, verschil uit:

6. In zijn vonnis van 18 oktober 1993 <sup>5</sup> verzoekt de kantonrechter te Rotterdam het Hof uitspraak te doen over vragen die de kantonrechter te Utrecht reeds op 18 maart 1993 aan het Hof had gesteld in zaak C-128/93. <sup>6</sup> De kantonrechter te Rotterdam verwijst uitdrukkelijk naar de vragen van de kantonrechter te Utrecht en stelt nog enige aanvullende vragen.

a) dat bij de totstandkoming van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds naast overwegingen van sociaal beleid (bij een bedrijfstakgewijze opbouw van de pensioenvoorziening worden de kosten door alle onder de bedrijfstak vallende ondernemingen gezamenlijk gedragen) het tegengaan van onderlinge concurrentie in de bedrijfstak de bepalende drijfveer was?

<sup>5</sup> — PB 1993, C 338, blz. 12.

<sup>6</sup> — Arrest van 28 september 1994, Fisser, Jurispr. 1994, blz. I-4583.

- b) dat een ambtshalve verplichtstelling weliswaar in het oorspronkelijke ontwerp van de Wet BPF voorkwam, maar in de uiteindelijke wet niet is teruggekeerd (Tweede Kamer 1948-1949, 785, nr. 6)?
- c) of door de stichting Thuiszorg Rotterdam geen of juist wel bezwaar is ingediend tegen de verplichtstelling (en daaraan door de minister is voorbijgegaan)?
- d) of door de stichting Thuiszorg wel of geen onderzoek is verricht onder de bij haar in dienst zijnde werknemers, waarvan de uitkomsten grond op zouden hebben kunnen leveren, vrijstelling te vragen of de werknemers over de mogelijkheid van de vrijstelling te informeren?
- 2) Indien vraag 1) bevestigend wordt beantwoord, geldt de beperking in de tijd die het Hof heeft aangelegd in de Barber-zaak voor een pensioenvoorziening als waarvan sprake was in de Barber-zaak (‘contracted-out schemes’), ook voor een aanspraak op deelname in een bedrijfspensioenregeling als de onderhavige, waarvan eiseres als gehuwde vrouw was uitgesloten?
- 2a) Indien vraag 1) bevestigend wordt beantwoord, geldt de beperking in de tijd die het Hof heeft aangelegd in de Barber-zaak voor een pensioenvoorziening als waarvan sprake was in de Barber-zaak (‘contracted-out schemes’), ook voor uitbetaling van een ouderdomspensioen?
- 3) Is in gevallen waarin de in een onderneming gehanteerde pensioenregeling verplicht is gesteld op grond van de wet, de uitvoerder en beheerder van die regeling (het bedrijfspensioenfonds) gehouden het in artikel 119 EEG-Verdrag vervatte beginsel van gelijke behandeling toe te passen en kan de werknemer die benadeeld wordt door de niet-naleving van die norm het pensioenfonds rechtstreeks aanspreken alsof het de werkgever betreft?
- Ter toelichting van deze vraag kan dienen dat de kantonrechter niet bevoegd is om een vordering op grond van een

onrechtmatige daad te beoordelen, omdat het belang van de vordering de competentiegrens overschrijdt. In deze procedure is dus van belang of eiseres op grond van haar arbeidsovereenkomst het pensioenfonds kan aanspreken.

de onderhavige zaak die bij dagvaarding uitgebracht op 2 december 1992 bij het kantongerecht aanhangig is gemaakt?"

- 4) Indien eiseres op grond van artikel 119 EEG-Verdrag een aanspraak heeft op deelname in het bedrijfspensioenfonds vanaf een tijdstip dat ligt voor 1 januari 1991, wil dat dan ook zeggen dat zij niet verplicht is de premie te betalen die zij had moeten betalen als zij eerder was toegelaten tot het pensioenfonds?

In deze vragen gaat het om de problematiek rond de toepasselijkheid van artikel 119 van het Verdrag op bedrijfspensioenregelingen en de gelding van de beperking in de tijd van de werking van het voornoemde arrest Barber.

### III — De relevante wetgeving en rechtspraak

- 5) Is het van belang dat eiseres niet eerder heeft gereageerd ten einde de rechten die zij thans pretendeert af te dwingen?

