

**CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL**  
**W. VAN GERVEN**  
 van 30 januari 1990 \*

Inhoudsopgave	Blz.
Inleiding .....	1912
Situering .....	1912
De eerste en de tweede vraag .....	1916
— De ontslagvergoeding .....	1917
— De pensioenuitkeringen .....	1918
Tussenvraag .....	1922
De derde en de vijfde vraag .....	1928
— De derde vraag, sub a, en de vijfde vraag .....	1929
1. Hypothese van toepasselijkheid van artikel 119 .....	1929
2. Hypothese van toepasselijkheid van de richtlijnen gelijke behandeling .....	1930
— De derde vraag, sub b .....	1933
De vierde vraag .....	1934
Conclusie .....	1942

*Mijnheer de President,  
 mijne heren Rechters,*

**Situering**

1. De vragen die de Court of Appeal aan het Hof heeft voorgelegd, zijn gerezen in het raam van een geschil tussen de heer Douglas Harvey Barber (hierna Barber) en Guardian Royal Exchange Assurance Group (hierna Guardian) over de verenigbaarheid van de voorwaarden waaronder Barber werd ontslagen met de Sex Discrimination Act 1975 en met het gemeenschapsrecht.

2. Barber is in 1948 in dienst getreden van Car & General Insurance Corporation Limited (hierna: C & G), een onderneming die later door Guardian werd opgeslorpt. Sinds 1970 was hij adjunct-hoofd van het schade-aangiftebureau van Guardian in South Yorkshire te Sheffield. Dit bureau werd door Guardian gesloten. Samen met een aantal andere werknemers werd Barber op 31 december 1980 ontslagen. Hij was toen 52 jaar oud.

\* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

3. Barber was eerst aangesloten bij het pensioenfonds van de C & G-groep en nadien bij het Guardian Royal Exchange Pension Fund (hierna: het pensioenfonds). Dit fonds is een onderdeel van de „pension scheme” (hierna: de pensioenregeling) die Guardian voor haar werknemers heeft opgezet. Het gaat om een „non contributory occupational pension scheme”, te weten een bedrijfspensioenregeling die louter door bijdragen van de werkgever wordt gefinancierd. De pensioenregeling van Guardian is door de bevoegde Britse overheid (de „Occupational Pensions Board”) als een „contracted-out”-regeling erkend in de zin van deel III van de Social Security Pensions Act 1975. Hierdoor komt deze regeling in de plaats van het inkomengebonden gedeelte van de nationale pensioenregeling.<sup>1</sup>

4. De normale pensioengerechtigde leeftijd voor de werknemers van Guardian die niet onder een apart hoofdstuk van de pensioenregeling vallen, is vastgesteld op 65 jaar voor mannen en 60 jaar voor vrouwen. Voor leden van het pensioenfonds van Guardian die, zoals Barber, voorheen aangesloten waren bij het C & G-fonds, is de normale pensioengerechtigde leeftijd echter vastgesteld op 62 jaar voor mannen en 57 jaar voor vrouwen. De pensioenregeling bepaalt verder dat al de bij het pensioenfonds aangesloten werknemers aanspraak kunnen maken op een onmiddellijk pensioen niet alleen bij het bereiken van de normale pensioengerechtigde leeftijd maar ook wanneer zij in de tien jaar voorafgaand aan

het bereiken van deze leeftijd door Guardian „op rust worden gesteld”.<sup>2</sup>

5. De handleiding voor het personeel van Guardian bevat de mededeling dat bijzondere voorwaarden van toepassing zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst vóór het bereiken van de normale pensioengerechtigde leeftijd. De handleiding verwijst op dit punt naar het document „Guide to Severance Terms” (hierna: de ontslagregeling). Daarin wordt bepaald dat deze regeling, wat betreft de vaste personeelsleden met ten minste tien jaar dienst, deel uitmaakt van hun arbeidsovereenkomst.

Wanneer de arbeidsovereenkomst van de betrokken personeelsleden wordt beëindigd ingevolge vroegtijdige uittreding („early retirement”) of ontslag om aan de onderneming eigen redenen („redundancy”) en zij de leeftijd van 65 jaar (mannen) of 60 jaar (vrouwen) niet hebben bereikt, kunnen deze personeelsleden aanspraak maken op de bijzondere voorwaarden die in de ontslagregeling zijn voorzien. Twee ervan zijn in deze zaak van belang: de voorwaarden inzake pensioengerechtigdheid („pension entitlement”) (infra nr. 6) en de voorwaarden inzake de ontslagvergoeding („terminal payment”) (infra nr. 7).

6. De ontslagregeling kent aan de werknemers die bij het pensioenfonds zijn aangesloten en die de leeftijd van 55 jaar (mannen) of 50 jaar (vrouwen) hebben bereikt — dat is aan de werknemers die zich op

1 — Hierover meer, infra nr. 17.

2 — Zie het arrest van het Employment Appeal Tribunal waar wordt gesteld: „Under Rule 32, Mr. Barber became entitled to an immediate payment on retirement at age 62 or on being retired by the Participating Company at any time during the ten years preceding normal pension date”.

tien jaar of, in het geval van de leden van het vroegere C & G-fonds, op zeven jaar van de normale pensioengerechtigde leeftijd bevinden — het recht op een onmiddellijk ingaand pensioen toe, te berekenen overeenkomstig de regels van het pensioenfonds. Bij ontslag worden deze werknemers door Guardian aangemerkt als zijnde „op rust gesteld”. Overeenkomstig de hiervoor (nr. 4) aangeduide regel met betrekking tot het recht op een onmiddellijk ingaand pensioen bij „op ruststelling” in de tien jaar vóór de normale pensioengerechtigde leeftijd, is het pensioenfonds er dan toe gehouden een dergelijk pensioen aan de betrokken werknemers uit te keren. Voor de leden van het pensioenfonds die tien jaar of meer bij Guardian hebben gewerkt, maar die de leeftijd van 55 jaar (mannen) of 50 jaar (vrouwen) niet hebben bereikt, beperkt de ontslagregeling zich tot het toekennen van een recht op uitgesteld pensioen overeenkomstig de regels van het pensioenfonds. Overeenkomstig deze bepaling merkt Guardian de bedoelde ontslagen werknemers niet aan als zijnde „op rust gesteld”, zodat zij zich niet op voornoemde regel inzake op ruststelling in de tien jaar vóór het bereiken van de normale pensioengerechtigde leeftijd (zouden) kunnen beroepen om van het pensioenfonds een onmiddellijk ingaand pensioen te ontvangen. Deze ontslagen werknemers ontvangen dan ook pas effectief pensioenuitkeringen bij het bereiken van de normale pensioengerechtigde leeftijd.

7. De ontslagregeling bepaalt verder dat de werknemers bij ontslag een vergoeding ontvangen waarvan het bedrag afhankelijk is van het feit of de betrokkene aanspraak kan maken op een onmiddellijk ingaand pensioen. Is dit het geval dan wordt hem een ontslagvergoeding uitgekeerd gelijk aan de wettelijk voorgeschreven ontslagvergoeding vermeerderd met een percentage hiervan, variërend in functie van de anciënniteit. Is dit niet het geval, dan ontvangt hij, inclusief

de wettelijke ontslagvergoeding, een bedrag gelijk aan vier tot vijf weken salaris — afhankelijk van anciënniteit — voor elk dienstjaar bij de onderneming met een maximum van 104 weken salaris.

8. Zoals reeds aangeduid werd Barber op 52-jarige leeftijd door Guardian ontslagen. Er werd hem geen onmiddellijk ingaand pensioen toegekend. Hij ontving van Guardian een netto-ontslagvergoeding ten belope van 18 597 UKL, daarin begrepen de wettelijk voorgeschreven ontslagvergoeding ten belope van 3 060 UKL. Bovendien kon hij aanspraak maken op een uitgesteld pensioen, betaalbaar vanaf het ogenblik dat hij de normale pensioengerechtigde leeftijd van 62 jaar zou hebben bereikt. Zo Barber een vrouw van 52 jaar zou zijn geweest, dan zou hij/zij door Guardian zijn aangemerkt als zijnde „op rust gesteld”. Hij/zij zou derhalve meteen pensioenuitkeringen hebben ontvangen, maar het bedrag van zijn/haar ontslagvergoeding zou lager hebben gelegen.

9. Barber oordeelde dat hij onder discriminerende voorwaarden werd ontslagen. Hij dagvaardde Guardian wegens schending van de Sex Discrimination Act 1975 en van het gemeenschapsrecht voor een Industrial Tribunal en, na afwijzing van zijn verzoek, voor het Employment Appeal Tribunal. Dit laatste heeft erop gewezen dat Barber wellicht van de trustees van het pensioenfonds de onmiddellijke uitkering van een pensioen zou kunnen verlangen omdat hij zich, op het ogenblik van het ontslag, op minder dan tien jaar van de normale pensioengerechtigde leeftijd bevond (supra, nr. 4) en omdat zijn geval, ook al werd de arbeidsovereenkomst ingevolge ontslag beëindigd, toch zou kunnen worden gelijkgesteld met dat van een „op rust gesteld” werknemer. Het Employment Appeal Tribunal heeft evenwel geoordeeld dat het zich over deze kwestie niet

hoefde uit te spreken aangezien de trustee van het pensioenfonds in het voorliggende geschil niet waren gedagvaard.

Het Employment Appeal Tribunal was verder van oordeel dat de vordering van Barber ongegrond was en wel om volgende drie redenen. 1) De vordering van Barber zou niet kunnen steunen op het discriminatieverbod dat in de Sex Discrimination Act 1975 is voorzien omdat, ook al is hier sprake van discriminatie, dit verbod, overeenkomstig Section 6(4) van die wet, niet toepasselijk is op „regelingen in verband met overlijden of pensionering” („provision in relation to death or retirement”). 2) In de zaak Burton<sup>3</sup> zou het Hof van Justitie hebben beslist dat de vraag of een persoon aanspraak kan maken op een uitkering in het kader van een pensioenregeling, een vraag is over de toegang tot pensioenuitkeringen die niet aan de hand van het beginsel van gelijke beloning moet worden beoordeeld, maar aan de hand van het beginsel van gelijke behandeling. 3) Ten slotte zou richtlijn 76/207 inzake gelijke behandeling in het Verenigd Koninkrijk geen rechtstreekse werking hebben en ook niet als hulpmiddel kunnen worden gebruikt bij de interpretatie van Section 6(4) van de Sex Discrimination Act, omdat onduidelijk zou zijn tot welke gevolgen het arrest Burton in combinatie met de richtlijn gelijke behandeling leidt in het kader van een vordering die betrekking heeft op een bedrijfspensioenregeling.

10. Tegen deze uitspraak van het Employment Appeal Tribunal is Barber in beroep gegaan. In het kader van dit beroep legt de Court of Appeal de volgende prejudiciële vragen voor:

<sup>3</sup> — Arrest van 16 februari 1982 (zaak 19/81, Burton, Jurispr. 1982, blz. 555).

„1) Wanneer aan een groep werknemers gedwongen ontslag wordt verleend in omstandigheden als de onderhavige, en de betrokkenen in verband met die afvloeiing uitkeringen ontvangen, zijn al die uitkeringen dan ‚beloning’ in de zin van artikel 119 EEG-Verdrag en de richtlijn gelijke beloning (75/117/EEG) of vallen zij onder de richtlijn gelijke behandeling (76/207/EEG) of onder geen van beide?

2) Is voor het antwoord op vraag 1 van belang, dat een van de betrokken uitkeringen een pensioen is dat wordt betaald in het kader van een particuliere bedrijfspensioenregeling die door de werkgever wordt gehanteerd („een particulier pensioen“)?

3) Is het in artikel 119 en de richtlijn gelijke beloning bedoelde beginsel van gelijke beloning in de omstandigheden van dit geval geschonden indien

a) aan een man en een vrouw van dezelfde leeftijd onder dezelfde omstandigheden gedwongen ontslag wordt verleend en de vrouw in verband met dat ontslag een particulier pensioen met onmiddellijke ingang ontvangt, maar de man alleen een uitgesteld pensioen; of

b) de totale waarde van de uitkeringen die de vrouw ontvangt, hoger is dan de totale waarde van de uitkeringen die de man ontvangt?

4) Hebben artikel 119 en de richtlijn gelijke beloning in de omstandigheden van dit geval rechtstreekse werking?

5) Is het voor het antwoord op vraag 3 van belang, dat de vrouw enkel aanspraak had op een pensioen met onmiddellijke ingang ingevolge de ontslagregeling, indien zij voldeed aan de voorwaarden voor een pensioen met onmiddellijke ingang ingevolge de particuliere bedrijfspensioenregeling doordat Guardian haar behandelde als ‚op rust gesteld’ omdat zij binnen de zeven jaar vóór haar in de pensioenregeling voorzien normale pensioendatum werd ontslagen?”

11. Voor een nadere uiteenzetting van de feiten en van het procesverloop, evenals voor de samenvatting van de opmerkingen van partijen verwijs ik naar het rapport ter terechtzitting. Daarin wordt eveneens het normatief kader voor het voorliggende geschil uiteengezet zodat ik mij hier kan beperken tot de aanduiding van de vier richtlijnen van de Raad die door partijen in hun opmerkingen worden aangehaald:

— richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975;<sup>4</sup>

— richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976;<sup>5</sup>

— richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978;<sup>6</sup>

4 — Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PB 1975, L 45, blz. 19).

5 — 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).

6 — 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).

