

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

F. G. JACOBS

van 27 oktober 2005<sup>1</sup>

1. Deze hogere voorziening betreft de berekening van het aantal pensioenjaren dat een vrouwelijke ambtenaar van de Raad toegekend heeft gekregen na de overschrijving naar het gemeenschappelijk pensioenstelsel van de afkoopsom voor haar bij een nationaal stelsel verworven pensioenrechten. Zij doet echter enkele fundamentele vragen op het gebied van gelijke behandeling rijzen.

2. De in geding zijnde berekening werd gemaakt overeenkomstig de toepasselijke bepalingen van het Statuut en van de door de Raad vastgestelde uitvoeringsbepalingen.

3. Rekwirante heeft het besluit houdende berekening van haar pensioenjaren voor het Gerecht aangevochten, waarbij zij heeft aangevoerd dat de aan die berekening ten grondslag liggen bepalingen onwettig zijn, met name wegens strijd met het beginsel van gelijke behandeling.

4. De belangrijkste door rekwirante aangevoerde punten van kritiek zijn:

— de bij de berekening gebruikte actuariële waarden zijn discriminerend voor vrouwen;

— die actuariële waarden discrimineren ook naar leeftijd, aangezien zij voor alle ambtenaren nadeliger uitvallen naar mate hun leeftijd op het moment van aanstelling hoger is;

— de twee omrekeningsvarianten die worden gebruikt voor de berekening van de tegenwaarde in euro van een in een andere munteenheid uitgedrukt bedrag, kunnen leiden tot een verschil in behandeling ten nadele van ambtenaren die pensioenpremies hebben betaald in een lidstaat met een sterke munt.

<sup>1</sup> — Oorspronkelijke taal: Engels.

## Rechtskader

echtelijke staat of gezinssituatie, is uitgesloten in het bijzonder met betrekking tot:

### *Discriminatieverbod*

5. Volgens artikel 12 EG is binnen de werkingssfeer van het Verdrag elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.

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

6. Artikel 141 EG verlangt van de lidstaten dat zij het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid toepassen. Onder beloning in de zin van deze bepaling worden alle voordelen verstaan die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt.

— de verplichting tot premiebetaling en de premieberekening,

7. Richtlijn 79/7/EEG van de Raad<sup>2</sup> heeft onder meer betrekking op wettelijke ouderdomspensioenregelingen. Artikel 4, lid 1, bepaalt:

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

„Het beginsel van gelijke behandeling houdt in dat iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name

8. Richtlijn 86/378/EEG van de Raad<sup>3</sup> is onder meer van toepassing op bedrijfspensioenregelingen. Artikel 5, lid 1, luidt:

„Onder de in onderstaande bepalingen vastgestelde voorwaarden houdt het beginsel van gelijke behandeling in dat iedere vorm van

2 — Richtlijn van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (PB 1979, L 6, blz. 24).

3 — Richtlijn 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 L 225, blz. 40), zoals gewijzigd bij richtlijn 96/97/EG van de Raad van 20 december 1996 (PB 1997, L 46, blz. 20).

discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect, door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezins-situatie, is uitgesloten, in het bijzonder met betrekking tot:

- het toepassingsgebied van de regelingen alsmede de voorwaarden inzake toelating tot de regelingen;
- de verplichting tot premiebetaling en de premieberekening;
- de berekening van de prestaties, waaronder begrepen verhogingen verschuldigd uit hoofde van de echtgenoot en voor ten laste komende personen, alsmede de voorwaarden inzake duur en behoud van het recht op prestaties.”

- h) uiteenlopende niveaus voor de prestaties vast te stellen, behoudens voor zover nodig om rekening te houden met naar geslacht verschillende actuariële berekeningsfactoren bij regelingen met vaststaande premies of bijdragen.

In het geval van door kapitalisatie gefinancierde regelingen met vaststaande uitkeringsniveaus, kunnen bepaalde elementen (waarvan enige voorbeelden in bijlage dezes staan) ongelijk zijn voor zover het verschil tussen de bedragen het gevolg is van het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële factoren bij de tenuitvoerlegging van de financiering van de regeling;

[...]”

9. Artikel 6, lid 1, bepaalt:

„Tot de bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, moeten die worden gerekend welke van het geslacht, hetzij direct, hetzij indirect, door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie, uitgaan om:

[...]

10. De „overdracht van pensioenrechten” is één van de in artikel 6, lid 1, sub h, bedoelde en in de bijlage genoemde elementen die in het geval van door kapitalisatie gefinancierde regelingen met vaststaande uitkeringsniveaus ongelijk kunnen zijn.

11. Het pensioenstelsel van de Gemeenschappen is echter noch een wettelijke regeling noch een bedrijfsregeling; het is

ingesteld bij het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen (hierna: „Statuut”).<sup>4</sup>

de ambtenaren, die in bijlage VIII van het Statuut nader is uitgewerkt.

12. In het in casu relevante tijdvak bepaalde artikel 1 bis, lid 1, van het Statuut: „De ambtenaren hebben recht op gelijke behandeling bij de toepassing van het Statuut, zonder direct of indirect onderscheid ten aanzien van ras, politieke, filosofische of godsdienstige overtuiging, geslacht of seksuele geaardheid, onverminderd de specifieke statutaire bepalingen op grond waarvan een bepaalde burgerlijke staat is vereist.”<sup>5</sup>

14. Volgens artikel 77 van het Statuut bedroeg het pensioen destijds in wezen 2 % van het laatste salaris van de ambtenaar voor elk dienstjaar, met een maximum van 70 % van dat salaris. Volgens artikel 83 komen de pensioenuitkeringen ten laste van de begroting van de Gemeenschappen en waarborgen de lidstaten gezamenlijk de uitbetaling ervan, met dien verstande dat de ambtenaren voor een derde bijdragen in de financiering van de pensioenregeling.

### *Relevante pensioenbepalingen*

#### Algemeen

13. De artikelen 77 en volgende van het Statuut behelzen een pensioenregeling voor

15. Deze bijdrage wordt geïnd door inhouding op het salaris van een voor alle ambtenaren gelijk percentage, dat van tijd tot tijd opnieuw wordt vastgesteld teneinde ervoor te zorgen, dat het totaalbedrag van de bijdragen zo dicht mogelijk in de buurt komt van het derde gedeelte van de kosten van de uitgekeerde pensioenen.<sup>6</sup>

4 — Verordening (EEG, Euratom, EGKS) nr. 259/68 van de Raad van 29 februari 1968 tot vaststelling van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen en de regeling welke van toepassing is op de andere personeelsleden van deze Gemeenschappen, alsmede van bijzondere maatregelen welke tijdelijk op de ambtenaren van de Commissie van toepassing zijn (PB L 56, blz. 1), zoals meermalen gewijzigd. Artikel 1 bis werd ingevoegd bij verordening (EG, EGKS, Euratom) nr. 781/98 van de Raad van 7 april 1998 tot wijziging van het Statuut met betrekking tot de gelijke behandeling (PB L 113, blz. 4).

5 — Sedert 1 mei 2004 is de equivalente bepaling artikel 1 quinquies, lid 1, dat luidt: „Voor de toepassing van dit Statuut is iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, ras, huidskleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, politieke, filosofische, godsdienstige of andere overtuiging, het behoren tot een nationale minderheid, eigendom, geboorte, handicap, leeftijd, of seksuele geaardheid verboden.”