7. Artikel 119 van het Verdrag bepaalt: „Iedere Lid-Staat verzekert gedurende de eerste etappe en handhaaft vervolgens de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid.

- 6) Hebben het bij het Verdrag van Maastricht behorende protocol bij artikel 119 van het EEG-Verdrag (het Barber-protocol) alsmede (het wetsvoorstel tot wijziging van) het overgangsartikel III van het wetsvoorstel 20890, dat beoogt uitvoering te geven aan de vierde richtlijn, gevolgen voor de beoordeling van

Onder beloning in de zin van dit artikel dient te worden verstaan 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.

Gelijkheid van beloning zonder onderscheid naar kunne houdt in:

- a) dat de beloning voor gelijke arbeid in stukloon wordt vastgesteld op basis van een zelfde maatstaf,
- b) dat de beloning voor arbeid in tijdloon dezelfde is voor een zelfde functie.”

In het arrest *Bilka*<sup>7</sup>, dat nadien werd bekrachtigd bij de arresten *Barber* (reeds aangehaald) en *Ten Oever*<sup>8</sup>, oordeelde het Hof dat zowel het recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling als het recht op uitkeringen uit hoofde van die regeling binnen de werkingssfeer van artikel 119 valt. In het arrest *Barber* oordeelde het Hof meer in het bijzonder, dat de door particuliere bedrijfsregelingen betaalde pensioenen, anders dan uitkeringen uit hoofde van de nationale wettelijke sociale-zekerheidsregelingen, voordelen zijn die de werkgever aan de werknemer betaalt uit hoofde van zijn dienstbetrekking, en derhalve onder het begrip „beloning” vallen in de zin van artikel 119 van het Verdrag.

8. Het praktisch gevolg van deze rechtspraak is dat differentiëring van de pensioengerechtigde leeftijd naar geslacht in een bedrijfspensioenregeling wat de uitbetaling van het pensioen betreft een door artikel 119 verboden onderscheid is. Zulks ondanks dat richtlijn 86/378 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<sup>9</sup>, evenals overigens richtlijn 79/7/EEG 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<sup>10</sup>, uitzonderingen toestaat op het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen wat de pensioengerechtigde leeftijd betreft (artikel 9, sub a, van de richtlijn). Dit betekent, dat richtlijn 86/378 vrijwel geen belang meer heeft, aangezien uitkeringen van bedrijfspensioenregelingen niet meer tot het toepassingsgebied van die richtlijn moeten worden gerekend, maar tot dat van artikel 119.

9. Het Hof heeft de werking van het arrest *Barber* echter beperkt in de tijd: „Op de rechtstreekse werking van artikel 119 van het Verdrag kan geen beroep 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 rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsoverdracht of een naar

7 — Arrest van 13 mei 1986, zaak 170/84, Jurispr. 1986, blz. 1607.

8 — Arrest van 6 oktober 1993, zaak C-109/91, Jurispr. 1993, blz. I-4879.

9 — PB 1986, L 225, blz. 40 (zie ook de rectificatie in PB 1986, L 283, blz. 27). De termijn voor de tenuitvoerlegging van deze richtlijn door de Lid-Staten liep af op 30 juli 1989.

10 — PB 1979, L 6, blz. 24.

geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld.”<sup>11</sup> De strekking van die beperking heeft het Hof nader verduidelijkt in het arrest Ten Oever: „Ingevolge het arrest van 17 mei 1990 (C-262/88, Barber) kan op de rechtstreekse werking van artikel 119 EEG-Verdrag slechts een beroep worden gedaan tencinde gelijkheid van behandeling op het gebied van bedrijfspensioenen te eisen, wanneer het gaat om uitkeringen die verschuldigd zijn uit hoofde van na 17 mei 1990 vervulde tijdvakken van arbeid, behoudens de uitzondering ten gunste van werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsvordering hebben ingesteld of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingediend.”<sup>12</sup>

10. Precisering van de werking in de tijd van de rechtstreekse werking van artikel 119 van het Verdrag ten aanzien van pensioenen die uit hoofde van een bedrijfspensioenregeling worden toegekend, is ook het doel van Protocol nr. 2 (hierna: het Barber-protocol), dat deel uitmaakt van het EG-Verdrag sinds 1 november 1993, de datum waarop het Verdrag betreffende de Europese Unie in werking trad. De tekst van het protocol luidt als volgt: „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 rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht

daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld.” Hier is dus voor dezelfde oplossing gekozen als het Hof in zijn zojuist geciteerde rechtspraak heeft toegepast.