— richtlijn 86/378/EEG van de Raad van 24 juli 1986.<sup>7</sup>

### De eerste en de tweede vraag

12. Met de eerste vraag wenst de Court of Appeal te vernemen of *al de uitkeringen* die ontslagen werknemers ontvangen op grond van een ontslagregeling zoals deze van Guardian, als „beloning” in de zin van artikel 119 EEG-Verdrag en richtlijn 75/117 zijn aan te merken, dan wel onder richtlijn 76/207 of onder een nog andere communautaire tekst vallen. De tweede vraag beperkt zich ertoe de aandacht te vestigen op het feit dat het in de eerste vraag onder andere om *pensioenuitkeringen* gaat die overeenkomstig een bedrijfspensioenregeling worden toegekend. Deze tweede vraag zal ik daarom niet apart onderzoeken.

In de eerste vraag gaat het er niet om te weten of een welbepaalde discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers strijdig is met het gemeenschapsrecht. Dat punt komt pas in de derde vraag aan bod. De eerste vraag betreft uitsluitend de kwalificering ten aanzien van het gemeenschapsrecht van de twee prestaties waarin de ontslagregeling voorziet: 1) de uitkering van een ontslagvergoeding, inclusief de bij ontslag wettelijk voorgeschreven minimumvergoeding, aan alle ontslagen werknemers; 2) de (onmiddellijke) uitkering van een pensioen aan de ontslagen werknemers die de leeftijd van 55 jaar (mannen) of 50 jaar (vrouwen) hebben bereikt.

7 — 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 (PB 1986, L 225, blz. 40).

Hierna zal ik nagaan in hoever deze twee soorten uitkeringen onder artikel 119 EEG-Verdrag vallen. Richtlijn 75/117 zal ik niet apart bespreken, aangezien de gestelde vraag de afbakening betreft van de toepassingsfeer van artikel 119 en niet de concrete toepassing van het beginsel van gelijke beloning, waarover richtlijn 75/117 handelt.<sup>8</sup>

### *De ontslagvergoeding*

13. Op grond van artikel 119 EEG-Verdrag wordt een ander voordeel dan het eigenlijke loon of salaris als „beloning” aangemerkt wanneer het voordeel direct of indirect, in geld of in natura, door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking wordt betaald. Zoals advocaat-generaal VerLoren van Themaat het in zijn conclusie in de Burton-zaak heeft onderstreept<sup>9</sup>, veronderstelt de uitdrukking „uit hoofde van zijn dienstbetrekking” een onlosmakelijk causaal verband tussen de beloning en de dienstbetrekking.

14. Partijen betwisten niet dat het deel van de door Guardian uitgekeerde ontslagvergoeding dat de wettelijk voorgeschreven minimumvergoeding overschrijdt, als „beloning” in de zin van artikel 119 is aan te merken. Ik ben het daarmee eens om de volgende redenen.

Het causaal verband tussen de ontslagvergoeding en de dienstbetrekking wordt duidelijk geïllustreerd door het feit dat het bedrag van de vergoeding afhankelijk is van de anciënniteit van de ontslagen werknemer.

Dit verband verdwijnt niet doordat de vergoeding wordt uitgekeerd na het beëindigen van de dienstbetrekking. Sedert Garland<sup>10</sup>, een arrest in verband met na hun pensionering aan mannelijke werknemers toegekende reisfaciliteiten, staat met name vast dat voordelen die na het beëindigen van de dienstbetrekking worden uitgekeerd, onder artikel 119 kunnen komen. In Worryingham<sup>11</sup> lees ik trouwens een — zometer expliciete, dan toch impliciete — bevestiging van de stelling dat ontslagvergoedingen „beloning” zijn in de zin van artikel 119. Zo heeft het Hof in rechtsoverweging 15 van dit arrest gesteld dat:

„bedragen ... die *bij de berekening* van het aan de werknemer verschuldigde brutosalaris worden meegeteld, en die rechtstreeks de berekening bepalen van andere aan het salaris gekoppelde voordelen, *zoals afvloeiingsregelingen ...*, een bestanddeel (vormen) van de beloning van de werknemer in de zin van artikel 119, tweede alinea, EEG-Verdrag, zelfs wanneer zij door de werkgever onmiddellijk worden ingehouden en voor rekening van de werknemer aan een pensioenfonds worden betaald” (eigen cursivering).

Ik begrijp deze passage in die zin dat, wanneer bedragen rechtstreeks door de werkgever in het kader van een afvloeiingsregeling aan de ontslagen werknemers worden gestort, het Hof ze a fortiori als „beloning” zou aanmerken.<sup>12</sup>

15. Geldt het voorafgaande ook wanneer het gaat over het deel van de ontslagvergoeding dat overeenstemt met de wettelijk

8 — Zie arrest van 31 maart 1981 (zaak 96/80, Jenkins, Jurispr. 1981, blz. 911, r. o. 19 tot en met 22).

9 — Jurispr. 1982, blz. 589.

10 — Arrest van 9 februari 1982 (zaak 12/81, Garland, Jurispr. 1982, blz. 359).

11 — Arrest van 11 maart 1981 (zaak 69/80, Worryingham, Jurispr. 1981, blz. 767).

12 — Overigens luidt de rechtspraak in het Verenigd Koninkrijk in die zin. Zo heeft het Employment Appeal Tribunal in zaak Hammersmith and Queen Charlotte's Special Health Authority/Cato, CMLR, januari 1988, uitdrukkelijk verklaard dat een ontslagvergoeding een „beloning” is in de zin van artikel 119 EEG-Verdrag.

voorgeschreven minimumvergoeding bij ontslag? In zijn pleidooi ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van het Verenigd Koninkrijk gesteld dat artikel 119 EEG-Verdrag daarop niet toepasselijk is. Dit deel van de ontslagvergoeding zou een voordeel zijn met het karakter van een uitkering van sociale zekerheid. Overeenkomstig de uitspraak van het Hof in Defrenne I<sup>13</sup> zou dit bij wet vastgestelde gedeelte van de ontslagvergoeding niet als een door de werkgever betaalde beloning kunnen worden aangemerkt.

Deze stelling kan ik niet volgen. Een beloning die bij wet wordt opgelegd, valt daarom niet buiten de toepassingsfeer van artikel 119. In Defrenne II<sup>14</sup> heeft het Hof (in zijn antwoord onder 1 gesteld dat voor nationale rechterlijke instanties een beroep op artikel 119 kan worden gedaan „met name bij discriminaties die rechtstreeks hun oorsprong vinden in wettelijke bepalingen”). Ook de omstandigheid dat de aan de werkgever opgelegde vergoedingsplicht is ingegeven door overwegingen van sociale zekerheid, volstaat mijns inziens niet om een minimumvergoeding buiten de toepassingsfeer van artikel 119 te houden. Dezelfde situatie doet zich voor met betrekking tot wettelijke bepalingen inzake minimumloon. Welnu, het lijkt vanzelfsprekend te zijn dat het door een werkgever betaalde loon in zijn geheel onder artikel 119 valt, ook al is het geheel of gedeeltelijk aan wettelijke bepalingen inzake minimumloon gebonden.

Zoals hiervoor aangeduid, komt het erop aan dat er een onlosmakelijk causaal verband is tussen de dienstbetrekking en de uitkering: een dergelijk verband is voorhanden van zodra de werkgever uit eigen middelen een vergoeding betaalt aan de werknemers

die hij tewerkstelt of tewerkgesteld heeft, om reden van het door hen geleverde werk en dus „uit hoofde van de dienstbetrekking”, ook al gebeurt dit in overeenstemming met wettelijke bepalingen ingegeven door overwegingen van sociale zekerheid.

16. Samenvattend ben ik van oordeel dat een ontslagvergoeding, inclusief de wettelijk voorgeschreven minimumvergoeding, die door de werkgever op grond van een bedrijfsregeling aan de door hem ontslagen werknemers wordt uitgekeerd, „beloning” is in de zin van artikel 119, tweede alinea, EEG-Verdrag.

#### *De pensioenuitkeringen*

17. Vooraleer te onderzoeken of pensioenuitkeringen, zoals voorhanden in het bodemgeschil, onder artikel 119 EEG-Verdrag komen, wil ik de kenmerken van de pensioenregeling van Guardian nader uiteenzetten.

Zoals hiervoor reeds aangeduid betreft het een bedrijfspensioenregeling die door de bevoegde overheid als een „contracted-out”-regeling werd erkend. In twee vorige zaken, met name in Worryingham en in Newstead<sup>15</sup>, had het Hof reeds met een dergelijke „contracted-out”-pensioenregeling te maken. In Newstead (r.o. 3) heeft het Hof ze aldus omschreven:

„Volgens de in het Verenigd Koninkrijk van kracht zijnde wetgeving komt (de betrokken beroepsregeling) in de plaats van het inkomengebonden gedeelte van de na-

13 — Arrest van 25 mei 1971 (zaak 80/70, Defrenne, Jurispr. 1971, blz. 445).

14 — Arrest van 8 april 1976 (zaak 43/75, Defrenne, Jurispr. 1976, blz. 455).

15 — Arrest van 3 december 1987 (zaak 192/85, Newstead, Jurispr. 1987, blz. 4753).

tionale pensioenregeling. Degenen die bij zulk een regeling — een zogenoemde ‚contracted-out’-regeling — zijn aangesloten, betalen een lagere bijdrage aan het nationale stelsel en hebben slechts recht op het vaste basispensioen dat krachtens de nationale regeling aan alle werknemers, ongeacht hun inkomen, wordt uitgekeerd. Daarnaast betalen zij bijdragen aan de beroepsregeling conform de daarin gestelde voorwaarden.”

De pensioenregeling van Guardian stemt met deze omschrijving overeen, behoudens op één punt: bij Guardian gaat het om een „non contributory”-regeling, dat is een regeling waarbij de werknemers geen bijdragen hoeven te betalen.

De pensioenregeling van Guardian wordt verder gekenmerkt door de aanwezigheid van een pensioenfonds. In zijn conclusie in zaak-Worringham heeft advocaat-generaal Warner de werking van een dergelijk pensioenfonds nader omschreven.<sup>16</sup> Het fonds wordt door trustees beheerd. Naast een of meer vertegenwoordigers van de werkgever worden meestal ook een of meer vertegenwoordigers van de personeelsvereniging en/of van de vakvereniging tot trustees aangesteld. De trustees zijn verplicht hun functie als vertrouwenslieden uit te oefenen in volle onafhankelijkheid tegenover werkgever respectievelijk werknemers. De werkgever betaalt aan het pensioenfonds bijdragen die door een actuaaris op basis van de voordeelingen op het fonds worden berekend. Die bijdragen worden niet aan individuele leden toegeschreven. De uitkeringen uit het fonds worden door de trustees betaald overeenkomstig de regels van het pensioenfonds.

In mijn onderzoek of onder een dergelijke regeling uitgekeerde pensioenen bij ontslag onder artikel 119 EEG-Verdrag vallen, moet ik aandacht besteden aan de uitspraken van het Hof in Defrenne I, Bilka<sup>17</sup> en Newstead.

18. In Defrenne I heeft het Hof onderzocht of een in het kader van een wettelijk stelsel van sociale zekerheid ingesteld ouderdomspensioen een voordeel is in de zin van artikel 119. Het heeft deze vraag ontkennend beantwoord en heeft dit in rechtsoverwegingen 7 tot 9 als volgt verantwoord:

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

8 dat deze stelsels de werknemers immers in het genot stellen van een wettelijke regeling die wordt gefinancierd door werknemers, werkgevers en eventueel door de overheid, wier bijdragen niet zozeer worden bepaald door de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer, als wel door overwegingen van sociaal beleid;

16 — Jurispr. 1981, blz. 796 tot en met 798.

17 — Arrest van 13 mei 1986 (zaak 170/84, Bilka, Jurispr. 1986, blz. 1607).



9 dat derhalve de werkgeversbijdrage aan de financiering van dergelijke stelsels geen directe of indirecte betaling aan de werknemer vormt”.

Het Hof heeft zodoende aangegeven dat pensioenbijdragen die door een werkgever worden betaald op grond van en aan een *wettelijk* geregeld sociale-zekerheidsstelsel, *niet* onder artikel 119 komen omdat zij niet zozeer door de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer worden bepaald als wel door overwegingen van sociaal beleid.

19. Na deze uitspraak rees de vraag of hieruit a contrario mocht worden afgeleid dat rechtstreekse of onrechtstreekse betalingen van de werkgever op grond van een bedrijfspensioenregeling met *contractuele* oorsprong, *wel* onder dit artikel komen.

In Bilka heeft het Hof bevestigd dat inderdaad a contrario mag worden geredeneerd. In deze zaak ging het om een bij collectieve overeenkomst in overeenstemming met de Duitse wetgeving ingesteld aanvullend bedrijfspensioen dat uitsluitend door de werkgever werd gefinancierd. De voltijdse werknemers konden hierop aanspraak maken, niet echter de — overwegend vrouwelijke — deeltijdse werknemers. Na te hebben vastgesteld dat de omstreden pensioenregeling haar oorsprong vond in een akkoord tussen werkgever en ondernemingsraad en bovendien deel uitmaakte van de met de werknemers gesloten arbeidsovereenkomsten, heeft het Hof geconcludeerd dat de uitkeringen aan de werknemers op grond

van deze regeling onder de toepassing van artikel 119 vielen (zie r. o. 20 tot 22).

De uitspraak in Bilka dient in mijn ogen zo te worden verstaan dat pensioenen die worden uitgekeerd overeenkomstig een contractueel opgezette en uitsluitend door de werkgever gefinancierde bedrijfsregeling, als beloning moeten worden aangemerkt — ook al gelijken zij op uitkeringen van sociale zekerheid — omdat ze (doorgaans) na overleg binnen de betrokken onderneming zijn vastgesteld ten gunste van een bijzondere categorie van werknemers, met name zij die in een bepaalde onderneming werken, en dus in verband staan met de arbeidsverhouding tussen een bepaald werkgever en zijn werknemers.