6 — Een met het totaal van de ingehouden bijdragen overeenkomend bedrag wordt als „bijdragen van het personeel in de financiering van de pensioenregeling” opgevoerd aan de ontvangstenkant van de begroting van de Europese Unie (hoewel het hier niet om echte ontvangsten gaat, maar eerder om een kostenbesparing), samen met de overdracht of inkoop van pensioenrechten en de pensioenbijdrage van ambtenaren die (onbetaald) verlof om redenen van persoonlijke aard hebben opgenomen (wat wel allemaal echte ontvangsten zijn). In feite moeten al deze „ontvangsten” samen gelijk zijn aan het derde gedeelte van de pensioenkosten, zij het dat de op de salarissen ingehouden bijdragen daarin veruit het grootste aandeel hebben.

16. In het in casu relevante tijdvak bepaalde artikel 83, lid 4<sup>7</sup>, van het Statuut dan ook: of,

„Indien uit een actuariële raming van de pensioenregeling, verricht op verzoek van de Raad door een of meer bevoegde deskundigen, blijkt dat de bijdrage der ambtenaren niet toereikend is om het derde gedeelte van de uitkeringen ingevolge de pensioenregeling te financieren, bepalen de begrotingsautoriteiten [...] welke wijzigingen in de bijdragen of in de pensioengerechtigde leeftijd dienen te worden aangebracht.”

— in loondienst of als zelfstandige te hebben gewerkt,

kan bij zijn aanstelling in vaste dienst hetzij de actuariële tegenwaarde van, hetzij de afkoopsom<sup>8</sup> voor de rechten op ouderdomspensioen die hij uit hoofde van bovengenoemde activiteiten heeft verworven, aan de Gemeenschappen doen betalen.

Overdracht van pensioenrechten naar het pensioenstelsel van de Gemeenschappen

In dat geval bepaalt de instelling waarbij de ambtenaar werkzaam is, met inachtneming van de rang waarin deze in vaste dienst is aangesteld, het aantal pensioenjaren dat zij volgens haar eigen regeling aanreken uit hoofde van de vroegere diensttijd op basis van het bedrag van de actuariële tegenwaarde of van de afkoopsom.”

17. Destijds bepaalde artikel 11, lid 2, van bijlage VIII:

„De ambtenaar die in dienst van de Gemeenschappen treedt na:

Berekening van de rechten na een overdracht

— de dienst bij een overheidsorgaan of bij een nationale of internationale organisatie te hebben beëindigd,

18. De algemene bepalingen ter uitvoering van artikel 11, lid 2, van bijlage VIII van het Statuut zijn voor de verschillende instel-

7 — Inmiddels ingetrokken en vervangen door artikel 83 bis, met gedetailleerde uitvoeringsbepalingen in bijlage XII, waaronder die welke een vijfjaarlijkse actuariële raming door Eurostat voorschrijven.

8 — Die kan worden gedefinieerd als de forfaitaire waarde van de krachtens een pensioenregeling opgebouwde rechten [de rest van de voetnoot is voor de Nederlandse vertaling niet van belang].

lingen grotendeels gelijk. Volgens artikel 10, lid 2, van de door de Raad op 13 juli 1992 vastgestelde uitvoeringsbepalingen wordt het aantal aan te rekenen pensioenjaren berekend op grond van het gehele overgeschreven bedrag, onder aftrek van een rente van 3,5 % per jaar voor het tijdvak van de datum van benoeming in vaste dienst tot de datum waarop het bedrag daadwerkelijk wordt overgeschreven (uitgezonderd de tijdvakken waarin dit bedrag niet geherwaardeerd of met rente verhoogd is overeenkomstig de nationale regeling waarbij de betrokkene voorheen was aangesloten).

[...]"

20. De te gebruiken actuariële waarden, die staan vermeld in bijlage II bij de uitvoeringsbepalingen, zijn in alle gevallen voor vrouwen hoger dan voor mannen en weerspiegelen daarmee de verschillende gemiddelde levensverwachting van man en vrouw. Die waarden — en het verschil tussen die voor mannen en vrouwen — stijgen met de leeftijd.

19. Artikel 10, lid 3, van de uitvoeringsbepalingen luidt, voor zover hier van belang:

„Het aantal aan te rekenen pensioenjaren wordt berekend:

— door omzetting van het overgeschreven bedrag (B) in een theoretische rente (R) naar verhouding van de actuariële waarden (W) als bedoeld in artikel 39 van bijlage VIII [van het Statuut], volgens de formule  $R = B/W$ ,

— door omzetting van deze rente (R) in statutaire pensioenjaren (N) naar verhouding van het jaarlijkse basissalaris (S) dat overeenkomt met de rang waarin de ambtenaar in vaste dienst is benoemd [...], volgens de formule  $N = R \times 100 / S \times 2$ .

21. Uit bovenstaande formules blijkt dat de theoretische rente R voor een bepaald overgeschreven bedrag B daalt wanneer de actuariële waarde W stijgt, aangezien R gelijk is aan B gedeeld door W. Bovendien daalt het aantal pensioenjaren N met het stijgen van het basissalaris S dat overeenkomt met de rang waarin de ambtenaar in vaste dienst is benoemd, aangezien N een veelvoud is van R gedeeld door S.

#### Omrekeningsformules

22. Artikel 10, lid 4, van dezelfde uitvoeringsbepalingen heeft betrekking op de procedure voor de omrekening van het in een andere munteenheid dan, oorspronkelijk, de Belgische frank (thans de euro) overgeschreven bedrag. De in casu van

belang zijnde passages staan in de derde en de vierde alinea van artikel 10, lid 4, sub b, en luiden:

„het deelbedrag uit het tijdvak na 31 december 1971 wordt omgerekend aan de hand van de gemiddelde geactualiseerde wisselkoers die door de Commissie wordt vastgesteld voor het tijdvak vanaf 1 januari 1972 tot en met het tijdstip van benoeming in vaste dienst van de ambtenaar [...]

Indien de ambtenaar [...] daar echter om verzoekt, wordt het in aanmerking genomen bedrag (B) omgerekend aan de hand van de op de datum van overschrijving geldende geactualiseerde koers. In dat geval zijn het salaris (S) en de actuariële waarde (W) die voor de berekening van de pensioenjaren in aanmerking dienen te worden genomen, het met de rang van de benoeming in vaste dienst van de ambtenaar [...] overeenstemmende en op de datum van overschrijving geldende salaris, respectievelijk de actuariële tegenwaarde die overeenkomt met de leeftijd van de ambtenaar [...] op die datum.”

23. In deze procedure is de eerste omrekeningsformule aangeduid als „variant i” en de tweede als „variant ii”.

24. Indien de munteenheid waarin de overschrijving plaatsvindt, gedurende de periode waarin bijdragen aan de vroegere pensioenregeling zijn betaald, in waarde is gedaald ten opzichte van de munteenheid waarin het

overgeschreven bedrag wordt omgezet, zou de betrokken ambtenaar kunnen worden benadeeld. Variant i is dan ook bedoeld om dit nadeel te compenseren door toepassing van een gemiddelde wisselkoers over die periode. Variant ii biedt de ambtenaar echter de mogelijkheid te kiezen voor toepassing van de wisselkoers op de datum van overdracht, wat voordelig zal zijn indien de oorspronkelijke munteenheid in waarde is gestegen, ofschoon dit voordeel enigszins kan worden tenietgedaan omdat ook wordt uitgegaan van het salaris S en de actuariële tegenwaarde W op de datum van de overdracht, die dus hoger kunnen zijn dan het salaris en de actuariële tegenwaarde op de datum van de benoeming in vaste dienst.