#### IV — Beantwoording van de prejudiciële vragen

11. In de Lid-Staten waar bedrijfspensioenregelingen een lange traditie kennen, ontstond grote onzekerheid over de consequenties en de gevolgen in de tijd die de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van artikel 119 voor die regelingen zouden hebben, wat tot een groot aantal prejudiciële verzoeken aanleiding heeft gegeven.

Het voorliggende geval moet tegen die achtergrond worden gezien. Het Hof heeft in het voornoemde arrest Fisscher de meeste door de kantonrechter te Rotterdam gestelde vragen reeds beantwoord.

#### *De eerste prejudiciële vraag*

12. Deze vraag bestaat uit twee onderdelen. Met het eerste onderdeel wenst de kantonrechter te vernemen, of de aanspraak op

11 — Punt 5 van het dictum.

12 — Arrest Ten Oever, punt 2 van het dictum. Deze uitspraak werd bevestigd bij arresten van 14 december 1993, zaak C-110/91, Moroni, Jurispr. 1993, blz. I-6591, punt 3 van het dictum, en 22 december 1993, zaak C-152/91, Neath, Jurispr. 1993, blz. I-6935, punt 1 van het dictum.

deelneming in een bedrijfspensioenregeling wordt bestreken door het in artikel 119 van het Verdrag geformuleerde discriminatieverbod. Die vraag heeft het Hof in het arrest Fisscher bevestigend beantwoord.<sup>13</sup> Ik signaleer slechts, dat het hier in geding zijnde pensioenfonds PGGM dezelfde kenmerken vertoont als de pensioenregeling die in de zaak Fisscher aan de orde was. Naar uit de verwijzingsbeschikking en de opmerkingen van verzoekster in het hoofdgeding blijkt, gaat het ook hier om een pensioenregeling die aan de in het arrest Barber geformuleerde criteria beantwoordt: het gaat om een regeling waaraan de gehele betreffende bedrijfstak verplicht deelneemt, die is ingesteld na collectief overleg binnen de betrokken bedrijfstak en niet rechtstreeks bij wet, en die wordt gefinancierd door werkgevers en werknemers, zonder enige bijdrage van de overheid, en die niet geldt voor algemene categorieën werknemers, maar alleen voor die werknemers die werkzaam zijn in een bepaalde bedrijfstak. Derhalve gelden artikel 119 van het Verdrag en het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen ook in het geval van het pensioenfonds PGGM.

bedrijfspensioenfonds van toepassing is. Ik meen, dat die omstandigheden niet kunnen afdoen aan de kwalificatie van de deelname in een bedrijfspensioenfonds als voordeel dat de werkgever de werknemer uit hoofde van de dienstbetrekking betaalt, in de zin van artikel 119 EG-Verdrag, en de toepasselijkheid van die bepaling in onderhavig geval dus niet twijfelachtig kunnen maken. Noch de beweegredenen van de Nederlandse werkgever voor het invoeren van de wet BPF, noch de in het oorspronkelijke wetsontwerp voorziene verplichte deelname, die uiteindelijk niet is overgenomen, noch ook de vraag of verweerster nu wel of geen bezwaar heeft gemaakt tegen verplichte deelname dan wel of zij al dan niet onderzoek heeft gedaan onder haar werknemers met het oog op eventuele vrijstelling van de verplichte deelname, zijn immers van invloed op de voormelde criteria op grond waarvan volgens het arrest Barber de deelname aan een bedrijfspensioenregeling en de ingevolge die regeling genoten uitkeringen te kwalificeren zijn als voordelen die de werkgever de werknemer uit hoofde van de dienstbetrekking betaalt.