20. Defrenne I en Bilka hebben de toepassingsfeer van artikel 119 duidelijk afgebakend wat betreft zuiver wettelijke respectievelijk zuiver contractuele pensioenregelingen. Maar quid wat betreft „contracted-out”-regelingen?

In zijn conclusie in de Worringham-zaak<sup>18</sup> heeft advocaat-generaal Warner erop gewezen dat een „contracted-out”-regeling een particuliere pensioenregeling is die niet als een aanvulling op het staatsstelsel voor sociale zekerheid maar als gehele of gedeeltelijke vervanging daarvan wordt opgezet. Om die reden was hij van oordeel dat een dergelijke regeling buiten het toepassingsgebied van artikel 119 valt. In die zaak heeft het Hof het uitleggingsprobleem echter an-

18 — Jurispr. 1981, blz. 805 en 806.

ders benaderd dan de advocaat-generaal, zodat het zich niet heeft moeten uitspreken over het gevolg dat aan deze band tussen een bedrijfspensioenregeling en de staatspensioenregeling moet worden gehecht.

In Newstead is deze kwestie opnieuw aan bod gekomen. Zoals Barber was de heer Newstead aangesloten bij een bedrijfspensioenregeling die als een „contracted-out”-regeling was erkend. Overeenkomstig de erkenningsvoorwaarden die door de Social Security Pensions Act 1975 werden opgelegd, voorzag deze regeling in de toekenning van een weduwenpensioen (maar niet een weduwnaarspensioen) bij overlijden van een getrouwd mannelijk werknemer. Deze weduwenpensioenen werden uitgekeerd uit een fonds dat door bijdragen van de mannelijke werknemers werd gefinancierd. Deze bijdragen werden door de werkgever van het brutosalarij ingehouden. Aangezien vrouwelijke werknemers niet verplicht waren om bijdragen in het fonds te storten, ontvingen zij een hoger nettoloon dan mannelijke werknemers.

Voor de onderhavige zaak lijken mij vooral rechtsoverwegingen 14 en 15 van belang:

„14 Het gewraakte onderscheid is derhalve niet terug te voeren op een aan de werknemers betaalde prestatie of op een door de werkgever namens de werknemer aan een pensioenregeling betaalde bijdrage, die zou kunnen worden beschouwd als een voordeel dat direct of indirect aan de werknemer wordt betaald, als bedoeld in artikel 119 EEG-Verdrag.

15 Het gewraakte onderscheid is in feite het gevolg van de inhouding van een

bijdrage aan een beroepsregeling inzake pensioenen. Deze regeling is op enkele punten gunstiger dan de algemeen geldende wettelijke regeling en komt in de plaats van laatstbedoelde regeling. Bijgevolg moet een dergelijke bijdrage, evenals een bijdrage aan een wettelijk stelsel van sociale zekerheid, worden geacht te vallen binnen de werkingssfeer van artikel 118 EEG-Verdrag en niet binnen die van artikel 119.”

21. De Britse regering ziet in het Newstead-arrest een bevestiging van haar stelling dat „contracted-out”-regelingen zoals deze van Guardian, omdat zij in de plaats komen van de wettelijke regeling, buiten de werkingssfeer van artikel 119 EEG-Verdrag vallen. Dit is mijns inziens een te algemene gevolgtrekking.

Bij het lezen van Newstead moet men voor ogen houden dat het brutoloon dat door de werkgever aan mannen en vrouwen werd betaald, gelijk was. Inzake (bruto-)beloning was er dus geen discriminatie. Het vastgestelde verschil lag bij het nettoloon en was uitsluitend het gevolg van een door de Britse *wet* met het oog op de erkenning van „contracted-out”-regelingen opgelegde pensioenregeling voor weduwen waardoor de werkgever verplicht was van het loon van zijn mannelijke werknemers een bijdrage in te houden voor dat pensioen. De uitspraak van het Hof had betrekking op deze bijzondere bij wet voorgeschreven voorziening voor weduwen en lag in de lijn van de uitspraak in Defrenne I waar het Hof een eveneens bij wet vastgestelde pensioenregeling buiten de werkingssfeer van artikel 119 heeft gehouden.

Het komt mij voor dat het een te verre gaande veralgemening van de uitspraak in

Newstead is wanneer men, zoals de Britse regering suggereert, ook de voorliggende regeling omwille van gelijkheid met Drefenne I aan de werkingssfeer van artikel 119 zou onttrekken. De voorliggende situatie gelijkt integendeel op deze waarover het Hof zich in Bilka moest uitspreken. Vooreerst vindt het recht op een onmiddellijk ingaand pensioen bij *ontslag* in onderhavige zaak zijn oorsprong *niet* in een wettelijke bepaling die het genoemde recht verplichtend maakt omwille van gelijkheid met een gelijkwaardige, in het nationale stelsel van sociale zekerheid aan ontslagen werknemers in het algemeen toegekende voorziening. De oorsprong van het recht ligt in de ontslagregeling van Guardian welke, zoals in Bilka, van zuiver contractuele aard is. Bovendien gaat het hier om een regeling die niet, zoals in Newstead, door inhouding van verworven loon wordt gefinancierd, maar wel, zoals in Bilka, door bijdragen die de werkgever uit eigen middelen als bijkomend voordeel via een pensioenregeling aan zijn werknemers betaalt. Derhalve komt de pensioenregeling van Guardian voor ontslagen werknemers — evengoed als de ontslagvergoeding waarmee zij in dit geval nauw samenhangt en gedeeltelijk verwisselbaar is — onder de toepassing van artikel 119.

22. Ik heb er hiervoor op gewezen (nr. 17) dat de pensioenregeling van Guardian twee kenmerken vertoont: enerzijds, wordt ze alleen door werkgeversbijdragen gefinancierd en, anderzijds, worden de bijdragen gestort aan en de pensioenen uitgekeerd door trustees van een pensioenfonds.

Geen van beide kenmerken wijzigt mijns inziens het hiervoor ingenomen standpunt.

Het eerste bevestigt dit standpunt omdat de voorliggende regeling daardoor (nog) meer aanleunt bij Bilka (waar het eveneens om een uitsluitend door de werkgever gefinancierd pensioen ging).

Anderzijds belet het tweede kenmerk geenszins dat artikel 119 toepasselijk zou zijn. Dit verdragsartikel beoogt elk voordeel dat de werkgever rechtstreeks of onrechtstreeks aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt. Het is duidelijk dat de bijdragen die de werkgever aan de trustees van het pensioenfonds stort, bestemd zijn voor de werknemers waarvan de trustees de belangen moeten behartigen. De sommen die de werkgever aan de trustees van het pensioenfonds betaalt en die de trustees van het fonds aan de werknemers uitkeren, dienen dan ook als indirect aan de werknemers betaalde voordelen te worden aangemerkt. Dit standpunt lijkt me trouwens door het Hof in Worringham te zijn bevestigd.

23. Samenvattend ben ik van oordeel dat pensioenen die via de trustees van een door werkgeversbijdragen gefinancierd pensioenfonds aan ontslagen werknemers worden uitgekeerd overeenkomstig een bedrijfspensioenregeling die als een „contracted-out”-regeling is erkend, „beloning” zijn in de zin van artikel 119, tweede alinea, EEG-Verdrag.

#### Tussenvraag

24. In haar opmerkingen heeft de Commissie de stelling verdedigd dat het Hof met zijn uitspraak in Bilka het eerder in Burton gemaakte onderscheid tussen het „bedrag”

van de loonprestatie (beloning beoogd door artikel 119) en de „toegang” tot die prestatie (arbeidsvoorwaarde niet beoogd door artikel 119 maar door de artikelen 117 en 118) zou hebben ongedaan gemaakt. Als dit niet zo is, dan zou dit onderscheid in elk geval nog slechts mogen worden gemaakt in de hypothese van vrijwillige uittreding, omdat er bij verplicht ontslag geen probleem van „toegang” tot de ontslaguitkeringen zou zijn.

Alvorens de vragen van de Court of Appeal over de discriminerende aard van de omstreden regeling te beantwoorden, zal ik onderzoeken of deze stellingen van de Commissie gegrond zijn. Heeft de Commissie gelijk en komen de voorwaarden die de toegang tot het loon (inclusief een vergoeding of pensioenuitkering bij ontslag) beheersen, onder artikel 119, dan moeten de antwoorden op de derde en de vijfde vraag, en ook op de vierde vraag, zoals door de verwijzende rechter in de vraagstelling aangeduid, vanuit de invalshoek van artikel 119 worden gegeven. Zoniet moeten die vragen worden beantwoord in het licht van de richtlijnen inzake gelijke behandeling die dan toepassing vinden.

25. Het lijkt me nuttig de feiten in Burton kort samen te vatten. De heer Burton was in dienst van British Railways Board (BR), een publiekrechtelijke rechtspersoon. In het kader van een interne reorganisatie bood BR sommige van haar werknemers de mogelijkheid vrijwillig uit te treden overeenkomstig de voorwaarden vastgesteld in een collectieve arbeidsovereenkomst tussen de directie en de erkende vakbonden. Deze overeenkomst voorzag dat slechts personeelsleden van minstens 60 jaar (voor de mannen) of minstens 55 jaar (voor de vrouwen) van deze mogelijkheid gebruik konden maken.

De in aanmerking komende personeelsleden ontvingen bij vrijwillige uittreding, naast een bedrag in contanten, een vervroegd pensioen. De heer Burton, 58 jaar, verzocht om overeenkomstig deze voorwaarden te mogen uittreden. Zijn verzoek werd door BR afgewezen omdat hij niet de voor mannelijke werknemers geldende minimumleeftijd bezat.

In rechtsoverweging 8 heeft het Hof gesteld:

„Het aan het Hof voorgelegde verzoek om uitlegging betreft dus niet de uitkeringen zelf, maar de vraag of er sprake is van discriminatie bij de voorwaarden waaronder van de regeling inzake vrijwillige uittreding gebruik kan worden gemaakt. Deze materie valt onder de door de nationale rechter genoemde richtlijn 76/207, en niet onder artikel 119 EEG-Verdrag of richtlijn nr. 75/117.”

26. Ik begrijp deze overweging van het arrest aldus dat wanneer het om „de uitkeringen zelf” gaat, artikel 119 toepasselijk is. Gaat het daarentegen om de voorwaarden waaronder van de uittredingsregeling gebruik kan worden gemaakt, dan is niet langer artikel 119 toepasselijk maar wel richtlijn 76/207, ook al zijn (zie hierna) aan deze voorwaarden financiële gevolgen voor de werknemer verbonden. Het Hof heeft het begrip „uitkeringen” evenwel niet nader omschreven evenmin als het begrip „voorwaarden (van toegang)” tot een bepaalde regeling.

In Burton deed het Hof uitspraak over één welbepaalde toegangsvoorwaarde, met name de naar geslacht verschillende leeftijdsvoorwaarde om aanspraak te maken op de in de afvloeiingsregeling voorziene voordelen bij

beëindiging van de arbeidsverhouding ingevolge vrijwillige uittreding. De uitspraak van het Hof dat deze leeftijdsvoorwaarde onder richtlijn 76/207 en niet onder artikel 119 valt, ligt in het verlengde van het Defrenne III-arrest<sup>19</sup> waarin het Hof, in verband met een clausule op grond waarvan een arbeidsovereenkomst als stewardess op 40 jaar afliep, heeft verklaard:

„dat met name de omstandigheid dat bepaalde arbeidsvoorwaarden — zoals de vaststelling van een zekere leeftijdsgrens — geldelijke gevolgen kunnen hebben, onvoldoende reden vormt om dergelijke voorwaarden onder het toepassingsgebied te brengen van artikel 119, dat op het nauw verband tussen de aard van de arbeidsprestaties en de hoogte van het salaris berust;” (r. o. 21).

Niet alleen in Burton, maar ook nog in drie latere arresten (Roberts<sup>20</sup>, Marshall<sup>21</sup> en Beets-Propert<sup>22</sup>) heeft het Hof geoordeeld dat een leeftijdsgrens gehanteerd voor het beëindigen van een arbeidsverhouding, een arbeidsvoorwaarde en meer bepaald een ontslagvoorwaarde is waarvan de regelmatigheid aan de hand van richtlijn 76/207 moet worden onderzocht.

27. In Bilka had het Hof niet met een naar geslacht verschillende leeftijdsvoorwaarde te maken maar, zoals hiervoor (nr. 19) aangestipt, met een voorwaarde tot toekenning van een bij collectieve overeenkomst inge-

steld aanvullend bedrijfspensioen, volgens dewelke alleen voltijdse werknemers van dit pensioen konden genieten. Uw Hof heeft toen geoordeeld dat uitkeringen gedaan op grond van deze regeling onder artikel 119 vallen en dat er wel degelijk sprake kon zijn van een door dat artikel verboden discriminatie omdat de regeling voornamelijk vrouwelijke deeltijdse werknemers uitsloot.<sup>23</sup>

De vraag is dus of Uw uitspraak in Bilka verenigbaar is met Uw vroegere uitspraak in Burton en, zo niet, of en in welke mate Burton door Bilka werd achterhaald.