### **Feiten en administratieve procedure**

25. Maria-Luise Lindorfer, rekwirante in de onderhavige zaak, is een Oostenrijks staatsburger die in september 1996 als ambtenaar op proef bij de Raad werd aangesteld en in juni 1997 tot ambtenaar in vaste dienst bij deze instelling werd benoemd, met indeling in de rang A5.

26. Vóór haar indiensttreding bij de Raad had zij 13 jaar en drie maanden in Oostenrijk gewerkt en pensioenpremies betaald. In 1999 en 2000 nam zij de stappen die nodig waren om haar Oostenrijkse pensioenaanspraken te laten overschrijven naar het gemeenschap-

pelijk pensioenstelsel. Op 7 november 2000 ontving zij een nota<sup>9</sup> (hierna: „het litigieuze besluit”) waarin haar werd meegedeeld hoeveel pensioenjaren haar zouden worden toegekend. Met toepassing van de bovengenoemde actuariële waarden en van variant ii voor de omrekening kwam de Raad uit op een totaal van vijf jaar, vijf maanden en acht dagen.

27. Rekwirante diende tegen dat besluit een klacht in, waarbij zij aanvoerde dat artikel 11, lid 2, van het Statuut en artikel 10, leden 3 en 4, van de uitvoeringsbepalingen onwettig waren wegens strijd met communautaire rechten en beginselen en daarom buiten toepassing moesten worden gelaten. Nadat haar klacht op 31 mei 2001 was afgewezen, stelde rekwirante beroep in bij het Gerecht.<sup>10</sup>

### Bestreden arrest

28. Voor het Gerecht beriep rekwirante zich opnieuw op de onwettigheid van artikel 11, lid 2, van het Statuut en artikel 10, leden 3 en 4, van de algemene uitvoeringsbepalingen. De op die eerste bepaling betrekking hebbende aspecten van het bestreden arrest kunnen hier echter onbesproken blijven,

aangezien rekwirante met haar hogere voorziening enkel opkomt tegen de wijze waarop het Gerecht een aantal van haar argumenten betreffende de uitvoeringsbepalingen heeft beoordeeld. De relevante passages van het arrest laten zich als volgt samenvatten.

#### *Verwijzing naar leeftijd en salaris bij de berekening*

29. Rekwirante stelde dat variant ii voor de berekening uitgaat van de leeftijd en het salaris van de ambtenaar op de datum van overschrijving van de pensioenrechten, terwijl variant i daartoe de datum van benoeming in vaste dienst in aanmerking neemt, waardoor ambtenaren verschillend worden behandeld afhankelijk van de variant die wordt toegepast.

30. Het Gerecht is voor het eerst op dit argument ingegaan in punt 69 van zijn arrest. Het merkte op dat dit argument gebaseerd was op een verkeerde uitlegging van artikel 10, lid 4, sub b, van de uitvoeringsbepalingen, volgens hetwelk moet worden uitgegaan van het salaris dat hoort bij de rang waarin de ambtenaar in vaste dienst is aangesteld, zoals dit is geactualiseerd op de datum waarop de pensioenrechten daadwerkelijk worden overgeschreven, en niet van het salaris dat hoort bij de rang waarin de ambtenaar op die datum feitelijk is ingedeeld. Tijdens de terechtzitting zou rekwirante hiervan „nota hebben genomen”.

<sup>9</sup> — Gedateerd 3 november 2000.

<sup>10</sup> — Arrest van 18 maart 2004, Lindorfer/Raad (T-204/01, Jur.Ambt. blz. I-A-83 en II-361).



31. In de punten 88 en 89 van het arrest heeft het Gerecht vervolgens opgemerkt dat het logisch is dat in variant ii wordt uitgegaan van de leeftijd en het salaris op de datum van overschrijving van de rechten en dat in variant i alle parameters op dezelfde datum (die van de benoeming in vaste dienst) worden vastgesteld. Het heeft erop gewezen dat in variant i op het overgeschreven bedrag een rente van 3,5 % per jaar in mindering wordt gebracht voor het tijdvak van de datum van benoeming in vaste dienst tot de datum waarop het bedrag daadwerkelijk wordt overgeschreven (uitgezonderd de tijdvakken waarin dit bedrag niet geherwaardeerd of met rente verhoogd is overeenkomstig de nationale regeling waarbij de betrokkene voorheen was aangesloten), terwijl dit bij toepassing van variant ii niet gebeurt.

geen bruikbaar vergelijkingsmateriaal vormen, aangezien de door haar ter vergelijking aangevoerde situaties op belangrijke punten als leeftijd, geslacht en aanstellingsrang van haar situatie verschilden, terwijl bovendien aan die vergelijkingen onjuiste premissen ten grondslag lagen. Ook wees het Gerecht erop dat de door rekwirante gehekeld ongelijkheid niet het gevolg was van de twee varianten in de uitvoeringsbepalingen, maar van de onderliggende koersfluctuaties zelf.

#### *Gebruik van actuariële waarden*

##### *Omrekening van „sterke” en „zwakke” munten*

32. Rekwirante betoogde dat het feit dat variant i veelal wordt gebruikt voor de omrekening van in een zwakke munteenheid uitgedrukte bedragen, terwijl variant ii dikwijls wordt toegepast voor de omrekening van pensioenbedragen uit landen met een sterke munt, ertoe leidt dat in het eerste geval meer pensioenjaren worden aangerekend dan in het tweede, wat in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling.

33. Het Gerecht heeft dit argument in de punten 76 en 77 van zijn arrest van de hand gewezen, met name op grond dat de door rekwirante overgelegde gedetailleerde cijfers

34. Rekwirante stelde dat het gebruik van actuariële waarden bij de berekening overeenkomstig artikel 10, lid 3, van de uitvoeringsbepalingen leidt tot discriminatie op grond van geslacht en leeftijd, aangezien deze waarden hoger zijn voor vrouwen en gelijke tred houden met de leeftijd. Dit verschil in behandeling is haars inziens noch objectief gerechtvaardigd, noch noodzakelijk in het pensioenstelsel van de Gemeenschappen, waarin dergelijke actuariële waarden geen rol spelen bij de vaststelling van de op de salarissen van de ambtenaren in te houden bijdragen of van de pensioenleeftijd.

35. Het Gerecht heeft deze argumenten behandeld in de punten 82 en 83 van zijn arrest. Om te beginnen heeft het in punt 82 van zijn arrest verklaard, dat de situatie van een ambtenaar die elders opgebouwde pensioenaanspraken overdraagt, objectief verschilt van die van een ambtenaar die uit hoofde van zijn tewerkstelling bij een instelling bijdraagt in de financiering van het gemeenschappelijk pensioenstelsel.