#### *De tweede prejudiciële vraag*

13. Met het tweede onderdeel (1a) van de eerste vraag informeert de verwijzende rechter, of de door hem nader genoemde omstandigheden verandering kunnen brengen in de hierboven genoemde conclusie, dat artikel 119 op het recht op deelname in een

14. Ook deze vraag bestaat uit twee onderdelen. Met het eerste onderdeel vraagt de kantonrechter te Rotterdam, of de beperking in de tijd die het Hof aan de werking van het arrest Barber heeft gesteld, tevens geldt voor het recht op deelname in een bedrijfspensioenregeling als de onderhavige. Ook deze vraag werd in het arrest Fisscher door

13 — Punt 1 van het dictum van het arrest Fisscher.

het Hof beantwoord. Het Hof oordeelde: „De beperking in de tijd van de werking van het arrest van 17 mei 1990 (zaak C-262/88, Barber) geldt niet voor het recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling.”<sup>14</sup>

15. Naar uit vergelijking van beide onderdelen van de tweede vraag blijkt, wordt in het tweede onderdeel (2a) gevraagd of, gelet op het antwoord op de voorgaande vraag, de in de rechtspraak van het Hof en het Barber-protocol voorziene beperking in de tijd van de mogelijkheid van een beroep op de rechtstreekse werking van artikel 119, in het geval van deelname met terugwerkende kracht in een bedrijfspensioenregeling ook geldt voor de uitbetaling van pensioen. De nationale rechter vraagt in wezen, of voor toepassing van de temporele beperking onderscheid moet worden gemaakt tussen het recht op deelname in een bedrijfspensioenstelsel en de aanspraak op uitbetaling van pensioen uit hoofde van dat stelsel.

16. Ten aanzien van deze vraag moet eerst worden opgemerkt, dat het Hof zich blijkens de voornoemde arresten Ten Oever en Moroni op het standpunt stelt, dat de in het arrest Barber geformuleerde beginselen, met inbegrip van dat van de temporele beperking, ook voor andere bedrijfspensioenstelsels

gelden. Dat kunnen bij voorbeeld aanvullende bedrijfspensioenregelingen zijn. Het arrest Barber mag dus niet aldus worden opgevat, dat het alleen op vervangende („contracted out”) bedrijfspensioenregelingen betrekking heeft, waar het in die zaak om ging. Overeenkomstig hetgeen ik hiervoor heb uiteengezet, valt de litigieuze bedrijfspensioenregeling naar haar aard onder de werking van de temporele beperking.

17. Vervolgens moet worden nagegaan, in hoeverre de beperking in de tijd geldt voor de uitkeringen. Het Barber-protocol, waarin de oplossing uit het gelijknamige arrest werd overgenomen, bepaalt in het algemeen dat uitkeringen uit hoofde van een ondernemings- of sectoriële regeling inzake sociale zekerheid voor de toepassing van artikel 119 van het Verdrag niet als beloning beschouwd worden indien en voor zover zij kunnen worden toegerekend aan tijdvakken van arbeid vóór 17 mei 1990. Voor uitkeringen die aan vóór die datum gelegen tijdvakken van arbeid moeten worden toegerekend, behoeft het beginsel van gelijke behandeling dus niet te worden geëerbiedigd.

De algemene bewoordingen waarin het protocol is gesteld, leiden tot de conclusie dat de daarin geregelde temporele beperking alle uitkeringen bestrijkt die uit hoofde van een bedrijfsregeling voor sociale zekerheid worden uitbetaald. Deze conclusie is door het

14 — Punt 2 van het dictum.

Hof bevestigt, waar het in de recente, reeds aangehaalde arresten in de zaken Fisscher en Beune en in de zaak Vroege<sup>15</sup> benadrukte: „Ofschoon in protocol nr. 2 de uitlegging die in het arrest Barber aan artikel 119 is gegeven, wordt uitgebreid tot alle uitkeringen uit hoofde van een ondernemings- of sectoriële regeling inzake sociale zekerheid en in het Verdrag wordt geïncorporeerd, heeft het protocol in hoofdzaak dezelfde uitlegging aan het arrest Barber gegeven als het arrest Ten Oever (...)”<sup>16</sup> In tegenstelling dus tot de aanspraak op deelname in een bedrijfs-pensioenregeling, die zoals hierboven reeds uiteengezet, niet aan de beperking in de tijd onderworpen is, is de aanspraak op genot van een uitkering (van ouderdomspensioen) uit hoofde van een dergelijk stelsel wel aan de beperking in de tijd onderhevig.