28. Er rijst inderdaad, op het eerste gezicht, een probleem van verenigbaarheid. Ik kan namelijk niet goed inzien waarom een leeftijdsvoorwaarde gesteld aan de toekenning van een pensioenvoordeel *niet*, en een voorwaarde inzake voltijdse tewerkstelling eveneens gesteld aan de toekenning van een pensioenvoordeel *wel* onder artikel 119 kan vallen. In beide gevallen gaat het om een voorwaarde die de „toegang” tot een pensioenregeling conditioneert<sup>24</sup>. Als dusdanig zijn zij te onderscheiden van loonvoorwaarden stricto sensu die bij voorbeeld de hoogte, de samenstellende elementen en de berekeningswijze van het salaris, of in casu van voordelen bij ontslag regelen, die met an-

19 — Arrest van 15 juni 1978 (zaak 149/77, Defrenne, Jurispr. 1978, blz. 1365).

20 — Arrest van 26 februari 1986 (zaak 151/84, Roberts, Jurispr. 1986, blz. 703).

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

22 — Arrest van 26 februari 1986 (zaak 262/84, Beets-Propert, Jurispr. 1986, blz. 773).

23 — Zie ook het arrest van 13 juli 1989 (zaak 171/88, Rinner-Kühn, Jurispr. 1989, blz. 2743). Daarin heeft het Hof verklaard dat artikel 119 zich in beginsel verzet tegen een bepaling van de nationale wetgeving die de werkgevers toelaat geen loon uit te keren tijdens ziekte van (overwegend vrouwelijke) werknemers die deeltijds werken.

24 — Er zijn natuurlijk verschillen: de voltijds-voorwaarde betreft de toekenning zelf, de leeftijdsvoorwaarde betreft het moment waarop de toekenning een aanvang neemt. Dit verschil is relatief: „uitstel” bij rust- of ouderdomspensioen wordt bij overlijden van de beneficiaris „afstel”. Het is ook irrelevant in de huidige context: beide voorwaarden betreffen de toegang tot de regeling.

dere woorden de „uitkeringen” zelf beheersen.

Voorwaarden die de toegang tot loon- (of ontslag)voordelen betreffen hebben ongetwijfeld een weerslag op de „uitkeringen”, in die zin dat zij (het bestaan of het moment van) de uitkering conditioneren, maar dit is volgens Uw rechtspraak in het Defrenne III-arrest een „onvoldoende reden (om ze) onder het toepassingsgebied te brengen van artikel 119, dat op het nauw verband tussen de aard van de arbeidsprestaties en de hoogte van het salaris berust” (r. o. 21 hiervoor in nr. 26 geciteerd). Burton lijkt daarbij aan te sluiten, Bilka daarvan af te wijken.

29. Om uit deze „impasse” te geraken zijn er drie oplossingen. Maar vooraf dit: de reden waarom afgrenzingsproblemen tussen het toepassingsgebied van artikel 119 en het toepassingsgebied van de richtlijnen inzake gelijke behandeling (waarbij het tweede het eerste overlapt) zo frequent voorkomen ligt uiteraard in de omstandigheid dat de rechtspraak van het Hof onder bepaalde voorwaarden aan artikel 119 rechtstreekse uitwerking tussen particulieren toekent maar niet aan voornoemde richtlijnen (zie hierna, nrs. 47 en 49). Zou dit belangrijke verschil verdwijnen of aan belang verliezen, dan zouden natuurlijk ook voornoemde afbakeningsproblemen zoniet ophouden dan toch verminderen.

Die drie oplossingen zijn: *ofwel* het toepassingsgebied van artikel 119, overeenkomstig het Burton-arrest, toespitsen op loonvoorwaarden stricto sensu die de hoogte van het salaris en dus de uitkeringen zelf betreffen, in welk geval aan het Bilka-arrest in dit op-

zicht precedentswaarde moet worden ontkend; *ofwel* het toepassingsgebied van artikel 119 aldus verstaan dat daaronder alle arbeidsvoorwaarden komen die rechtstreeks of onrechtstreeks de hoogte van het loon beïnvloeden, die met andere woorden gelijke gevolgen hebben voor de werknemer, in welk geval Bilka als de voorbode kan worden gezien van een opvatting die breekt met de op dit punt beperkende visie van Defrenne III; *ofwel* Bilka en Defrenne III op eenzelfde noemer brengen en daarin een uitlegging van artikel 119 lezen die aan het artikel zijn volle inhoud geeft met inachtneming evenwel van de in artikelen 117 en 118 geregelde materies.

Laat mij elk van deze oplossingen kort bespreken.

30. De eerste oplossing heeft de verdienste aan te sluiten bij de opvatting van het Hof, zoals tot uiting gebracht in Defrenne III in rechtsoverwegingen 19 en 20 (die aan de hierboven in nr. 26 geciteerde overweging voorafgaan):

„dat in tegenstelling tot de voornamelijk programmatische bepalingen van de artikelen 117 en 118, artikel 119 dat alleen betrekking heeft op het probleem van de salarisdiscriminaties tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers, een bijzondere regel vormt, waarvan de toepassing aan nauwkeurige gegevens is gebonden;

dat derhalve de draagwijdte van dit artikel niet mag worden uitgebreid tot andere elementen in de arbeidsverhouding dan die waarop het uitdrukkelijk ziet”.

In de volgende overwegingen (na de reeds in nr. 26 geciteerde) worden andere redenen genoemd voor de noodzaak van een dergelijke niet-uitbreidende interpretatie: artikel 119 ziet op een bepaalde factor, namelijk gelijk loon voor een gelijke prestatie, en niet op de overige aanstellings- en arbeidsvoorwaarden waarbij wel eens acht wordt geslagen op de bijzondere positie van de vrouw in het arbeidsproces; het oprekken van de bewoording van artikel 119 kan de rechtstreekse toepasselijkheid van het artikel in gevaar brengen en een inmenging betekenen in de in artikelen 117 en 118 aan de daar genoemde autoriteiten voorbehouden gebieden.

Tegen deze oplossing pleit de omstandigheid dat zij al bij al een beperkende interpretatie geeft aan artikel 119 wat betreft het toepassingsgebied ervan — terwijl het Hof, eenmaal binnen dit toepassingsgebied, er een ruime visie op nahoudt wat betreft de elementen die onder het begrip „beloning” komen — en dat deze interpretatie minder conform is aan het beginsel van gelijkheid, in alle opzichten, van mannelijke en vrouwelijke werknemers, een beginsel waarvan het Hof herhaaldelijk het fundamentele belang heeft onderstreept<sup>25</sup> en aangegrepen<sup>26</sup> om, naargelang het geval, een enge of ruime interpretatie te geven aan communautaire begrippen.

31. De *tweede* oplossing waarbij Bilka als aanzet zou worden gezien om alle arbeidsvoorwaarden onder artikel 119 te brengen die geldelijke gevolgen kunnen hebben en dus rechtstreeks of onrechtstreeks een invloed kunnen uitoefenen op de beloning van de werknemer, is uiteraard gekenmerkt door tegengestelde voor- en nadelen. In

25 — Zie onder meer arrest van 20 maart 1984 (gevoegde zaken 75/82 en 117/82, Razzouk en Beydoun, Jurispr. 1984, blz. 1509).

26 — Zie onder meer in Marshall, (reeds geciteerd in voetnoot 21), r. o. 36.

haar voordeel pleit dat zij aan artikel 119 in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel een zo ruim mogelijke draagwijdte geeft, waarbij de nadruk niet langer wordt gelegd op het „bijzondere” of „uitzonderings”-karakter van artikel 119 vergeleken met de algemene bepalingen van de artikelen 117 en 118, maar waarbij integendeel de klemtoon wordt gelegd op het juridisch afdwingbare karakter van artikel 119, vergeleken met de (aldus Defrenne III) „voornamelijk programmatische bepalingen” van de artikelen 117 en 118, om aan artikel 119 de grootst mogelijke inhoud te geven.

Nadelen van deze oplossing zijn dat ze, evenmin trouwens als de voorgaande, een afdoend criterium aan de hand doet om artikel 119 af te grenzen van de artikelen 117 en 118 — het criterium van de rechtstreekse of onrechtstreekse beïnvloeding van de beloning is niet zo duidelijk, weze het wellicht gemakkelijker te hanteren dan het onderscheid tussen de „uitkeringen zelf” en de „toegangsvoorwaarden” tot de bezoldiging — en dat het tot gevolg heeft dat het gebied wordt betreden dat door de artikelen 117 en 118 aan de Lid-Staten en de Commissie is voorbehouden.

32. Blijft de *derde* oplossing die erin bestaat het Bilka-arrest en de vroegere rechtspraak onder een gemeenschappelijke noemer te brengen.

Ik herinner eraan dat de uitspraken in Defrenne III, Burton, Marshall, Beets-Propert en ogenschijnlijk ook Roberts, alle verband houden met een (leeftijds-)voorwaarde of (leeftijds-)grens met betrekking tot de *beëindiging* van een arbeidsverhouding: die voorwaarde of grens was bedoeld om de werknemers aan te duiden waarmee de arbeidsverhouding, onder bepaalde financiële voor-

waarden, zou worden beëindigd. Aldus bezien komt de leeftijdsvoorwaarde of -grens duidelijk naar voren als een arbeidsvoorwaarde, meer bepaald als een ontslag- of ruimer beëindigingsvoorwaarde, dat is een voorwaarde op grond waarvan de werknemers worden geselecteerd aan wiens arbeidsverhouding een einde komt<sup>27</sup>. Speelt de leeftijdsvoorwaarde of -grens daarentegen niet een dergelijke rol maar heeft zij betrekking, zoals in het onderhavige geval, op de *toekenning* van de ontslag- of pensioenvergoeding voor werknemers *waarvan de beëindiging* van de arbeidsverhouding *reeds werd beslist* op grond van andere (bij veronderstelling niet discriminerende) factoren, dan heeft men te maken met een beloningsvoorwaarde die onder artikel 119 valt.<sup>28</sup> In *Bilka*, waarin niet een leeftijdsvoorwaarde aan de orde was, ging het eveneens over een voorwaarde betreffende de *toekenning* van een pensioenrecht (en zo ook in het recente arrest in zaak *Rinner-Kühn* waarin een voorwaarde betreffende de toekenning van loon tijdens ziekte onder artikel 119 werd gebracht).

In wezen komt het gemaakte onderscheid erop neer om arbeids- (inclusief ontslag- of andere uittredings-)voorwaarden die rechtstreeks de toegang tot, dat is de toekenning

27 — Zie in het bijzonder *Marshall*, (reeds geciteerd in voetnoot 21), r. o. 32.

28 — Ook in de zaak *Roberts* ging het in feite, zoals blijkt uit r. o. 33, over een (gelijke) leeftijdsvoorwaarde voor de *toekenning* van een vervroegd pensioen (en niet, zoals r. o. 30 en 32 zouden kunnen doen geloven, over een leeftijdsgrens op grond waarvan zou zijn bepaald geworden welke werknemers verplicht moesten vertrekken). Het Hof heeft deze (gelijke) leeftijdsvoorwaarde weliswaar niet vanuit de invalshoek van artikel 119 onderzocht, maar als een ontslagvoorwaarde in de zin van artikel 5 van richtlijn 76/207/EEG bestempeld omdat aan het Hof enkel werd gevraagd of Mevr. Roberts in strijd met deze richtlijn werd behandeld. De toepassing van artikel 119 zou Mevr. Roberts immers niet hebben gebaat aangezien zij dezelfde ontslagvergoedingen had ontvangen als mannelijke collega's van haar leeftijd (zie verder nrs. 42 en 43). Artikel 119 en richtlijn 76/207/EEG sluiten elkaar echter niet uit (zie de eerste considerans van richtlijn 76/207/EEG). Uit de uitspraak dat de leeftijdsvoorwaarde in *Roberts* onder richtlijn 76/207/EEG valt, mag dan ook niet worden afgeleid dat artikel 119 niet terzelfder tijd toepasselijk kan zijn.

van, loon (inclusief een vergoeding of pensioenuitkering bij ontslag) regelen *wel* onder artikel 119 te doen komen *maar niet* de daaraan voorafliggende voorwaarden die het ontstaan, het voortzetten of het beëindigen van de arbeidsverhouding beheersen ook al zijn aan die voorwaarden geldelijke gevolgen verbonden of gaan ze vergezeld van financiële voorzieningen (zoals ontslagvergoedingen of pensioenuitkeringen).

Het aantrekkelijke van deze tussenoplossing is dat zij aan het toepassingsgebied van artikel 119 zijn volle inhoud geeft door er alle beloningsvoorwaarden onder te brengen in de ruime (maar niet onredelijk ruime) zin, en dit toepassingsgebied niet strikt beperkt tot voorwaarden die de hoogte, de componenten of de berekeningswijze van de beloning regelen, dat zij aansluit bij de door het Hof gewezen arresten en dat zij het toepassingsgebied van de artikelen 117 en 118 niet bovenmatig doorkruist. In feite is deze tussenoplossing een inperking van de al te ruime — en mijns inziens niet voldoende door de verdragsteksten ondersteunde — tweede oplossing doordat zij niet alle arbeidsvoorwaarden die rechtstreeks of onrechtstreeks de beloning kunnen beïnvloeden, onder artikel 119 brengt, maar alleen degene die de toekenning van (een onderdeel van) de beloning regelen en aldus te onderscheiden zijn van degene die een ander element dan de beloning (b. v. de beëindiging van de arbeidsverhouding) regelen, ook al kan dat ander element een financiële voorziening in werking stellen.