36. Punt 83 van het arrest luidt als volgt:<sup>11</sup>

„In de tweede plaats wordt het gebruik van naar geslacht en leeftijd verschillende factoren voor de berekening van de extra pensioenjaren hoe dan ook objectief gerechtvaardigd door de noodzaak, een behoorlijk financieel beheer van het gemeenschappelijk pensioenstelsel te waarborgen. Wanneer een ambtenaar krachtens artikel 11, lid 2, van bijlage VIII bij het Statuut in de vorm van de actuariële tegenwaarde of afkoopt een kapitaal naar de gemeenschapsbegroting laat overschrijven dat de pensioenrechten vertegenwoordigt die hij vóór zijn indiensttreding bij de Gemeenschappen heeft verworven, verkrijgt hij immers in ruil daarvoor een recht op toekomstige uitkeringen uit hoofde van het gemeenschappelijk pensioenstelsel, welk recht wordt vertegenwoordigd door

extra pensioenjaren en waarvan de omvang afhankelijk is van het aantal pensioenjaren dat hem wordt toegekend. Om de actuele waarde van dit recht te bepalen, moet de betrokken gemeenschapsinstelling rekening houden met een aantal factoren, waaronder de vermoedelijke tijdsspanne gedurende welke het overgeschreven kapitaal zich in de gemeenschapsbegroting zal bevinden, het verwachte carrièreverloop van de ambtenaar, de waarschijnlijkheid dat de uitkeringen hem zullen worden betaald en de vermoedelijke duur van die uitkeringen. Het is duidelijk dat die factoren met name afhankelijk zijn van het geslacht en de leeftijd van de betrokkene op het moment van aansluiting bij het gemeenschappelijk pensioenstelsel. Enerzijds is het een vaststaand gegeven dat vrouwen statistisch gezien langer leven dan mannen. Anderzijds is bij iemand die ruim vóór het bereiken van de pensioenleeftijd in dienst treedt van de Gemeenschappen, de kans dat hij vóór dat tijdstip zal overlijden groter dan bij iemand die op het moment van aanstelling al bijna de leeftijd heeft bereikt waarop hij aanspraak zal kunnen maken op pensioenuitkeringen. Bovendien zal het door die persoon ingebrachte kapitaal zich langer in de gemeenschapsbegroting bevinden dan het kapitaal van een ambtenaar voor wie de pensioenleeftijd minder ver weg ligt. Met andere woorden, factoren als het aantal dienstjaren vanaf het moment van aanstelling tot het moment van pensionering, alsmede de aan de hand van statistische gegevens bepaalde vermoedelijke duur van de periode gedurende welke een communitair ouderdomspensioen zal worden uitgekeerd, zijn rechtstreeks van invloed op de financiële verplichtingen van de Gemeenschap jegens elke individueel betrokken ambtenaar, en het is voor een behoorlijk financieel beheer van het gemeenschappelijk pensioenstelsel noodzakelijk dat deze factoren in aanmerking worden genomen en juist worden beoordeeld. Het is dan ook terecht dat de Raad bij zijn omrekeningsformule rekening houdt met actuariële factoren die

<sup>11</sup> — Eigen vertaling, aangezien het arrest enkel in het Frans, de procestaal, bestaat.

verband houden met de leeftijd en het geslacht van de ambtenaar.”

## Beoordeling

### *Inleidende opmerkingen*

37. In haar hogere voorziening betoogt rekwirante met name, dat het Gerecht in de hierboven samengevatte of aangehaalde passages het discriminatieverbod (zoals dit onder meer in artikel 141 EG is geformuleerd) verkeerd heeft toegepast en zijn conclusies onvoldoende heeft gemotiveerd. Elk van de betrokken passages wordt op deze punten apart door haar bekritiseerd. De Raad behandelt de passages als één geheel en bespreekt daarbij eerst de argumenten inzake het discriminatieverbod en vervolgens het gestelde motiveringsgebrek.

38. In een hogere voorziening is het niet aan het Hof om de hele zaak opnieuw te beoordelen dan wel ambtshalve in te gaan op aspecten van het bestreden arrest — met uitzondering misschien van die verband houdend met vragen van openbare orde — die door de rekwirant niet worden bekritiseerd. Het Hof dient integendeel elk van de tot staving van de hogere voorziening aangevoerde middelen te onderzoeken en uit te maken of het gegrond is.

39. Door de wijze waarop rekwirante en de Raad hun argumenten naar voren hebben gebracht, kan deze benadering naar mijn mening in casu niet strikt worden gevolgd. Ik geef er daarom de voorkeur aan om bij mijn onderzoek of het Gerecht inderdaad op bepaalde punten van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven dan wel zijn conclusies onvoldoende heeft gemotiveerd, de door rekwirante aangevoerde middelen enigszins te herstructureren.

40. De kern van rekwirantes betoog in eerste aanleg was, dat de uitvoeringsbepalingen een ongeoorloofde discriminatie op grond van geslacht, leeftijd en nationaliteit (voor zover deze laatste vorm van discriminatie kan voortvloeien uit een verschil in behandeling van verschillende nationale munteenheden) inhouden, alsmede een discriminatie die het gevolg is van de vaststelling van leeftijd en salaris op verschillende tijdstippen, afhankelijk van welke variant van de omrekeningsformule wordt toegepast. Thans voert rekwirante aan dat het bestreden arrest met betrekking tot al deze door haar gestelde vormen van discriminatie onjuistheden bevat. Ik zal de verschillende discriminatievormen stuk voor stuk behandelen.

### *Discriminatie op grond van geslacht*

41. In deze hogere voorziening beroept rekwirante zich op artikel 141 EG en op

verscheidene richtlijnen van de Raad op het gebied van gelijke behandeling. Zij stelt echter tevens schending van het algemene non-discriminatiebeginsel — het beginsel van gelijke behandeling of het gelijkheidsbeginsel — waarop haar beroep in eerste aanleg gebaseerd was.

42. Gelijkheid van behandeling is een van de door de communautaire rechtsorde beschermde fundamentele beginselen, waarvan artikel 141 EG een specifieke uitdrukking vormt.<sup>12</sup> Het in dit artikel geformuleerde beginsel van gelijke beloning is voor rekwirantes betoog uiteraard relevant, aangezien pensioenen een vorm van uitgestelde beloning zijn, voor zover zij uit hoofde van een voormalige dienstbetrekking worden uitbetaald.<sup>13</sup> Ofschoon deze verdragsbepaling evenals de genoemde richtlijnen verplichtingen oplegt aan de lidstaten en niet aan de gemeenschapsinstellingen, is het duidelijk dat er sprake zou zijn van een onaanvaardbare — want incoherente — rechtssituatie wanneer de gemeenschapsinstellingen discriminerende praktijken mochten toepassen die de lidstaten moeten verbieden.

12 — Zie bijvoorbeeld arresten van 30 april 1996, P/S (C-13/94, Jurispr. blz. I-2143, punt 18); 10 februari 2000, Deutsche Post (C-270/97 en C-271/97, Jurispr. blz. I-929, punten 56 en 57), en 13 januari 2004, Allonby (C-256/01, Jurispr. blz. I-873, punt 65).

13 — Zie arrest van 23 oktober 2003, Schönheit en Becker (C-4/02 en C-5/02, Jurispr. blz. I-12575, punten 56-59, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

43. Bovendien heeft het Hof in het arrest Razzouk en Beydoun<sup>14</sup> verklaard, dat „in de betrekkingen tussen de gemeenschapsinstellingen [...] en haar personeelsleden [...] de vereisten die ingevolge [het] beginsel [van gelijke behandeling] hebben te gelden, zeker niet beperkt [zijn] tot die welke voortvloeien uit [artikel 141 EG] of de daartoe betrekkelijke gemeenschapsrichtlijnen”. In het arrest Weiser<sup>15</sup> heeft het bevestigd dat dit algemene beginsel met name moet worden geëerbiedigd bij de vaststelling van regels voor de overschrijving van pensioenrechten naar het gemeenschappelijk stelsel.

44. Nog relevanter is in dit verband het in artikel 1 bis, lid 1, van het Statuut uitdrukkelijk geformuleerde vereiste van „gelijke behandeling [...] zonder onderscheid ten aanzien van [geslacht]”<sup>16</sup>, ofschoon in deze procedure geen expliciet beroep op deze bepaling is gedaan.

45. De gestelde discriminatie is die welke het gevolg is van het gebruik van actuariële factoren die in het nadeel werken van vrouwen, aangezien de gemiddelde levensverwachting bij vrouwen hoger ligt dan bij mannen.