18. In de praktijk heeft de toepassing van de temporele beperking op uitkeringen uit hoofde van bedrijfsregelingen tot gevolg, dat zodra het Hof een discriminatie op het gebied van de beloning heeft vastgesteld en zolang in het kader van de regeling geen maatregelen zijn getroffen om de gelijkheid van behandeling te herstellen, artikel 119 gebiedt dat voor de periode na 17 mei 1990 „de leden van de benadeelde groep dezelfde voordelen [worden toegekend] als de leden van de bevoordeelde groep genieten”.<sup>17</sup> In geval van een verschil in pensioengerechtigde leeftijd moeten, ter herstel van de gelijkheid, de pensioenrechten van mannen worden berekend op basis van dezelfde pensioengerechtigde leeftijd als die welke voor vrouwen

geldt.<sup>18</sup> Dat geldt echter niet voor tijdvakken van arbeid die vóór 17 mei 1990 zijn vervuld. Voor die tijdvakken is artikel 119 niet dwingend van toepassing, zodat werkgevers en beheerders van bedrijfspensioenregelingen niet gehouden zijn de gelijkheid van behandeling te verzekeren ten aanzien van de over die tijdvakken verschuldigde uitkeringen.<sup>19</sup>

19. Die beginselen gelden logischerwijze ook voor het geval van werknemers die door discriminatie van deelname in een bedrijfsregeling voor sociale zekerheid uitgesloten waren en die vervolgens met terugwerkende kracht onder een dergelijk stelsel komen te vallen. Die werknemers zullen, eenmaal tot die regeling toegelaten, geen toepassing van artikel 119 kunnen verlangen voor uitkeringen die corresponderen met vóór 17 mei 1990 vervulde tijdvakken.

20. Dat artikel 119 zonder beperking in de tijd toepasselijk is voor wat de deelname in een bedrijfsregeling voor sociale zekerheid betreft, betekent niet, dat voor de uitbetaling van verschuldigde uitkeringen hetzelfde zou gelden.

Een tegengestelde uitlegging zou een gunstige behandeling betekenen voor werknemers.

15 — Arresten van 28 september 1994, zaak C-7/93, Beune, Jurispr. 1994, blz. I-4471, en zaak C-57/93, Vroege, Jurispr. 1994, blz. I-4541.

16 — Arresten Fisscher, r. o. 49, Beune, r. o. 61 en Vroege, r. o. 41.

17 — Arrest van 28 september 1994, zaak C-408/92, Avdel Systems, Jurispr. 1994, blz. I-4435, r. o. 17.

18 — Arrest Avdel Systems, r. o. 18.

19 — Arrest Avdel Systems, r. o. 19.

mers die door discriminatie uitgesloten waren van deelname in een bedrijfsregeling maar later met terugwerkende kracht zijn toegelaten; die werknemers zouden zich dan op het gelijkheidsbeginsel kunnen beroepen ter bepaling van de hoogte van de hun toekomende uitkeringen corresponderend met de vóór 17 mei 1990 vervulde tijdvakken van arbeid, terwijl de werknemers die van aanvang aan bij die regeling aangesloten waren, een dergelijk recht niet hebben.

Zulk een onderscheid is niet aanvaardbaar. Zoals het Hof in het arrest Fisscher benadrukte, kan de werknemer „niet verlangen, dat hij, in het bijzonder op het financiële vlak, gunstiger wordt behandeld dan wanneer hij regelmatig bij de regeling aangesloten was geweest”.<sup>20</sup>

Op grond van deze overwegingen kom ik tot de conclusie, dat de beperking in de tijd van de mogelijkheid van een beroep op de rechtstreekse werking van artikel 119, ook geldt voor de aanspraak op uitbetaling van pensioen uit hoofde van een bedrijfspensioenregeling, in het geval dat de werknemer met terugwerkende kracht tot die regeling wordt toegelaten.

21. De vraag is dan voorts, of deze conclusie ziet op alle vormen van discriminatie in

verband met de ontvangst van uitkeringen. Voor een antwoord op die vraag moet een parallel getrokken worden tussen het arrest Bilka en het arrest Barber. In het arrest Bilka oordeelde het Hof, dat voorzover is voldaan aan de criteria die het in het arrest Defrenne I<sup>21</sup> heeft geformuleerd en later in het arrest Barber heeft toegepast, de uitkeringen uit hoofde van een bedrijfspensioenregeling als „beloning” te kwalificeren zijn in de zin van artikel 119 EG-Verdrag, en dat de uitsluiting van deeltijdwerknemers van een dergelijke bedrijfspensioenregeling een schending van artikel 119 oplevert, wanneer die maatregel een veel groter aantal vrouwen dan mannen treft, tenzij de onderneming aantoonde dat bedoelde maatregel haar verklaring vindt in factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.<sup>22</sup> Dat arrest heeft het Hof niet in de tijd beperkt, omdat de daarin gekozen oplossing niet meer dan een uitwerking van bestaande rechtspraak behelsde.