33. Uit het voorgaande moge blijken dat mijn voorkeur gaat naar de derde (tus-



sen-)oplossing: zij geeft een ruime maar niet buitenmatige draagwijdte aan het toepassingsgebied van artikel 119 en sluit aan bij de arresten van het Hof. Zij leidt ertoe dat het onderhavige geval beheerst wordt door artikel 119 EEG-Verdrag omdat de leeftijdsvoorwaarde hier *niet* tot doel heeft de werknemers aan te duiden aan wiens arbeidsverhouding een einde zal komen (in welk geval zij als ontslagvoorwaarde onder de richtlijn gelijke behandeling zou vallen, zie infra nrs. 38 e. v.) maar *wel* een voorwaarde is voor de toekenning van een vergoeding of pensioenuitkering bij ontslag die uitwerking heeft eenmaal aan de arbeidsverhouding een einde is gesteld (in casu door sluiting van het bureau waar Barber werkte en dit voor allen die daar werkten, mannen en vrouwen gelijk).<sup>29</sup>

Voor het geval dat het Hof mijn mening niet zou delen en de opvatting zou zijn toegedaan dat voorwaarden van toegang tot loon zonder onderscheid — en dus ook de hier in geding staande leeftijdsvoorwaarde — uitsluitend in het licht van de richtlijnen gelijke behandeling moeten worden beoordeeld (en dat geen van hen onder artikel 119 valt) zal ik hierna, mede om de gevolgen van die keuze te helpen evalueren, een dubbel spoor blijven volgen, dat is zowel de hypothese van toepassing van artikel 119 als de hypothese van toepassing van de richtlijnen gelijke behandeling bespreken. In de

29 — Deze stellingname brengt mee dat ik niet moet ingaan op de subsidiaire stelling van de Commissie (zie hiervoor, nr. 24) volgens dewelke, zo wordt aangenomen dat de leeftijdsvoorwaarde *niet* valt onder artikel 119 — een besluit waartoe ik in casu niet kom —, dergelijke uitspraak dan moet beperkt worden tot de hypothese van vrijwillige uit-treding en dat zij in geen geval zou gelden voor verplicht ontslag omdat er dan geen probleem van „toegang” zou rijzen (maar zie hierna, nr. 39, waar het onderscheid wel een rol speelt, maar niet voor het onderhavige geval, omwille van artikel 4, onder a, van richtlijn 86/378). Zoals uit de tekst van mijn conclusie blijkt meen ik dat het te maken onderscheid anders luidt en niet ligt, zoals door de Commissie gesuggereerd, in de omstandigheid dat het initiatief tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst van de werkgever dan wel van de werknemer uitgaat.

loop daarvan zal nog even het punt ter sprake komen van de uitwerking in de tijd van de eventuele beslissing van het Hof om op gevallen als het onderhavige artikel 119 wel degelijk toepasselijk te achten (zie hierna, nr. 37).

34. Mijn antwoord op de tussenvraag samenvattend, ben ik van oordeel dat arbeidsvoorwaarden (zoals een leeftijdsvoorwaarde) die rechtstreeks de toegang tot, dat is de toekenning van, beloning (inclusief een vergoeding of een pensioenuitkering bij ontslag) regelen, onder de toepassing komen van artikel 119 terwijl arbeidsvoorwaarden (zoals een leeftijdsvoorwaarde) die (onder meer) de beëindiging van de arbeidsverhouding beheersen onder de richtlijnen gelijke behandeling komen, ook al zijn aan die beëindiging geldelijke gevolgen verbonden of stellen zij financiële voorzieningen in werking.

#### De derde en de vijfde vraag

35. De derde vraag gaat uit van de vaststelling dat in het voorliggende geval een man en een vrouw van dezelfde leeftijd die in dezelfde omstandigheden worden ontslagen, verschillend worden behandeld. Onder a wordt erop gewezen dat een vrouw een onmiddellijk pensioen ontvangt terwijl een man slechts aanspraak kan maken op een uitgesteld pensioen. Onder b wordt niet langer naar dit ene verschilpunt gekeken, maar wordt erop gewezen dat de totale waarde van alle uitkeringen samen in het geval van een ontslagen vrouw hoger ligt dan in het geval van een ontslagen man. De Court of Appeal wenst te vernemen of deze verschillen in behandeling in strijd zijn met het in

artikel 119 neergelegde beginsel van gelijke beloning.

De vijfde vraag is moeilijk te verstaan. Ik begrijp ze in die zin dat de Court of Appeal wil weten of het vastgestelde verschil in behandeling discriminerend blijft wanneer dit verschil het gevolg is van een bepaling in de particuliere bedrijfsregeling van Guardian die de werknemer, bij ontslag, behandelt als op rust gesteld omdat hij/zij werd ontslagen binnen de zeven jaar vóór de normale pensioengerechtigde leeftijd (die, zo is onderverstaan, overeenkomstig de in de Britse wetgeving voorziene leeftijd voor het nationale pensioen, ook verschilt naar kunne en namelijk voor vrouwen eerder komt). In wezen gaat het er dus om te weten of een bedrijfsregeling die bij ontslag voorziet in een naar geslacht verschillende leeftijdsvoorwaarde voor het toekennen van een onmiddellijk ingaand pensioen, een met het gemeenschapsrecht strijdige regeling is wanneer deze leeftijdsvoorwaarde de afspiegeling is van een naar geslacht verschillende leeftijdsvoorwaarde waarin de bedrijfsregeling maar ook, zo blijkt uit de Britse wetgeving, het nationale stelsel voor het toekennen van ouderdoms- of rustpensioenen voorzien.

#### **De derde vraag onder a en de vijfde vraag**

36. Het verschil in behandeling vindt in deze zaak zijn oorsprong in de naar geslacht verschillende leeftijdsvoorwaarde waarin de ontslagregeling voorziet. Overeenkomstig het hiervoor ingenomen standpunt valt een dergelijke leeftijdsvoorwaarde, als zij zoals in casu de toekenning van pensioenrechten rechtstreeks betreft, onder artikel 119. Niettemin zal ik, zoals aangeduid

(nr. 33), ook de hypothese onderzoeken dat de voorwaarde volgens Uw Hof toch in het licht van de richtlijnen inzake gelijke behandeling moet worden beoordeeld.

#### **1. Hypothese van toepasselijkheid van artikel 119**

37. Ingeval, zoals hiervoor betoogd (nr. 34), artikel 119 van toepassing wordt geacht ten aanzien van een naar geslacht verschillende leeftijdsvoorwaarde zoals die voorligt in de onderzochte ontslagregeling, is er geen moeilijkheid wat betreft de vaststelling van een verboden discriminatie. Het is immers duidelijk in die hypothese dat een leeftijdsvoorwaarde die verschillend is naar geslacht, een openlijke discriminatie uitmaakt.

Indien het Hof deze hypothese bijtreedt zou een probleem kunnen rijzen van uitwerking in de tijd in verband met de pensioengerechtigde leeftijd voor de toekenning van een ouderdoms- of rustpensioen. De Raad heeft er immers op vertrouwd, met name bij de goedkeuring van richtlijn 86/378 betreffende gelijke behandeling in bedrijfsregelingen inzake sociale zekerheid, dat artikel 119 niet ziet op een dergelijke leeftijdsvoorwaarde en heeft in die overtuiging een naar geslacht verschillende pensioengerechtigde leeftijd vooralsnog toegestaan in artikel 9, lid 1, onder a, van richtlijn 86/378 (zie hierna nr. 38). Dit zou een reden kunnen zijn om, in de lijn van wat door het Hof in Defrenne II werd aangenomen, terwille van de rechtszekerheid, een voorbehoud te maken omtrent de uitwerking in de tijd van de voorgestane nieuwe interpretatie wat specifiek de in de voornoemde bepaling beoogde leeftijdsvoorwaarde betreft. In onderhavig

geval is daar evenwel geen reden toe omdat bij het onderzoek van voornoemd artikel 9 zal blijken (nr. 39) dat het geen toepassing vindt bij verplicht ontslag.

## 2. Hypothese van toepasselijkheid van de richtlijnen gelijke behandeling

38. Welke richtlijn inzake gelijke behandeling is dan van toepassing? Deze vraag rijst ingevolge de aan de Lid-Statens toegestane uitzondering waarin artikel 7, lid 1, onder a, van richtlijn 79/7 en artikel 9, lid 1, onder a, van richtlijn 86/378 — dit zijn de richtlijnen inzake gelijke behandeling op het stuk van sociale zekerheid — voorzien met betrekking tot de vaststelling van een leeftijd voor de toekenning van een ouderdoms- of rustpensioen (wat de laatstgenoemde bepaling betreft, zie reeds hiervoor nr. 37). Richtlijn 76/207 die handelt over gelijke behandeling op het stuk van de arbeidsvoorwaarden, bevat daarentegen geen dergelijke uitzondering.

Naar mijn mening valt de in de ontslagregeling van Guardian vervatte leeftijdsvoorwaarde onder artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207, dat als volgt luidt:

„De toepassing van het beginsel van ‚gelijke behandeling‘ met betrekking tot arbeidsvoorwaarden, *met inbegrip van de ontslagvoorwaarden*, houdt in dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht.” (eigen cursivering)

Deze tekst werd door het Hof onder andere in Roberts nader omschreven. In dit arrest heeft het Hof verklaard dat het begrip

„ontslag” in de geciteerde bepaling ruim moet worden opgevat, zo ruim dat het volgens het Hof ook ziet op collectief ontslag en meer bepaald op een leeftijdsvoorwaarde voor het toekennen van een pensioen bij een dergelijk ontslag (zie supra voetnoot 28 en infra nrs. 42 en 43).<sup>30</sup>

39. Guardian doet in haar opmerkingen gelden dat de onderzochte ontslagregeling onder richtlijn 86/378 zou vallen, dat is de sociale-zekerheidsrichtlijn betreffende *bedrijfsregelingen* en dus de enige die hier in aanmerking komt (richtlijn 79/7 betreft de wettelijke sociale-zekerheidsstelsels). Daartoe beroept zij zich op artikel 4, onder a, derde gedachtenstreepje, waar wordt gesteld dat die richtlijn van toepassing is op

„a) ondernemings- en sectoriële regelingen die bescherming bieden tegen de volgende eventualiteiten:

— ...

— ...

— ouderdom, *met inbegrip van vervroegde uittreding*;

— ...

— ...” (eigen cursivering).

30 — In Burton heeft het Hof geoordeeld dat het begrip „ontslag” eveneens op een geval van vrijwillige uittreding slaat. Sindsdien heeft de Raad richtlijn 86/378 goedgekeurd die o. a. van toepassing is op regelingen die bescherming bieden in geval van vervroegde uittreding (zie nr. 39).

Volgens Guardian moet dit artikel in samenhang worden gelezen met de voornoemde aan de Lid-Staten toegestane uitzondering waarin artikel 9, lid 1, onder a, van dezelfde richtlijn voorziet. Welnu, het Verenigd Koninkrijk zou de daarin voorziene mogelijkheid hebben benut om van het beginsel van gelijke behandeling af te wijken wat betreft de vaststelling van een leeftijdsvoorwaarde voor het toekennen van een pensioen als voorzien in de omstreden ontslagregeling.

Wat hiervan denken? Vooreerst moet eraan herinnerd worden dat richtlijn 86/378 geruime tijd na de feiten in het bodemgeschil, door de Raad werd goedgekeurd. Bovendien is de geciteerde bepaling van artikel 4 mijns inziens in geen geval van toepassing op een situatie zoals in voorliggende zaak waar de werknemer door de werkgever werd ontslagen. De termen „vervroegde uit-treding” verwijzen uitsluitend naar regelingen inzake vrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst en gelden niet voor verplicht ontslag: voor deze laatste materie (die duidelijk een ontslag- en dus een arbeidsvoorwaarde is beheerst door richtlijn 76/207, in tegenstelling tot de eerste die veel meer aanleunt bij de sociale zekerheid) kan de uitzondering waarvan sprake in artikel 9 van richtlijn 86/378 dan ook niet worden ingeroepen. Dit is des te meer zo omdat, zoals door het Hof uitdrukkelijk werd beslist in verband met de „zuster”-bepaling in artikel 7, lid 1, van richtlijn 79/7, de materie van de sociale zekerheid een uitzondering is op de werkingsfeer van richtlijn 76/207 en daarom strikt moet worden geïnterpreteerd (zie citaat en verwijzing hierna in nr. 42). Deze uitspraak geldt evengoed voor artikel 9, lid 1, van richtlijn 86/378 dat om dezelfde reden strikt moet worden geïnterpreteerd.

Ik blijf dus de mening toegedaan dat het hier bedoelde verschil in behandeling — in de thans onderzochte hypothese — op grond van artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 moet worden beoordeeld. Volgens deze bepaling moeten voor mannen en vrouwen dezelfde ontslagvoorwaarden worden toegepast.

40. Blijft te onderzoeken of het discriminatieverbod van artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 — in de onderzochte hypothese — wel toepasselijk is wanneer de naar geslacht verschillende leeftijdsvoorwaarde in de ontslagregeling de afspiegeling is van een naar geslacht verschillende leeftijdsvoorwaarde waarin zowel de bedrijfspensioenregeling als het wettelijk pensioenstelsel voor het toekennen van een ouderdoms- of rustpensioen voorzien. Dit is het voorwerp van de vijfde vraag, zoals ik ze begrijp. Voor het beantwoorden van deze vraag zal ik mij steunen op de uitspraken van het Hof in *Burton en Roberts*, die op dit punt evenwel van een evolutie laten blijken.