14 — Arrest van 20 maart 1984 (75/82 en 117/82, Jurispr. blz. 1509, punt 17); dit beginsel is recentelijk door het Gerecht bevestigd in zijn arrest van 23 januari 2003, Hectors/Parlement (T-181/01, JurAmbt blz. I-A-19 en II-103).

15 — Arrest van 14 juni 1990 (C-37/89, Jurispr. blz. I-2395, punt 13).

16 — Zie punt 12 en voetnoot 5 hierboven.

46. Volgens punt 83 van het bestreden arrest wordt dit verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd door de noodzaak, een behoorlijk financieel beheer van het pensioenstelsel te waarborgen. Een van de factoren die bij de daartoe noodzakelijke berekeningen in aanmerking moet worden genomen, is de vermoedelijke duur van de uitkeringen, die statistisch gezien bij vrouwen langer is.

47. Rekwirante brengt hiertegen in dat van een vergelijkbaar verschil in behandeling van mannen en vrouwen geen sprake is waar het gaat om de bijdragen die worden ingehouden op de salarissen van de actieve ambtenaren. Ook deze bijdragen moeten haars inziens echter worden berekend met het oog op een behoorlijk financieel beheer, waarbij actuariële ramingen in aanmerking moeten worden genomen.<sup>17</sup> De noodzaak van een behoorlijk financieel beheer van het pensioenstelsel kan volgens rekwirante dan ook geen rechtvaardiging vormen voor een verschil in behandeling van mannelijke en vrouwelijke ambtenaren op het punt van bijdragen in de vorm van overschrijving van elders opgebouwde pensioenaanspraken.

48. In wezen ben ik het hiermee eens.

49. In de eerste plaats kan de noodzaak van een behoorlijk financieel beheer, waarbij rekening wordt gehouden met de vermoede-

lijke duur van de pensioenuitkeringen, op zichzelf geen grond vormen voor een verschil in behandeling bij de overschrijving van pensioenrechten. Indien van de verschillende actuariële waarden voor mannen en vrouwen op een bepaalde leeftijd het gemiddelde werd genomen om zo een „sekseneutrale” actuariële waarde te verkrijgen — wat kennelijk gebeurt indien het op het salaris ingehouden percentage wordt aangepast — zouden mannen voor een bepaald overgeschreven bedrag iets minder extra pensioenjaren krijgen dan thans het geval is en zou voor vrouwen juist het omgekeerde gelden. De ontvangsten en uitgaven van het stelsel zouden echter ongewijzigd blijven.<sup>18</sup>

50. In de tweede plaats ben ik van mening dat, zelfs al zou een verschillende verhouding tussen bijdragen en prestaties voor mannen en vrouwen kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op het verschil in levensverwachting, deze rechtvaardiging niet voor slechts één van de twee soorten bijdragen kan opgaan, tenzij ook kan worden aangetoond dat er tussen de twee soorten bijdragen objectieve verschillen bestaan die meebrengen, dat de rechtvaardiging wel voor het ene maar niet voor het andere type bijdrage kan worden aangevoerd.

51. Het Gerecht zegt in punt 82 van het bestreden arrest enkel, dat de situatie van een ambtenaar die elders opgebouwde pen-

18 — Het is waar dat de kosten tijdelijk zouden kunnen stijgen indien de huidige regels onwettig werden verklaard; dit zou echter niets van doen hebben met het financieel beheer van het stelsel, maar een gevolg zijn van het oorspronkelijke verzuim een juiste rechtstoepassing te verzekeren.

17 — Artikel 83, lid 4, van het Statuut; zie punt 16 hierboven.

sioenrechten laat overschrijven, objectief verschilt van die van een ambtenaar die uit hoofde van zijn tewerkstelling bij een gemeenschapsinstelling bijdraagt in de financiering van de gemeenschappelijke pensioenregeling. Volgens rekwirante is deze verklaring ontoereikend en ik ben het daarmee eens.

52. Het mag zo zijn dat overschrijvingen van pensioenrechten objectief verschillen van op het salaris ingehouden bijdragen, dit neemt niet weg dat noch in het bestreden arrest noch in de opmerkingen van de Raad duidelijk wordt gemaakt, wat de relevantie van dit verschil is voor het verschil in behandeling van mannelijke en vrouwelijke ambtenaren.

53. De omstandigheid dat vrouwen vermoedelijk gedurende een langere periode pensioenuitkeringen zullen ontvangen dan mannen, vormt dan ook, zelfs in combinatie met de noodzaak van een behoorlijk financieel beheer van het gemeenschappelijk pensioenstelsel, onvoldoende rechtvaardiging voor het feit dat enkel bij de overschrijving van pensioenrechten op het geslacht gebaseerde actuariële factoren worden gebruikt. De overwegingen van het Gerecht dienaangaande kunnen derhalve niet overeind blijven.

54. Gelet op het zeer duidelijke vereiste van gelijke behandeling zonder onderscheid ten

aanzien van geslacht, zou er bovendien naar mijn mening wel een heel goede reden moeten worden aangevoerd om het thans in geding zijnde verschil in behandeling te rechtvaardigen, zo dit verschil al rehtens valt te rechtvaardigen.

55. Dit is niet een geval van indirecte discriminatie, maar van rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht. Het geslacht is met andere woorden het enige criterium dat de twee groepen personen van elkaar onderscheidt; het verschil in behandeling is niet gebaseerd op de aanwezigheid van andere kenmerken, die hoofdzakelijk of in zeer overwegende mate, doch niet uitsluitend, voorkomen bij personen van het ene of het andere geslacht.

56. Volgens 's Hofs rechtspraak levert een op het geslacht gebaseerd verschil in behandeling geen ongeoorloofde discriminatie op indien het is „gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht”.<sup>19</sup> Het is duidelijk dat dit enkel het geval kan zijn indien de discriminatie indirect is, en niet wanneer zij naar haar aard gebaseerd is op het geslacht.<sup>20</sup>

19 — Zie bijvoorbeeld arrest van 9 februari 1999, Seymour-Smith en Perez (C-167/97, Jurispr. blz. I-623, punten 60 en 65).

20 — Zie ook mijn conclusie in de zaak Schnorbus, punten 30 e.v. (arrest van 7 december 2000, C-79/99, Jurispr. blz. I-10997).

57. Zoals de Supreme Court van de Verenigde Staten heeft verklaard in zijn arrest in de op veel punten met de onderhavige zaak vergelijkbare zaak *Manhart*<sup>21</sup>, „kan niet worden gezegd dat een volledig op het geslacht gebaseerd actuariel onderscheid ‚op een andere factor dan het geslacht gebaseerd’ is. Het is nu juist het geslacht waarop het gebaseerd is”.

58. Zaken als deze, zo betoogde de Supreme Court, impliceren een generalisatie die „zonder meer juist is: vrouwen leven inderdaad in het algemeen langer dan mannen. [...] Het is echter ook zo dat dit algemene kenmerk niet opgaat voor alle tot de ene of de andere categorie behorende individuen. Veel vrouwen leven niet zo lang als de gemiddelde man en veel mannen leven langer dan de gemiddelde vrouw”.<sup>22</sup>

59. Een verschil in behandeling als het thans aan de orde zijnde betekent met andere woorden, dat aan individuele personen de gemiddelde kenmerken worden toegeschreven van de categorie waartoe zij behoren. Ik geloof niet dat dergelijke gemiddelde kenmerken in relatie tot het individu ook maar enigszins „objectief” kunnen worden genoemd. Het laakbare (en dus ongeoorloofde) karakter van een dergelijke discriminatie zit hem hierin, dat wordt uitgegaan van

voor de categorie specifieke kenmerken die zijn geëxtrapoleerd naar het individu, en niet van kenmerken die het individu werkelijk van andere individuen onderscheiden en daarom een verschil in behandeling kunnen rechtvaardigen.