22. In het arrest Barber daarentegen deed het Hof voor het eerst uitspraak over het probleem, of een naar geslacht verschillende pensioenleeftijd in bedrijfspensioenregelingen een ongeoorloofde discriminatie opleverde.<sup>23</sup> Toen het daarop een bevestigend antwoord gaf, achtte het een beperking in de tijd van de gevolgen van het arrest noodza-

21 — Arrest van 25 mei 1971, zaak 80/70, Jurispr. 1971, blz. 445.

22 — Zie r. o. 16-18 en 31, alsmede punt 1 van het dictum van het arrest Bilka.

23 — Zie r. o. 16 van het arrest Moroni.

kelijk. Het Hof baseerde die beperking hoofdzakelijk op

regelingen, op grond van de tijdelijke uitzonderingen die waren voorzien in het gemeenschapsrecht dat op het gebied van bedrijfspensioenen van toepassing kan zijn, redelijkerwijze mochten aannemen, dat zij getolereerd werden".<sup>25</sup>

— het feit dat de communautaire wetgeving, met name artikel 9, aanhef en sub a, van richtlijn 86/378/EEG van de Raad van 24 juli 1986<sup>24</sup> afwijkingen inzake de pensioenleeftijd toestond en de Lid-Staten en de belanghebbenden dus redelijkerwijs konden aannemen dat het beginsel van gelijkheid van mannen en vrouwen in dit geval niet gold, en

Hiervan kan echter geen sprake zijn bij de discriminatie die in deze zaak centraal staat, namelijk de nadelige behandeling van deeltijdwerkers. In dit geval kan niet worden aanvaard, dat de Lid-Staten en de belanghebbenden redelijkerwijs zouden hebben kunnen menen, dat er afwijkingen van het gelijkheidsbeginsel voor deeltijdwerkers waren toegestaan.

— de overtuiging dat terugwerkende kracht van het arrest het financiële evenwicht van vele bedrijfspensioenstelsels zou dreigen te verstoren.

23. De beperking in de tijd van het beroep op de rechtstreekse werking van artikel 119 betreft dus alleen discriminaties die zouden kunnen berusten op in de gemeenschapsbepalingen voorziene afwijkingen, zoals in artikel 7 van richtlijn 79/7/EEG en artikel 9 van richtlijn 86/378/EEG. Het Hof bevestigde dit in de arresten Vroege en Fisscher, waar het overwoog dat „de beperking in de tijd van de werking van het arrest Barber slechts geldt voor de soorten van discriminatie waarvan de werkgevers en de pensioen-

24. Noch richtlijn 79/7/EEG noch richtlijn 86/378/EEG laten immers ruimte voor een dergelijke conclusie; zij hebben nergens de indruk kunnen wekken dat gehuwde vrouwen of deeltijdwerkers van pensioenstelsels mochten worden uitgesloten. Integendeel, beide richtlijnen verbieden expliciet „iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name echtelijke staat of gezinssituatie”, in het bijzonder met betrekking tot „de voorwaarden inzake toelating tot de regelingen”.<sup>26</sup> Derhalve, aldus advocaat-generaal Van Gerven in zijn conclusie in de zaken Vroege en Fisscher, „was

24 — In dit artikel is de uitzondering overgenomen die was voorzien in artikel 7, lid 1, van richtlijn 79/7/EEG van de Raad.

25 — Arrest Vroege, r. o. 27, en arrest Fisscher, r. o. 24.