41. In *Burton* heeft het Hof, in rechtsoverwegingen 10 tot 16, een gedachtengang gevolgd die ik als volgt samenvat. Het Hof gaat uit van de stelling dat, om uit te maken of een naar geslacht verschillende behandeling discriminatoir is, de verhouding tussen de in geding zijnde maatregelen en de nationale regelingen inzake de normale pensioengerechtigde leeftijd in aanmerking moet worden genomen. Het Hof stelt vast dat in de Britse wetgeving de pensioengerechtigde minimumleeftijd voor het nationale pensioen is vastgesteld op 60 jaar voor vrouwelijke werknemers en op 65 jaar voor mannelijke werknemers en dat dit verschil in behandeling conform is met artikel 7, lid 1, onder a, van richtlijn 79/7. De omstreden uittredingsregeling van *British Railways Board*

stelt de werknemer die zijn dienstbetrekking in de vijf jaren voorafgaand aan zijn normale pensioengerechtigde leeftijd beëindigt, in staat bepaalde uitkeringen te genieten. Het enige verschil tussen de uitkeringen voor mannen en die voor vrouwen vloeit aldus voort uit de koppeling van de uittredingsregeling aan het pensioenstelsel dat door de Britse bepalingen inzake sociale zekerheid wordt beheerst. Onder deze omstandigheden, zo stelt het Hof, kan de uittredingsregeling niet als discriminatoir in de zin van richtlijn 76/207 worden beschouwd.

42. In Roberts lag de situatie verschillend. In die zaak ging het om een afvloeiingsregeling die Tate & Lyle Industries Ltd in overleg met de vakbond had vastgesteld in het kader van een collectief ontslag naar aanleiding van de sluiting van een magazijn. Volgens deze regeling werd aan alle ontslagen werknemers boven 55 jaar, dus zowel aan mannen als aan vrouwen, naast een bedrag in contanten, een onmiddellijk ingaand pensioen toegekend. Mevrouw Roberts, 53 jaar bij haar ontslag, was van oordeel dat deze regeling discriminerend was omdat een mannelijk ontslagen werknemer tien jaar vóór de voor mannen normale pensioengerechtigde leeftijd aanspraak kon maken op een onmiddellijk ingaand pensioen, terwijl een vrouwelijk ontslagen werknemer dit slechts vijf jaar vóór de voor haar geldende pensioenleeftijd kon doen.

In deze zaak gaat het Hof uit van volgende beschouwing (r. o. 33):

„Ook al worden met betrekking tot de ontslagvoorwaarden mannen en vrouwen in de

betrokken afvloeiingsregeling op het eerste gezicht op gelijke wijze behandeld, toch moet worden onderzocht of de vaststelling van een gelijke leeftijd voor de toekenning van het vervroegd pensioen desondanks een discriminatie op grond van geslacht vormt, zulks gezien het feit dat in het wettelijke sociale-zekerheidsstelsel van het Verenigd Koninkrijk de pensioengerechtigde leeftijd voor mannen en vrouwen verschillend is.”

De verdere gedachtengang van het Hof in Roberts (r. o. 34 tot en met 36) verloopt als volgt. Zoals in Burton erkent het Hof dat de nationale wetgeving, overeenkomstig artikel 7 van richtlijn 79/7, van het beginsel van gelijke behandeling kan afwijken. Steunend op het fundamentele belang van dit beginsel en verwijzend naar artikel 1 van richtlijn 76/207 stelt het Hof evenwel dat de materie van de sociale zekerheid zoals geregeld in richtlijn 79/7 een uitzondering is op de werkingsfeer van richtlijn 76/207 en daarom strikt moet worden uitgelegd. De in artikel 7, lid 1, onder a, van richtlijn 79/7 voorziene uitzondering geldt derhalve slechts voor

„de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen en voor de gevolgen die hieruit voortvloeien voor andere prestaties *van sociale zekerheid*” (de onderstreepte woorden worden door het Hof aan de tekst van de betrokken bepaling toegevoegd).

Welnu, zo besluit het Hof in Roberts, hier gaat het niet om prestaties van sociale zekerheid, maar om „ontslag” in de zin van artikel 5 van richtlijn 76/207:

„In dergelijke omstandigheden is de toekenning van een pensioen aan ontslagen werknemers van dezelfde leeftijd eenvoudig te beschouwen als een collectieve maatregel, die onafhankelijk van het geslacht van de ontslagen werknemers is genomen om aan hen allen dezelfde rechten te waarborgen.”

43. In Roberts geeft het Hof aldus uitdrukkelijk te kennen dat een regeling die het toekennen van een pensioen bij ontslag aan een voor mannen en vrouwen zelfde leeftijdsvoorwaarde onderwerpt, niet discriminerend is, ook al is in de betrokken Lid-Staat een nationaal pensioenstelsel van kracht met naar geslacht verschillende pensioengerechtigde leeftijden. Met andere woorden, de samenhang tussen de wettelijke regeling en de ontslagregeling waarvan sprake in Burton, is *niet verplicht*. De enige vraag die na Roberts nog overblijft, is te weten of het gemeenschapsrecht die samenhang wel nog *toelaat*.

Naar mijn mening moet deze vraag ontkennd worden beantwoord om dezelfde redenen als deze waarop de uitspraak in Roberts is gesteund, met name dat de uitzondering van artikel 7 van richtlijn 79/7 strikt moet worden uitgelegd en dat van het beginsel van gelijke behandeling maar mag worden afgeweken wat betreft de vaststelling van de normale pensioengerechtigde leeftijd en de gevolgen die hieruit voortvloeien voor andere prestaties van sociale zekerheid en dus niet wat betreft de ontslagvoorwaarden waarvan sprake in artikel 5 van richtlijn 76/207. Deze stelling geldt mijns inziens voor alle ontslagvoorwaarden, inclusief — in de nu onderzochte hypothese van toepasselijkheid van die richtlijn — de leeftijdsvoorwaarde waaraan het toekennen van een pensioen bij ontslag is onderworpen. Het antwoord op de hiervoor in nr. 40 opgeworpen vraag luidt derhalve als volgt: de omstandigheid dat een verschillende pensioengerechtigde leeftijd is voorzien in het

ationale pensioenstelsel — in overeenstemming met de uitzondering voorzien in artikel 7 van richtlijn 79/7 — en daarbij aansluitend in een bedrijfspensioenregeling, is niet van aard om de uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 te beïnvloeden.

44. Samenvattend suggereer ik het Hof de derde vraag onder a en de vijfde vraag als volgt te beantwoorden:

„1) in de hypothese, die ik voorsta, waarin artikel 119 EEG-Verdrag toepassing vindt: dat dit artikel zich verzet tegen de vaststelling in een bedrijfsregeling van een naar geslacht verschillende leeftijdsvoorwaarde voor het toekennen van een als ‚beloning’ aan te merken onmiddellijk ingaand pensioen bij ontslag;

2) in de subsidiaire hypothese, waarin artikel 119 geen toepassing vindt: dat een in een bedrijfsregeling opgenomen naar geslacht verschillende leeftijdsvoorwaarde voor het toekennen van een onmiddellijk ingaand pensioen bij ontslag, een discriminerende ontslagvoorwaarde is die door artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 wordt verboden”.

*De derde vraag onder b)*

45. Ik herinner eraan dat de ontslagregeling van Guardian aan de ontslagen werknemers die geen aanspraak kunnen maken op een onmiddellijk ingaand pensioen, een hogere ontslagvergoeding toekent. De partijen in het bodemgeschil zijn het er echter over eens dat de waarde van een onmiddellijk in-

gaand pensioen — de actuariële waarde, zo begrijp ik het — groter is dan het bedrag van de hogere ontslagvergoeding. Met de derde vraag onder b wenst de Court of Appeal te weten of een met het gemeenschapsrecht strijdige discriminatie voorligt wanneer de totale waarde van de uitkeringen die een ontslagen vrouwelijk werknemer ontvangt, hoger is dan de totale waarde van de uitkeringen die een mannelijk werknemer ontvangt.

46. Voor zover de vraag betrekking heeft op het vastgestelde verschil in totale uitkering aan mannen en vrouwen van dezelfde leeftijd kan zij op dezelfde wijze als hiervoor (nr. 44) worden beantwoord.

De vraag werpt evenwel een bijkomend probleem op, in zover zij zou suggereren dat, in geval artikel 119 toepasselijk is, het daarin vervatte beginsel van gelijke beloning niet geschonden is van zodra de totale waarde van de uitkeringen gelijk is, al bestaat zij uit naar geslacht gedifferentieerde maar elkaar compenserende elementen.

Naar mijn mening impliceert het beginsel van gelijke beloning gelijkheid op het niveau van elke looncomponent. Zoniet zou de afdwingbaarheid van dit beginsel door de rechter ernstig in gevaar komen. De rechter zou dan immers de meest uiteenlopende voordelen die werkgevers aan hun werknemers toekennen, moeten waarderen en met elkaar vergelijken. Dit kan een ingewikkelde feitelijke analyse vergen die de gelijkheid van de totale beloning niet zo effectief zou waarborgen als de gemakkelijker te contro-

leren gelijkheid van elke component afzonderlijk<sup>31</sup>.

Ik stel derhalve voor het in verband met de vorige vraag gegeven antwoord als volgt te vervolledigen: het beginsel van gelijke beloning impliceert een gelijkheid op het niveau van elke looncomponent.

#### De vierde vraag

47. Met de vierde vraag wenst de Court of Appeal te vernemen of artikel 119 EEG-Verdrag en de richtlijn gelijke beloning in de omstandigheden van dit geval rechtstreekse werking hebben.

Zo geformuleerd — in verband met artikel 119 (en de uitvoeringsrichtlijn) — doet de vraag geen speciale moeilijkheden rijzen. Het is immers vaste rechtspraak van het Hof sedert het Defrenne II-arrest dat artikel 119 directe werking heeft, ook tussen particulieren, wanneer het gaat over rechtstreekse discriminaties die met behulp van de criteria van artikel 119 op grond van een zuiver juridische analyse kunnen worden opgespoord (r. o. 21). Zoals hiervoor is gebleken kan de vastgestelde discriminatie volledig met behulp van de in artikel 119 voorziene criteria, zoals door de rechtspraak van Uw Hof verduidelijkt, en dus op basis van een juridische analyse gebeuren. Dat de vastgestelde discrimi-

31 — De Britse rechtspraak gaat in dezelfde zin. In zaak Hayward/Cammell Laird (nr. 2), ICR 1988, 464, heeft het House of Lords geoordeeld dat artikel 1 van richtlijn 75/117 niet in die zin mag worden gelezen dat, wanneer de beloning in haar geheel voor mannen en vrouwen hetzelfde resultaat oplevert, het onbelangrijk is dat sommige delen van deze beloning discriminerend zijn in het voordeel van de vrouw voor zover dit gecompenseerd wordt door even discriminerende beloningsonderdelen in het voordeel van de man.

minatie gelegen is in een toegangs- (nl. leeftijds)voorwaarde tot de beloning maakt de discriminatie niet onrechtstreeks vermits die, klaar en duidelijk, rechtstreeks gesteund is op het onderscheid tussen mannen en vrouwen.

48. Zoals hiervoor (nrs. 24 e.v.) bij de behandeling van de tussenvraag uiteengezet, ben ik de mening toegedaan dat de in het geding staande leeftijdsvoorwaarde binnen het toepassingsgebied komt van artikel 119. Niettemin wil ik, voor het geval het Hof het daarmee niet eens zou zijn en dus in subsidiaire orde, de vraag behandelen of aan het volgens mij in dat geval toepasselijke artikel 5 van richtlijn 76/207 (zie hiervoor nrs. 38 e.v.) een gelijkaardige directe werking toekomt. Een bevestigend antwoord op de vraag zou tot gevolg hebben dat Barber in het voor de nationale rechters hangende geschil met zijn voormalige werkgever Guardian, een beroep kan doen op het beginsel van gelijke behandeling genoemd in artikel 5 van de richtlijn waardoor section 6(4) van de Sex Discrimination Act 1975 dat het in die Act vervatte discriminatieverbod niet toepasselijk verklaart op regelingen „in verband met overlijden of pensionering”, door de nationale rechter buiten beschouwing moet worden gelaten.

Bij de beantwoording van de vraag moet voor ogen worden gehouden dat de hier in geding staande ongelijke behandeling voorkomt in een ontslagregeling die deel uitmaakt van de door Guardian met haar werknemers gesloten arbeidsovereenkomsten én verwijst naar Guardians bedrijfspensioenregeling welke door de bevoegde Britse overheid (de „Occupational Pensions Board”) als een „contracted-out”-regeling

is erkend in de zin van de Social Security Pensions Act 1975 (zie hiervoor, nrs. 3 e.v.). Daarnaast kent de overheid (in dat geval de „Inland Revenue”) ook nog fiscale voordelen toe aan bedrijfspensioenregelingen wanneer zij aan bepaalde welomschreven voorwaarden voldoen.<sup>32</sup>

49. In zijn arrest in de zaak-Marshall heeft het Hof, precies in verband met de ook nu besproken richtlijn 76/207, gesteld:

„dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen. Derhalve moet worden nagegaan, of de verweerster in deze zaak moet worden geacht als particulier te hebben gehandeld” (r. o. 48).

In dit arrest heeft het Hof, naar verluidt<sup>33</sup>, het „estoppel”-begrip of het „nemo auditor”-beginsel<sup>34</sup> aan zijn rechtspraak ten grondslag gelegd, waarmee bedoeld wordt dat de Lid-Staat (aan wie de richtlijn wel verplichtingen heeft opgelegd) die verzuimd heeft de richtlijn binnen de gestelde termijnen in het nationale recht ten uitvoer te leg-

32 — Zie het in deel III van het rapport ter terechtzitting weergegeven antwoord van de Britse regering op een vraag van het Hof inzake de fiscale voordelen verbonden aan de bedrijfspensioenregelingen.