60. Om een dergelijke discriminatie in perspectief te zien, zouden wij ons een situatie kunnen voorstellen waarin (wat volstrekt plausibel is) de statistieken uitwijzen dat de leden van een bepaalde etnische groep gemiddeld langer leven dan die van een andere. Het zou volstrekt onaanvaardbaar zijn om bij de bepaling van de verhouding tussen bijdragen en prestaties in het kader van het gemeenschappelijk pensioensstelsel rekening te houden met dit verschil in levensverwachting, en ik zie niet in waarom het gebruik van het criterium geslacht in dit verband op minder weerstand zou moeten stuiten dan dat van het criterium etniciteit.<sup>23</sup>

61. Ook vanuit de optiek van pensioen als uitgestelde beloning zou het absoluut onaanvaardbaar zijn om tabellen op te stellen waarin per geslacht de gemiddelde duur van het dienstverband bij de Gemeenschappen wordt aangegeven, en om op basis daarvan aan de leden van het ene geslacht hogere salarissen uit te betalen dan aan die van het andere, met het argument dat zij anders over de gehele duur van hun carrière een lagere beloning zouden ontvangen dan de leden van

21 — *Los Angeles Department of Water and Power/Manhart* (1978) 435 US, blz. 702, 712 en 713.

22 — *Ibidem*, blz. 707 en 708.

23 — Ik ben mij ervan bewust dat een dergelijke benadering ook in een ander opzicht laakbaar zou zijn, aangezien de indeling van individuen op basis van etniciteit zeer willekeurig zou zijn. Ook wanneer dit aspect buiten beschouwing wordt gelaten, blijft het voorbeeld echter geldig.

het andere geslacht. Er zou dan niet alleen sprake zijn van een oneerlijke discriminatie van individuen op basis van voor hun groep geldende gemiddelde waarden, maar ook van schending van het beginsel van gelijk loon voor gelijk werk. Toch wordt een heel sterk daarop lijkend argument aangevoerd ter rechtvaardiging van het verschil in behandeling van overdrachten — van uitgesteld salaris — naar het gemeenschappelijk pensioenstelsel.

62. Het is waar dat sommige gemeenschapsbepalingen die ongelijke behandeling op bepaalde gebieden verbieden, bepaalde specifieke soorten van behandeling van dat verbod uitzonderen. Van de bepalingen die zijn genoemd, staat richtlijn 86/378 bijvoorbeeld een verschil in behandeling toe met betrekking tot de overdracht van pensioenrechten in het geval van door kapitalisatie gefinancierde regelingen met vaststaande uitkeringsniveaus.<sup>24</sup>

63. Ook indien de richtlijn echter zelf van toepassing was — zij is gericht tot de lidstaten en geldt voor ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid — zou die uitzondering in casu niet toepasselijk zijn, aangezien de gemeenschappelijke pensioenregeling niet een door kapitalisatie gefinancierde regeling is.

64. Hoe dan ook lijkt het verbod van discriminatie op grond van geslacht mij zo fundamenteel<sup>25</sup>, dat alle uitzonderingen op dit beginsel zeer strikt moeten worden uitgelegd en enkel kunnen worden toegepast op de beperkte gebieden waarvoor zij uitdrukkelijk zijn voorzien. Anders dan bij richtlijn 86/378 het geval is, is in casu een verschil in behandeling niet expliciet toegestaan, noch wordt daarvoor in de uitvoeringsbepalingen enige rechtvaardiging aangevoerd.

65. Ten slotte ben ik het niet eens met het standpunt van de Raad, dat ongedaanmaking van het in casu aan de orde zijnde verschil in behandeling zou betekenen dat mannen werden gediscrimineerd, aangezien gepensioneerde mannelijke ambtenaren wegens hun kortere leven voor eenzelfde naar de communautaire pensioenkas overgeschreven bedrag (ervan uitgaande dat alle overige factoren gelijk zijn) als groep over het geheel genomen minder pensioen zouden ontvangen dan gepensioneerde vrouwelijke ambtenaren.

25 — Zie bijvoorbeeld de vierde overweging van de considerans van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB L 303, blz. 16): „Gelijkheid voor de wet en bescherming van eenieder tegen discriminatie is als universeel recht erkend door de Universele Verklaring van de rechten van de mens, door het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, door de Internationale Verdragen van de Verenigde Naties inzake burgerrechten en politieke rechten, respectievelijk inzake economische, sociale en culturele rechten, en door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, die door alle lidstaten zijn ondertekend.”

24 — Zie de punten 8 tot en met 10 hierboven.



66. In de eerste plaats zou deze redenering, als ze juist was, dan ook moeten worden gevolgd ten aanzien van de op de salarissen van de actieve ambtenaren ingehouden bijdragen — waarvan het percentage hoger zou moeten zijn voor het vrouwelijke personeel —, en dat is denk ik niet wat de Raad bedoeld heeft.

67. Nog belangrijker is echter — en dit lijkt een fundamentele denkfout te zijn, niet alleen in het betoog van de Raad, maar misschien ook in het bestreden arrest — dat de Raad de kosten van de pensioenregeling en de uitkeringen aan de rechthebbenden door elkaar haalt.

68. Het valt niet te betwisten dat de uiteindelijke kosten van de uitkering van een pensioen (in tegenstelling tot de uitkering van een kapitaal bij pensionering, een mogelijkheid waarin het gemeenschappelijk pensioenstelsel niet voorziet) hoger uitvallen naarmate de rechthebbende langer leeft. Aangezien vrouwen gemiddeld langer leven dan mannen, is het waarschijnlijk dat zij als groep het pensioenstelsel meer zullen kosten. Elke rechthebbende, man of vrouw, ontvangt echter pensioen zolang hij of zij leeft. De waarde van het pensioen wordt volledig bepaald door het wekelijks, maandelijks of jaarlijks uitgekeerde bedrag, aangezien het er bij een pensioen om gaat, dat de rechthebbende verzekerd is van een regelmatig vast inkomen zolang hij of zij<sup>26</sup> leeft. Hoeveel iemand op het moment van overlijden in

totaal aan pensioen uitgekeerd heeft gekregen, is in dit verband volstrekt irrelevant.

69. Mijn conclusie luidt dan ook, dat de bestreden uitvoeringsbepalingen van de Raad discrimineren op grond van geslacht zonder dat daarvoor enige rechtvaardiging kan worden aangevoerd. Zij zijn zowel in strijd met het algemene gelijkheidsbeginsel als met het beginsel van gelijke beloning en het in artikel 1 bis, lid 1, van het Statuut geformuleerde vereiste van gelijke behandeling zonder onderscheid ten aanzien van geslacht, die een specifieke uitdrukking van dat algemene beginsel vormen. In zoverre moet het door rekwirante in eerste aanleg aangevoerde middel van onwettigheid dan ook worden aanvaard.