26 — Artikel 5, lid 1, van richtlijn 86/378 en artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7.

van meet af aan duidelijk dat een uitsluiting uit pensioenregelingen (van gehuwde vrouwen) evenals een indirect discriminerende, niet objectief gerechtvaardigde uitsluiting van deeltijdwerknemers uit dergelijke regelingen, niet door de beugel konden".<sup>27</sup>

25. Wat de rechtspraak betreft, had het Hof in het arrest van 31 maart 1981, Jenkins<sup>28</sup>, duidelijk gemaakt, dat verschillen in beloning tussen vol- en deeltijdwerknemers een schending van het gelijkheidsbeginsel van artikel 119 kon opleveren. Concreet overwoog het Hof in dat arrest: „Indien daarentegen blijkt dat het percentage vrouwen die het ter verkrijging van het volle uurloon vereiste minimum aantal uren per week arbeiden, aanzienlijk lager is dan het percentage mannen, zal die ongelijke beloning in strijd zijn met artikel 119 EEG-Verdrag wanneer, mede gelet op de moeilijkheden waarvoor vrouwen staan om dat minimum aantal uren per week te arbeiden, het loonbeleid van de betrokken onderneming niet kan worden verklaard door factoren die discriminatie op grond van geslacht uitsluiten.”<sup>29</sup> In latere arresten heeft het Hof dit criterium nader uitgewerkt en tot vaste rechtspraak verheven.<sup>30</sup>

26. Wat daarnaast de financiële lasten betreft die erkenning van een niet in de tijd beperkt recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling en op uitbetaling van een pensioen zou meebrengen voor de werkgevers en pensioenfondsen, zij erop gewezen, dat volgens het arrest Fisscher de werknemer zich niet op grond van het feit dat hij met terugwerkende kracht aanspraak kan maken op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling en op betaling van pensioen, kan onttrekken aan de betaling van de op de betrokken periode van aansluiting betrekking hebbende premie. Er bestaat derhalve geen gevaar voor ernstige verstoring van het financiële evenwicht van deze regelingen.

27. Uit het voorgaande volgt, dat de in het arrest Barber aangebrachte beperking in de tijd niet in het algemeen kan worden uitgebreid tot alle vormen van discriminatie op grond van geslacht met betrekking tot de aanspraak op uitkering. Wanneer niet is voldaan aan de voorwaarden die de aanleiding zijn geweest de werking van het arrest Barber in de tijd te beperken, dan vallen vormen van discriminatie zoals waar het in onderhavige zaak om gaat, buiten die beperking.

28. Blijft nog te onderzoeken, of wellicht het Barber-protocol nog een beperking in de tijd inhoudt voor uitkeringen die uit hoofde van de litigieuze bedrijfspensioenregeling moeten worden verstrekt. In casu zou men kunnen stellen dat de ruime formulering van het Barber-protocol, waarin de beperking in de tijd is uitgebreid tot alle uitkeringen uit hoofde van een bedrijfsregeling inzake

27 — Conclusie van 7 juni 1994 bij het aangehaalde arrest Vroege, punt 17, blz. I-4544.

28 — Zaak 96/80, Jurispr. 1981, blz. 911.

29 — R. o. 13.

30 — Zie arrest Bilka, r. o. 24-31 en 36, en arresten van 13 juli 1989, zaak 171/88, Rinner-Kühn, Jurispr. 1989, blz. 2743, r. o. 12-16; 27 juni 1990, zaak C-33/89, Kowalska, Jurispr. 1990, blz. I-2591, r. o. 13-16; 7 februari 1991, zaak C-184/89, Nimz, Jurispr. 1991, blz. I-297, r. o. 12-15; en 4 juni 1992, zaak C-360/90, Bötzel, Jurispr. 1992, blz. I-3589, r. o. 18 en 21-27.

sociale zekerheid, er geen twijfel over laat bestaan dat het protocol voor alle bedrijfspensioenregelingen geldt alsmede voor alle vormen van discriminatie op grond van het geslacht die zich op dat gebied kunnen voordoen, waaronder dus ook indirecte discriminatie jegens deeltijdwerkers. Een dergelijke uitlegging is echter niet houdbaar, omdat het protocol dient te worden uitgelegd in het licht van het arrest Barber en van de latere rechtspraak ter verduidelijking van dat arrest. Dat heeft het Hof trouwens ook verklaard in de arresten Vroege en Fisscher, wijzend op het duidelijke verband tussen het protocol en het arrest Barber, waar het protocol naar dezelfde datum 17 mei 1990 verwijst en dezelfde uitlegging geeft aan het arrest Barber als het arrest Ten Oever.<sup>31</sup> Zoals ook advocaat-generaal Van Gerven in zijn conclusie in de zaken Vroege en Fisscher opmerkt: „De doelstelling en de opzet van het Barber-protocol bestaan er derhalve in de werking in de tijd van de uitspraak in Barber te preciseren.”<sup>32</sup>

aannemen, dat afwijkingen van het beginsel van gelijke beloning geoorloofd bleven. Daarentegen kan de temporele beperking als voorzien in het Barber-protocol zich niet uitstrekken tot indirecte discriminatie op grond van deeltijdarbeid, aangezien — zoals reeds uiteengezet — richtlijn 86/378 op dit punt in generlei uitzondering voorziet.<sup>33</sup>