33 — Morris, P. E.: „The Direct Effect of Directives — Some recent Developments in the European Court”, *Journal of Business Law*, 1989, blz. 233 en volgende en 309 en volgende, op blz. 310.

34 — Het beginsel „nemo auditor propriam turpitudinem allegans” is meer verspreid dan het aan het Anglo-amerikaanse recht ontleende „estoppel”. „Nemo auditor” verwijst duidelijker naar een verzuim terwijl „estoppel” onder meer (ook) kan wijzen op een tegenspraak in de eigen gedraging en het daardoor bij een ander verwekte vertrouwen waarop die ander zijn handelen heeft afgestemd.



gen, of dit op onjuiste wijze heeft gedaan, zich niet op zijn verzuim kan beroepen jegens particulieren die bepalingen uit de richtlijn tegenover hem zouden inroepen. In hetzelfde arrest heeft het Hof evenwel verduidelijkt dat onder de Lid-Staat niet alleen de staat als overheid maar ook als werkgever wordt bedoeld en dat onder de staat ook (zelfstandige) overheidsorganen vallen<sup>35</sup> (zonder evenwel te definiëren wat onder deze laatste moet worden verstaan<sup>36</sup>). Aangezien het in Marshall (in de opvatting van de verwijzende rechter) over een overheidsorgaan ging meende het Hof dat de bepaling van artikel 5, lid 1, van de richtlijn, vermits zij „voldoende nauwkeurig (is) om door een particulier te kunnen worden ingeroepen” (r. o. 52), in dat geval wel degelijk directe werking had.

In latere arresten heeft het Hof bevestigd dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen kan opleggen aan particulieren en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen.<sup>37</sup> Als zij genoeg nauwkeurig is kan zij echter wel door particulieren tegen een Lid-Staat maar ook tegen overheidsorganen worden ingeroepen. Het is tegen deze achtergrond dat de directe werking van artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 in een geschil tussen particulieren moet worden onderzocht.

50. Vooraleer dit onderzoek aan te vatten, wil ik erop wijzen dat, ook wanneer genoemd artikel geen rechtstreekse werking tussen particulieren zou hebben, de natio-

nale rechter, in de woorden van het Hof in het Von Colson en Kamann-arrest<sup>38</sup>, ertoe gehouden is:

„ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid de ter uitvoering van de richtlijn — (het ging ook daar over richtlijn 76/207) — vastgestelde wet uit te leggen en toe te passen in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht” (nr. 3 van het beschikkend gedeelte).

Deze verplichting voor de nationale rechterlijke instanties werd in talrijke latere arresten bevestigd.<sup>39</sup>

Het gaat in die hypothese niet over directe werking tussen particulieren van de betrokken richtlijn maar over de natuurlijke uitwerking van de nationale wet zoals die door de rechtbanken in overeenstemming met het gemeenschapsrecht wordt geïnterpreteerd.<sup>40</sup> Dit brengt mijns inziens mee dat deze richtlijnconforme interpretatie niet mag beperkt worden tot de interpretatie van nationale wetgeving van na de uitvaardiging van de betrokken richtlijn of van nationale wetgeving die speciaal tot omzetting van de betrokken richtlijn zou zijn ingevoerd.<sup>41</sup> Het zal wel vaak om nationale omzettingswetgeving gaan — zo ook in het Von Colson-arrest — maar noodzakelijk is dit niet. Een

35 — Zie ook het arrest van 15 mei 1986, zaak 222/84, Johnston, Jurispr. 1986, blz. 1651, r. o. 56.

36 — Prejudiciële vraag in zaak C-188/89, Foster en anderen/ British Gas, arrest van 12 juli 1990, Jurispr. 1990, blz. I-3313.

37 — Arresten van 12 mei 1987 (gevoegde zaken 372/85, 373/85 en 374/85, Traen, Jurispr. 1987, blz. 2141, r. o. 24), van 11 juni 1987 (zaak 14/86, Strafzaak/X, Jurispr. 1987, blz. 2545, r. o. 19) en van 8 oktober 1987 (zaak 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Jurispr. 1987, blz. 3969, r. o. 9).

38 — Arrest van 10 april 1984 (zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jurispr. 1984, blz. 1891). Zie ook het arrest van dezelfde datum (zaak 79/83, Harz, Jurispr. 1984, blz. 1921).

39 — Zie de reeds geciteerde arresten Johnston (r. o. 53) en Kolpinghuis Nijmegen, (r. o. 12), evenals de arresten van 20 september 1988 (zaak 31/87, Gebroeders Beentjes, Jurispr. 1988, blz. 4635, r. o. 39) en van 7 november 1989 (zaak 125/88, Nijman, Jurispr. 1989, blz. 3533, r. o. 6).

40 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Darmon in zaken 177/88 en 179/88 van 14 november 1989.

41 — Zie nochtans advocaat-generaal Sir Gordon Slynn in zijn conclusie in de Marshall-zaak, reeds geciteerd in voetnoot 21.

bepanking van het vereiste van richtlijnconforme interpretatie tot de eigenlijke omzettingswetgeving kan (afgezien nog van de moeilijkheid te bepalen of een bepaalde nationale bepaling al of niet tot omzetting van een richtlijn is uitgevaardigd) moeilijk verantwoord worden aangezien de richtlijn van bij haar totstandkoming en a fortiori van bij het verstrijken van de termijn voor omzetting in nationaal recht, onderdeel van het communautaire recht is geworden en als dusdanig prevaleert op *alle* bepalingen van nationaal recht.

Het Von Colson-arrest van Uw Hof is trouwens bijzonder instructief voor onderhavige zaak niet alleen omdat het daar ook ging over richtlijn 76/207 maar ook omdat de Duitse nationale rechter uit het arrest de conclusie heeft getrokken dat hij een bijzondere bepaling van Duits recht niet volgens de normale, in zijn rechtsorde gebruikelijke interpretatietechnieken mocht uitleggen maar integendeel op een strikt letterlijke manier moest interpreteren waardoor een meer richtlijnconforme oplossing, gesteund op een algemene bepaling van nationaal recht, mogelijk werd.<sup>42</sup> Daaruit blijkt dat het gemeenschapsrecht perken kan stellen aan bepaalde in de nationale rechtsorde toegepaste interpretatiemethoden, zonder de nationale rechter uiteraard te kunnen verplichten „contra legem” te interpreteren.<sup>43</sup>

51. Bij het onderzoek van de vraag naar de directe werking tussen particulieren van artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 zal ik mijn aandacht richten op twee punten. Vooreerst is er het punt of aan bedoelde bepaling in de bijzondere omstandigheden van dit geschil

(zie hiervoor nr. 48, tweede en derde alinea) horizontale directe werking moet worden gegeven, mede gelet op de rol die de overheid vervult ten aanzien van „contracted-out”-regelingen (hierna nr. 52). Vervolgens is er de vraag, los van de hiervoor genoemde, of aan bedoelde bepaling niet in elk geval een directe werking tussen particulieren toekomt op grond van andere regelen en met name internationaalrechtelijke bepalingen welke deel uitmaken van het communautaire recht (hierna nr. 53). Vooraleer deze vragen te bespreken, eerst iets over het begrip „horizontale directe werking”.

Directe werking van een bepaling tussen particulieren, horizontale directe werking genoemd, is een onbepaald en dubbelzinnig begrip, dat ik hier niet zal proberen te definiëren. In verband met artikel 119 EEG oordeelde het Hof klaarblijkelijk in Defrenne II dat een bepaling horizontale werking heeft wanneer zij niet alleen aan de Lid-Staten maar ook aan particulieren, in dat geval werkgevers, *verplichtingen* oplegt waaraan bij andere particulieren, werknemers, rechten beantwoorden. Uw Hof stelde namelijk

„(dat het artikel) eveneens van toepassing is op alle overeenkomsten die een collectieve regeling van arbeid in loondienst inhouden, alsmede op contracten tussen particulieren” (r. o. 39).

Daaruit moge blijken dat het Hof, in artikel 119, omwille van zijn karakter van „dwingend recht” (ibidem), een verplichting las ook voor particulieren om zich in contractuele verhoudingen aan het discriminatiever-

42 — Arbeitsgericht Hamm, 6 september 1984, Der Betrieb, 1984, blz. 2700.

43 — Zie Galmot, Y. en Bonichot, J.-C.: „La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national”, *Revue française de droit administratif*, 1988, blz. 1 en volgende, op blz. 22.

bod van het artikel te houden. In Marshall hechtte het Hof aan het begrip horizontale werking een zelfde betekenis maar dan om dergelijke werking aan een bepaling uit een richtlijn te ontzeggen omdat zij, hoe nauwkeurig ook, geen *verplichtingen* kan opleggen aan particulieren zodat andere particulieren die bepaling evenmin tegen hen kunnen inroepen.

Nochtans, door in Marshall de directe werking van een richtlijn tegenover een Lid-Staat te steunen op diens verzuim van omzetting van de richtlijn in nationaal recht (hiervoor, nr. 49) werd de vraag naar de horizontale directe werking van richtlijnbevestigingen in een ander perspectief geplaatst en moet ze ook in de verhoudingen tussen particulieren, zoals in onderhavige zaak, anders worden geformuleerd. De vraag is nu niet meer *in concreto* of artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 aan Guardian verplichtingen oplegt waaraan in hoofde van Barber rechten beantwoorden — dat doet de bepaling niet uit zichzelf — maar of Barber tegen Guardian het verzuim kan tegenwerpen van een Lid-Staat die in gebreke is gebleven om *zijn* verplichting tot omzetting van communautair recht na te komen, wanneer Barber door dit verzuim in zijn rechten wordt geschaad.

52. De vraag naar de horizontale directe werking van een richtlijnbevestiging is zo herleid tot de vraag naar de mogelijkheid voor een particulier (i. c. Barber) om de niet-nakoming door een Lid-Staat van een deze laatste verbindende richtlijn in te roepen in een geschil met een ander particulier (i. c. Guardian), of omgekeerd of laatstbedoelde particulier profijt mag trekken uit het verzuim van een Lid-Staat, om aan een andere particulier (zijn werknemer) een rechtmatig,

op het communautaire recht gesteund voordeel te ontzeggen. Dit is de vraag naar de derdenwerking van richtlijnbevestigingen.<sup>44</sup>

Zoals hiervoor (in nr. 49) gesteld houdt de rechtspraak van Uw Hof in dat een Lid-Staat zich tegenover een particulier niet op zijn verzuim mag beroepen. Aan dit verzuim wordt echter een ruime betekenis gegeven: enerzijds door er ook gevolgen aan te hechten wanneer de Lid-Staat als werkgever en dus in feite in een „privaatrechtelijke hoedanigheid”, dat is in een horizontale verhouding tegenover werknemers, optreedt; en anderzijds door particulieren, in casu werknemers, toe te laten dit verzuim ook in te roepen tegen zelfstandige overheidsorganen die zelf niet verantwoordelijk zijn voor het in gebreke blijven van hun Lid-Staat bij de omzetting van een richtlijn in nationaal recht. Zodoende heeft het „*nemo auditur*”-principe een verregaande (en niet aan eigen verzuim gebonden) draagwijdte gekregen, waardoor aan de richtlijn een zekere derdenwerking, namelijk ten laste van voornoemde overheidsorganen, werd toegekend.

Dient deze rechtspraak te worden uitgebreid in die zin dat ook een particulier die in generlei opzicht tot de overheid behoort, in zijn verhoudingen tot andere particulieren geen voordeel mag halen uit het verzuim van de Lid-Staat en zich derhalve moet onthouden een met de richtlijn strijdige (wettelijke of contractuele) bepaling in

44 — Met „derden”-werking („Drittwirkung”) wordt in het algemeen bedoeld dat de onderzochte bepaling (of het nu een contractuele, een verdrags- of een richtlijnbevestiging is) ook een „derde”, dat is een ander dan de persoon aan wie zij rechtstreeks (bijzondere) verplichtingen oplegt of rechten verleent, in zijn rechtssfeer kan raken (b. v. door hem een algemene onthoudingsplicht op te leggen).

te roepen ? Het is immers niet uitgesloten dat het „nemo auditur” (of „estoppel” principe) zou worden opgevat als een algemeen verbod profijt te trekken uit andermans verzuim, *eenmaal* aan dat principe een zo ruime uitwerking is gegeven, als in voornoemde rechtspraak, dat het niet langer verwijst naar een „persoonlijk” verzuim van de Lid-Staat als *wetgever*.

Gelet op de rechtspraak van het Hof wil ik deze verdere stap evenwel niet aanbevelen. Tot dusver heeft het Hof de werking van het „nemo auditur” en/of „estoppel”-principe (en zodoende van de derdenwerking van richtlijnbepalingen) beperkt tot personen die tot de overheidssfeer behoren en waarover de staat dus enige verantwoordelijkheid draagt. Voorzeker, *indien* we in dit geval zouden te maken hebben met een discriminerende particuliere ontslagregeling die als dusdanig door de overheid zou zijn goedgekeurd of, a fortiori, algemeen verbindend verklaard, dan zou deze rechtspraak mijns inziens toepassing moeten vinden *omdat* de overheid dan voor die regeling (mede-)verantwoordelijkheid draagt. Nu gaat het echter over een particuliere ontslagregeling die weliswaar verwijst naar een door de overheid als „contracted-out”-regeling erkende en met fiscale voordelen bedachte bedrijfspensioenregeling, maar die als dusdanig in generlei opzicht door de overheid werd goedgekeurd. Daarbij komt dat de overheid, bij de erkenning van de onderliggende bedrijfspensioenregeling en de toekenning van fiscale voordelen, geen discriminerende voorwaarden heeft voorgeschreven maar ze alleen heeft geduld, waardoor de voorliggende zaak zich onderscheidt van de Marshall- en de Johnstonzaken aangezien de betrokken lokale overheid

in die zaken wel degelijk discriminerende maatregelen had getroffen.