70. Tot slot wil ik erop wijzen dat bovenstaande analyse betrekking heeft op het Statuut en het gemeenschappelijk pensioenstelsel. Ook al hebben veel van mijn overwegingen algemene gelding, het kan toch niet worden uitgesloten dat zij in andere omstandigheden tot andere conclusies kunnen leiden. Voor nationale pensioenregelingen gelden de bepalingen van de genoemde richtlijnen en niet die van het Statuut, en deze regelingen worden veelal ook anders gefinancierd dan de regeling van de Gemeenschappen. Zo heeft mijn analyse naar mijn mening geen gevolgen voor, bijvoorbeeld, de arresten *Coloroll Pension Trustees*<sup>27</sup> en *Neath*<sup>28</sup>, en al helemaal niet voor de

26 — En, eventueel, zijn of haar langstlevende echtgeno(o)t(e).

27 — Arrest van 28 september 1994 (C-200/91, Jurispr. blz. I-4389).

28 — Arrest van 22 december 1993 (C-152/91, Jurispr. blz. I-6935).

activiteiten op het gebied van auto- of levensverzekering, waar wellicht heel andere factoren in aanmerking moeten worden genomen.

naar de pensioenkas van de Gemeenschappen door een 35-jarige vrouw een theoretisch pensioen van 9 032 EUR opleveren, terwijl bij overschrijving van hetzelfde bedrag door een vrouw van 55 dat pensioen zou uitkomen op 6 664 EUR.<sup>31</sup>

### *Discriminatie op grond van leeftijd*

71. Rekwirantes middel heeft betrekking op het gebruik van actuariële waarden die altijd hoger en daardoor minder gunstig zijn voor oudere ambtenaren.<sup>29</sup> Haar bezwaren zijn vergelijkbaar met die welke zij in verband met de zojuist behandelde discriminatie op grond van geslacht heeft aangevoerd.

72. Dat de actuariële waarden gelijke tred houden met de leeftijd, heeft tot gevolg dat voor een identiek bedrag dat van dezelfde nationale regeling wordt overgeschreven naar de gemeenschappelijke regeling, wanneer alle overige factoren, zoals geslacht en rang, gelijk zijn, een oudere ambtenaar minder extra pensioenjaren krijgt toegekend — en dus uiteindelijk een lager pensioen ontvangt — dan een jongere ambtenaar. Zo zou bij toepassing van de in geding zijnde actuariële waarden en van de berekeningsmethode van artikel 10, lid 3, van de litigieuze uitvoeringsbepalingen<sup>30</sup> de overschrijving van een bedrag van 100 000 EUR

73. In punt 83 van zijn arrest heeft het Gerecht dit verschil in behandeling met name gerechtvaardigd geacht op grond van factoren die rechtstreeks van invloed zijn op de financiële verplichtingen van de Gemeenschap jegens elke individueel betrokken ambtenaar, en waarmee rekening moet worden gehouden teneinde een behoorlijk financieel beheer te waarborgen. De motivering van het Gerecht op dit punt volgt uit de overweging in punt 82 van het arrest, namelijk dat de situatie van een ambtenaar die een kapitaal laat overschrijven naar het gemeenschappelijk pensioenstelsel, objectief verschilt van die van een ambtenaar die uit hoofde van zijn tewerkstelling bij een instelling bijdraagt in de financiering van de pensioenregeling.

74. Rekwirantes kritiek is grotendeels dezelfde als in verband met de discriminatie op grond van geslacht: het Gerecht heeft niet duidelijk gemaakt in hoeverre de genoemde factoren relevant zijn, noch, voor het geval zij van betekenis zijn, hoe een objectief onderscheid kan worden gemaakt tussen bijdragen

29 — Zie de punten 18 en 19 hierboven.

30 — Ibidem.

31 — Afgerond op het dichtstbijzijnde hele getal; de actuariële waarden bedragen 11,071 voor een vrouw van 35 jaar en 15,007 voor een vrouw van 55 jaar. Het theoretische pensioen zou vervolgens uiteraard overeenkomstig het tweede deel van de formule moeten worden omgezet in pensioenjaren, maar de oorspronkelijke berekening laat het verschil tussen de twee uitkomsten zien wanneer alle overige parameters gelijk zijn.

in de vorm van overschrijvingen van kapitaal en bijdragen in de vorm van inhoudingen op het salaris, terwijl de actuariële waarden uitsluitend worden gebruikt bij de berekening van de uit de eerste soort bijdragen voortvloeiende aanspraken.

75. Ik heb deze kritiek reeds behandeld in verband met de discriminatie op grond van geslacht en ben van mening dat mijn analyse in verschillende opzichten ook opgaat wat de discriminatie op grond van leeftijd betreft.

76. Met name is van belang dat alle ambtenaren, ongeacht hun leeftijd, gelijk worden behandeld waar het de betaling van pensioenbijdragen in de vorm van inhouding op het salaris betreft. Wil een aan de leeftijd gerelateerd verschil in behandeling bij de overschrijving van elders verworven pensioenaanspraken gerechtvaardigd zijn, dan zal dus moeten worden aangetoond dat er een objectief verschil bestaat tussen dergelijke overschrijvingen en inhoudingen op het salaris.

77. De in dit verband door het Gerecht relevant geachte factoren zijn i) de vermoedelijke tijdsspanne gedurende welke het door de betrokkene ingebrachte kapitaal zich in de communautaire begroting zal bevinden; ii) het verwachte carrièreverloop van de ambtenaar; iii) de waarschijnlijkheid dat de uitkeringen zullen worden uitbetaald, en iv) de vermoedelijke duur van die uitkeringen.

78. Van deze vier factoren houden de laatste twee duidelijk verband met de in de actuariële waarden tot uitdrukking gebrachte statistieken op het gebied van levensverwachting. Zij zijn ook van belang om de omvang van de toekomstige communautaire pensioenverplichtingen te kunnen bepalen. Het bestreden arrest maakt echter op geen enkele wijze duidelijk waarom deze factoren wel relevant zouden zijn in verband met pensioenoverdrachten en niet in verband met de betaling van pensioenbijdragen in de vorm van inhouding op het salaris, en ik betwijfel of voor een dergelijk onderscheid objectieve in plaats van politieke redenen kunnen worden aangevoerd.

79. Ook het verwachte carrièreverloop van de ambtenaar (ii) is een factor die van betekenis kan zijn voor de totale kosten van het uiteindelijk uit te keren pensioen, aangezien dit pensioen een percentage van het laatste salaris is. Het is echter niet gezegd dat een op latere leeftijd aangestelde ambtenaar, wanneer alle overige factoren voor de berekening van de toe te kennen pensioenjaren gelijk zijn<sup>32</sup>, in de regel een hoger eindsalaris zal hebben. Misschien is het juist wel de jongere ambtenaar die door zijn langere loopbaan het hoogste eindsalaris zal hebben en dus ook meer pensioen zal ontvangen. En de omstandigheid dat een langere loopbaan meer bijdragen in de vorm van inhouding op het salaris impliceert, is irrelevant voor de behandeling van bijdragen

32 — Waarbij moet worden bedacht dat de actuariële waarden uitsluitend onderscheid maken op grond van leeftijd en dat factoren als de aanstellingsrang pas later in de berekening gaan meetellen.

in de vorm van overdracht van elders opgebouwde pensioenaanspraken, aangezien het door die eerste bijdragen bepaalde aantal pensioenjaren volstrekt losstaat van het aantal extra pensioenjaren dat op basis van die laatste bijdragen wordt vastgesteld.

dat kan worden geïnvesteerd en overgedragen, zodat van ingebrachte bedragen in zekere zin kan worden gezegd, dat zij gedurende een langere of minder lange periode ter beschikking blijven van de gemeenschapsbegroting.