Waar het dus gaat om vormen van discriminatie die niet door het arrest Barber en het gelijknamige protocol worden bestreken, behoeft voor wat de werking in de tijd van de rechtstreekse werking van artikel 119 betreft geen onderscheid te worden gemaakt tussen het recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling en de aanspraak op betaling van pensioen uit hoofde van die regeling.

### *De derde, vierde, vijfde en zesde vraag*

29. Uit het bovenstaande volgt, dat de beperking in de tijd zoals voorzien in het protocol en dus ook in het arrest Barber zoals dit in latere arresten nader is verduidelijkt, zodanig moet worden begrepen dat zij geldt voor de problematiek van de geslachtsgebonden verschillen in pensioengerechtigde leeftijd alsmede voor de andere gevallen waarvoor in richtlijn 86/378 uitzonderingen waren voorzien. In die gevallen hebben de belanghebbende kringen tot de datum van het arrest Barber redelijkerwijs mogen

30. Deze prejudiciële vragen zijn volkomen gelijkkluidend aan de door de nationale rechter in de zaak Fisscher gestelde vragen. De antwoorden die het Hof in die zaak bij arrest van 28 september 1994 heeft gegeven (punten 3 tot en met 6 van het dictum) gelden derhalve ook voor deze zaak.

31 — Vroege, r. o. 41 en Fisscher, r. o. 49.

32 — Conclusie van 7 juni 1994 bij het aangehaalde arrest Vroege, punt 23, blz. I-4555.

33 — In dezelfde zin advocaat-generaal Van Gerven in zijn conclusie van 7 juni 1994 in de zaken Vroege en Fisscher, punten 23-25. Zie evenwel advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie van 27 april 1994 in de zaak Beune, punt 56 e. v.

## V — Conclusie

31. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de kantonrechter te Rotterdam te beantwoorden als volgt:

- 1) Het recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling valt binnen de werkingssfeer van artikel 119 van het Verdrag en wordt dus bestreken door het in dat artikel geformuleerde discriminatieverbod.
  - 1a) De door de nationale rechter in het tweede onderdeel (1a) van de eerste prejudiciële vraag genoemde omstandigheden zijn niet van invloed op het antwoord op de voorgaande vraag.
  - 2) De beperking in de tijd van de werking van het arrest van 17 mei 1990 (zaak C-262/88, Barber) geldt niet voor het recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling.
    - 2a) Voor zover een discriminatie binnen de werkingssfeer valt van het arrest Barber van 17 mei 1990, geldt de beperking in de tijd van de werking van dat arrest eveneens voor de aanspraak op uitbetaling van een ouderdomspensioen uit hoofde van een bedrijfspensioenregeling, die een werknemer kan doen gelden na met terugwerkende kracht tot die regeling te zijn toegelaten.
  - 3) De beheerders van een bedrijfspensioenregeling zijn evenals de werkgever gehouden het bepaalde in artikel 119 na te leven en de gediscrimineerde werknemer kan zijn rechten rechtstreeks tegenover die beheerders doen gelden.
  - 4) Een werknemer kan zich niet op grond van het feit dat hij met terugwerkende kracht aanspraak kan maken op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling, onttrekken aan de betaling van de op de betrokken periode van aansluiting betrekking hebbende premie.

- 5) De nationale regels betreffende de in het nationale recht geldende beroeps-termijnen kunnen worden tegengeworpen aan werknemers die hun recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling doen gelden, mits deze regels voor dit soort vorderingen niet ongunstiger zijn dan voor soortgelijke nationale vorderingen en zij het in de praktijk niet onmogelijk maken om het aan het gemeenschapsrecht ontleende recht uit te oefenen.
  
- 6) Het protocol ad artikel 119 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, dat als tweede protocol is gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie, heeft geen enkele invloed op het recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling, dat beheerst blijft door het arrest van 13 mei 1986 (zaak 170/84, Bilka).