Nog verder gaan in de toepassing, nu ook in zuiver privaatrechtelijke verhoudingen, van een op het verzuim van een Lid-Staat steunend „nemo auditur *propriam turpitudinem allegans*”-beginsel, dat zodoende helemaal zijn oorspronkelijke betekenis verliest, lijkt me niet aangewezen te zijn — tenzij het Hof helemaal op zijn Marshall-rechtspraak wenst terug te komen — omdat men dan wel heel dicht komt bij de toekenning van volledige horizontale directe werking aan richtlijnbepalingen (ook al zou een dergelijke toepassing daarvan op het theoretische vlak kunnen worden onderscheiden<sup>45</sup>). Toegegeven, een dergelijke stellingname zou heel wat problemen helpen voorkomen die nu rijzen op het onderzochte gebied: de ongelijke behandeling van werkgevers uit de publieke en de particuliere sector (economisch motief) en vooral van bij publieke of particuliere werkgevers tewerkgestelde werknemers (sociaal motief) zou daardoor worden uitgeschakeld, zoals ook delicate aflijningsproblemen zouden worden voorkomen, in verband met het begrip „staat”, tussen de publieke en de private sector, problemen die nog bemoeilijkt worden doordat werknemers in eenzelfde openbare nutsinstelling of onderneming, naargelang van privatisering of nationalisering, nu eens tot de particuliere, dan weer tot de publieke sector kunnen behoren. Er weze aan herinnerd dat die problemen in het onderhavige geval echter niet hoeven te rijzen indien het Hof zou aannemen, zoals in hoofddorde betoogd, dat artikel 119 toepassing vindt op de voorliggende ongelijke behandeling.

45 — Zoals hiervoor, nr. 51, aangestipt kan ze daarvan onderscheiden worden omdat het enkel zou gaan over een veralgemeende „derden”-werking (die nu door het Hof alleen ten laste van overheidspersonen wordt aangenomen) en niet over directe werking *stricto sensu* gesteund op de aanwezigheid van een eigen verplichting bij de particulier/werkgever.

53. De tweede hiervoor (nr. 51) genoemde vraag luidt of een bepaling uit een richtlijn, die uit zichzelf geen verplichtingen oplegt aan particulieren, toch niet uitwerking tussen particulieren verkrijgt gelet op een fundamenteel beginsel, *in casu* de gelijkheid van geslachten, zoals dat besloten ligt in internationaalrechtelijke bepalingen houdende verbod van discriminatie op grond van (onder meer) geslacht, in zover die deel uitmaken van de communautaire rechtsorde. Daarbij wordt in het bijzonder gedacht aan de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) van 4 november 1950, en aan de in het kader van de Verenigde Naties gesloten internationale verdragen inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) respectievelijk inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR), beide van 19 december 1966.<sup>46</sup>

Deze vraag werd in de schriftelijke opmerkingen van partijen helemaal niet, en tijdens de mondelinge behandeling nauwelijks besproken. Ik zal ze hierna dan ook alleen maar situeren. Zou de uitspraak van het Hof een antwoord op deze vraag veronderstellen, dan moet aan de partijen voor het Hof de gelegenheid worden geboden daartomtrent stelling te nemen.

Wel beschouwd is de vraag niet of een richtlijn horizontale directe werking, of beter: derdenwerking krijgt dank zij een internationale bepaling: als een internationale bepaling in de communautaire rechtsorde dergelijke uitwerking heeft tussen particulieren, is dat omwille van de eigen draag-

wijde daarvan; wel kan een richtlijn ertoe bijdragen om een internationale bepaling binnen de Gemeenschap preciezer te maken waardoor een mogelijke hinderpaal voor de derdenwerking van de internationale bepaling (haar onnauwkeurigheid) binnen de Gemeenschap en voor een bepaald gebied zou wegvallen.

De vraag naar de derdenwerking van in het bijzonder het EVRM is in de literatuur van de Lid-Staten, vooral van degene die nauwkeurig onderscheiden tussen privaat- en publiekrecht, vrij grondig onderzocht. Ik wil mij beperken tot slechts één citaat (met weglating van voetnoten) met betrekking tot het EVRM omdat het mij, ook nu nog, een juiste samenvatting van de problematiek lijkt te zijn<sup>47</sup>:

„Samenvattend kan worden geconcludeerd, dat derdenwerking niet dwingend uit de Conventie voortvloeit. Van de andere kant staat ook niets in de Conventie de verdragsstaten in de weg om binnen hun nationale rechtsstelsels derdenwerking aan de fundamentele rechten en vrijheden toe te kennen, voor zover deze zich daartoe lenen. In sommige verdragsstaten vindt derdenwerking van de door de Conventie gegarandeerde rechten en vrijheden reeds erkenning, terwijl in andere verdragsstaten deze derdenwerking althans niet principieel wordt uitgesloten. Bij deze tendens sluit goed aan de visie dat uit de zich wijzigende maatschappelijke

46 — Waarvan de artikelen 2 en 26 respectievelijk de artikelen 3 en 7 op het hier besproken grondrecht betrekking hebben. Deze verdragen werden tussen 1976 en vandaag door alle Lid-Staten geratificeerd (de enige uitzonderingen zijn Griekenland voor het eerste verdrag en Ierland voor het tweede).

47 — Van Dijk, P. en Van Hoof, G. J. H.: *De Europese conventie in theorie en praktijk*, 1979 (2e druk: 1982), op blz. 15 en 16. Van de 1982-editie is in 1984 een Engelse vertaling verschenen onder de titel *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Het citaat staat daar op blz. 16 en 17.

omstandigheden en opvattingen kan worden afgeleid, dat het de strekking van de Conventie *wordt* het individu ook in zijn verhouding tot anderen een zekere minimumgarantie toe te kennen. Voor deze opvatting lijkt in de geest van de Conventie veel te zeggen, al dient men zich bij een dergelijke „achteraf-interpretatie” natuurlijk wel steeds af te vragen, of daarmee niet aan de Conventie een werking wordt toegekend die voor (een aantal van) de verdragsstaten onaanvaardbaar is en derhalve geen voldoende steun vindt in de impliciete wilsovereenstemming tussen de verdragsstaten.”

Er wordt algemeen aangenomen, ook door de hierboven geciteerde auteurs, dat het van de aard en de formulering van elk afzonderlijk recht afhangt, of daaraan derdenwerking kan worden toegekend. Het komt mij voor dat gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces een van de grondrechten is die meer dan andere groepen zijn om dergelijke werking te hebben. Het krijgt immers slechts zijn volle betekenis indien het niet beperkt wordt tot de verticale verhoudingen, dat is tussen ambtenaren en de hen tewerkstellende overheden, maar ook uitwerking heeft in alle horizontale verhoudingen. Daartegenover staat evenwel dat het algemeen discriminatieverbod van artikel 14 EVRM geacht wordt — ofschoon een evolutie kan worden vastgesteld — geen autonome bepaling te zijn en alleen in combinatie met andere bepalingen van de conventie rechtsbescherming te bie-

den.<sup>48</sup> Artikel 26 IVBPR zou daarentegen wel een autonoom karakter hebben.<sup>49</sup>

Uiteindelijk komt het de verdragsstaten toe om, op eigen (internationaalrechtelijk gesanctioneerde) verantwoordelijkheid, te bepalen hoe zij de voor hen uit het verdrag voortvloeiende verplichtingen zullen nakomen. In verband met het EVRM, waarvan het Hof aanneemt dat het een bijzondere betekenis heeft voor de interpretatie van de van het gemeenschapsrecht deel uitmakende grondrechten, lijkt dit te impliceren dat het het Hof toekomt om, bij wijze van uniforme binnen de gehele Gemeenschap geldende interpretatie<sup>50</sup>, inhoud en draagwijdte van de verdragsbepalingen vast te stellen, en dus ook uit te maken of aan de in het EVRM erkende grondrechten derdenwerking moet worden toegekend, *op de gebieden die door het gemeenschapsrecht worden bestreken*. Daarbij zal het Hof uiteraard rekening houden enerzijds met het belang van het betrokken grondrecht, in casu de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, in de communautaire rechtsorde en anderzijds met de constitutionele tradities (en het rechtsgevoelen) in de Lid-Staten. Hetzelfde geldt mijns inziens voor het IVBPR (en het IVESCR) waarvan het Hof in recente arresten de betekenis voor de interpretatie van de

48 — Ibidem, blz. 339 en volgende (Nederlandse editie); blz. 386 en volgende (Engelse editie).

49 — Zie beslissingen nrs. 172/1984, 180/1984 en 182/1984 van het daarvoor bevoegde comité, van 7 april 1987, gepubliceerd in *Report of the Human Rights Committee, UN/GAOR/42nd session, Suppl. 40 (A/42/40) 1987*, blz. 139 tot en met 169 (i.h.b. r.o. 12.1 tot 12.5 van de eerste beslissing).

50 — Zie, in verband met Gatt-bepalingen, het arrest van 16 maart 1983 (zaak 266/81, SIOT, Jurispr. 1983, blz. 731, r. o. 28).

grondrechten in het gemeenschapsrecht heeft erkend.<sup>51</sup>

Afgezien van wat voorafgaat rijst tenslotte de vraag in welke mate het betrokken grondrecht voor het Hof kan worden ingeroepen, niet alleen om de geldigheid te onderzoeken van handelingen die uitgaan van communautaire instellingen — wat vanzelfsprekend is<sup>52</sup> — maar ook van handelingen die uitgaan van nationale overheden genomen in uitvoering van, of binnen de gebieden bestreken door, bepalingen van communautair recht.<sup>53</sup>

Zoals gezegd wil ik het hierbij laten om de bij de aanvang van dit nummer genoemde redenen.

54. Samengevat meen ik dat op de vierde vraag moet worden geantwoord, voor het geval het Hof van mening is dat artikel 119 toepassing vindt, dat die bepaling in de omstandigheden van het geval rechtstreekse werking ook tussen particulieren bezit maar dat, voor het geval het Hof van mening is dat de bepalingen van richtlijn 76/207 toepasselijk zijn, aan die bepalingen in de omstandigheden van het geval geen dergelijke werking toekomt, hetgeen niet belet dat de nationale rechter er toe gehouden is om zijn nationale wetgeving, in casu section 6(4) van de Sex Discrimination Act 1975, conform de in het arrest van Uw Hof gedane uitspraak aangaande de draagwijdte van richtlijn 76/207, en meer in het bijzonder artikel 5, lid 1, daarvan, te interpreteren.

## Conclusie

55. Gelet op wat voorafgaat suggereer ik het Hof de prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

- „1) Een ontslagvergoeding, inclusief de wettelijk voorgeschreven minimumvergoeding, die door de werkgever op grond van een bedrijfsregeling aan de door hem ontslagen werknemers wordt uitgekeerd, is ‚beloning’ in de zin van artikel 119, tweede alinea, EEG-Verdrag.
- 2) Pensioenen die via de trustees van een door werkgeversbijdragen gefinancierd pensioenfonds aan ontslagen werknemers worden uitgekeerd overeenkomstig een bedrijfspensioenregeling die als een ‚contracted-out’-regeling is erkend, zijn ‚beloning’ in de zin van artikel 119, tweede alinea, EEG-Verdrag.

51 — Zie arresten van 18 oktober 1989, zaak 374/87, Orkem (r. o. 18 en 31), Jurispr. 1989, blz. 3283, en zaak 27/88, Solvay (r. o. 15 en 28), Jurispr. 1989, blz. 3355.

52 — Daarover advocaat-generaal Capotorti in zijn conclusie in zaak-Defrenne III, Jurispr. 1978, blz. 1381 en volgende, op blz. 1386.

53 — In die zin reeds Pescatore, „Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften”, *Europarecht*, 1979, blz. 1 en volgende, op blz. 10. Voor verdere verwijzingen zie mijn conclusie van 5 december 1989 in zaak C-326/88, Hansen, nummer 11, arrest van 10 juli 1990, jurispr. 1990, blz. I-2911.

- 3) Het beginsel van gelijke beloning waarvan sprake in artikel 119, eerste alinea, EEG-Verdrag, impliceert een gelijkheid op het niveau van elke looncomponent.

*In hoofdorde*

- 4) Artikel 119 EEG-Verdrag verzet zich tegen de vaststelling in een bedrijfsregeling van een naar geslacht verschillende leeftijdsvoorwaarde voor het toekennen van een als 'beloning' aan te merken onmiddellijk ingaand pensioen bij ontslag.
- 5) In de omstandigheden van het geval heeft artikel 119 EEG-Verdrag rechtstreekse werking ook tussen particulieren.

*In bijkomende orde*

- 4) De vaststelling in een bedrijfsregeling van een naar geslacht verschillende leeftijdsvoorwaarde voor het toekennen van een onmiddellijk ingaand pensioen bij ontslag, is een discriminerende ontslagvoorwaarde die door artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 verboden is.
- 5) Artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 heeft in de omstandigheden van dit geval geen rechtstreekse werking tussen particulieren; het komt de nationale rechter evenwel toe om zijn nationale wetgeving, in casu section 6(4) van de Sex Discrimination Act 1975, conform de in het arrest van het Hof gedane uitspraak aangaande de draagwijdte van voornoemd artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207 te interpreteren."