80. Ten slotte heb ik ook mijn twijfels bij de verwijzing naar de vermoedelijke tijdsspanne gedurende welke het ingebrachte kapitaal zich in de gemeenschapsbegroting zal bevinden (i). Bij gebreke van een fonds kan volgens mij moeilijk worden geredeneerd op basis van kapitaal dat ter beschikking blijft van de begroting, waarin ontvangsten en uitgaven in evenwicht moeten zijn<sup>33</sup> en waarvoor het fundamentele „jaarperiodiciteitsbeginsel” geldt, dat erop neerkomt dat ontvangsten en kredieten op jaarbasis worden vastgesteld.<sup>34</sup>

82. Ofschoon de desbetreffende redenering van het Gerecht wellicht aan de hand van een meer gedetailleerde financiële analyse ter discussie zou kunnen worden gesteld, geloof ik niet dat rekwirante kan worden geacht dit te hebben gedaan.

83. Bovendien acht ik het noodzakelijk, nader op het karakter van leeftijdgerelateerde discriminatie en het verbod op deze vorm van discriminatie in te gaan, en zo een vergelijking te maken met discriminatie op grond van geslacht.

81. Niettemin moet worden erkend dat naar de gemeenschapsbegroting overgeschreven pensioenrechten echte ontvangsten zijn en geen loutere kostenbesparingen, zoals het geval is bij de op het salaris ingehouden bijdragen, en dat het evenwichts- en het jaarperiodiciteitsbeginsel niet zo dwingend zijn, dat het is uitgesloten dat bedragen naar een volgend boekjaar worden overgedragen.<sup>35</sup> Er is dan ook een bepaald kapitaal

84. Geslacht is per definitie een criterium gebaseerd op niet meer dan twee mogelijkheden, terwijl leeftijd een punt op een schaal is. Een op actuariële tabellen gebaseerd verschil in behandeling op grond van geslacht is dan ook een uiterst grove vorm van discriminatie, die zeer radicale generalisaties impliceert, terwijl discriminatie op grond van leeftijd graduueel en op meer subtiele generalisaties gebaseerd kan zijn.

85. Bovendien wordt gelijkheid van behandeling ongeacht geslacht tegenwoordig zowel

33 — Artikel 268 EG.

34 — Artikelen 6 e.v. van het huidige Financieel Reglement (verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 (PB L 248, blz. 1)) en de overeenkomstige bepalingen, met name de artikelen 1, lid 2, en 6 van het Financieel Reglement van 21 december 1977 (PB L 356, blz. 1).

35 — Zo bedroeg in 2004 het van het vorige boekjaar overgebleven bedrag ongeveer 5,7 miljard EUR.

in het recht als in de maatschappij in het algemeen beschouwd als een fundamenteel en superieur beginsel dat zo veel mogelijk moet worden geëerbiedigd en toegepast, terwijl het concept gelijkheid van behandeling ongeacht leeftijd tal van nuanceringen en uitzonderingen kent, zoals bijvoorbeeld — dikwijls rechtens verbindende — verschillende soorten leeftijdsgrenzen, die niet alleen acceptabel, maar ook wenselijk en soms essentieel worden geacht.

86. Het criterium leeftijd is met name inherent aan pensioenregelingen, in het kader waarvan het soms onvermijdelijk is dat wordt gedifferentieerd naar leeftijd.

87. In het gemeenschapsrecht kent het verbod van discriminatie op grond van leeftijd niet alleen veel meer beperkingen en uitzonderingen dan het verbod van discriminatie op grond van geslacht, het is bovendien een fenomeen van veel recentere datum.

88. Terwijl het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke arbeid reeds in 1957 was geformuleerd in artikel 119 van het oorspronkelijke EEG-Verdrag (de artikelen 117 tot en met 120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG tot en met 143 EG), werd discriminatie op grond van leeftijd in de verdragen voor het eerst

genoemd in artikel 6 A EG-Verdrag (thans artikel 13 EG), dat in 1997 werd ingevoegd bij het in 1999 in werking getreden Verdrag van Amsterdam. Bovendien machtigt deze bepaling de Raad enkel tot het nemen van passende maatregelen om discriminatie op grond van, onder meer, leeftijd te bestrijden.

89. Op 27 november 2000 werd de richtlijn inzake gelijke behandeling in arbeid en beroep<sup>36</sup> vastgesteld, die een algemeen verbod stelt op discriminatie op grond van, onder meer, leeftijd in arbeid en beroep, zij het met tal van beperkingen<sup>37</sup>. Op 7 december van hetzelfde jaar werd in artikel 21 van het door het Parlement, de Raad en de Commissie te Nice plechtig afgekondigde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie<sup>38</sup> elke vorm van discriminatie op grond van, onder meer, leeftijd verboden. Op 1 mei 2004 ten slotte werd in het Statuut een bepaling opgenomen die discriminatie op grond van leeftijd met zoveel woorden verbiedt.<sup>39</sup>

90. Het in casu litigieuze besluit is echter op 3 november 2000 vastgesteld<sup>40</sup> en dateert

36 — Aangehaald in voetnoot 25.

37 — Met name artikel 6, lid 2, staat de lidstaten toe, te „bepalen dat de vaststelling, in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, van een toetredingsleeftijd of van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen, inclusief de vaststelling van verschillende leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën werknemers, in de ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, en het gebruik, in het kader van die regelingen, van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen, geen discriminatie op grond van leeftijd vormt, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht”.

38 — PB C 364, blz. 1; artikel 21.

39 — Zie voetnoot 5 hierboven. Dit was onder meer een vervolg op de afschaffing van de leeftijdsgrenzen bij aanstelling in 2002, waartoe naar aanleiding van kritiek van de Europese Ombudsman was besloten.

40 — Zie punt 26 hierboven.

dus van vóór de drie in het voorgaande punt genoemde maatregelen.

91. Gelet op alle bovenstaande overwegingen ben ik van mening, dat rekwirante enkele onjuistheden heeft vastgesteld in de motivering van het Gerecht betreffende de rechtvaardiging van het op leeftijd gebaseerde verschil in behandeling, waarvan bij de berekening van overgeschreven pensioenrechten zonder meer sprake is. Met name lijkt dit verschil moeilijk te kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op het verwachte carrièreverloop van de ambtenaar, de waarschijnlijkheid dat hem uitkeringen zullen worden betaald of de vermoedelijke duur van die uitkeringen.

92. Wat echter de vermoedelijke tijdsspanne betreft gedurende welke het ingebrachte kapitaal zich in de gemeenschapsbegroting zal bevinden, heeft rekwirante naar mijn mening niet weten aan te tonen dat dit geen geldige rechtvaardiging is, al hebben haar opmerkingen op dit punt wel enige twijfel doen rijzen.

93. Gelet op deze mogelijke rechtvaardiging alsmede op het feit dat ten tijde van de vaststelling van het litigieuze besluit het wettelijk verbod op discriminatie op grond van leeftijd nog niet zo duidelijk was geformuleerd als thans het geval is, geloof ik niet dat het bestreden arrest op dit punt

moet worden vernietigd. Hiermee is echter niet gezegd dat de huidige regeling niet zou kunnen worden aangevochten met een beroep op het ondubbelzinnige verbod van discriminatie op grond van leeftijd zoals dit thans in het Statuut is geformuleerd.

#### *Discriminatie op grond van nationaliteit*

94. Indien de automatische toepassing in elk individueel geval van de gunstigste van de twee omrekeningsformules (de varianten i en ii) stelselmatig tot gevolg heeft, dat bij de omrekening van in bepaalde nationale munteenheden overgeschreven bedragen de ambtenaar meer „waar voor zijn geld” krijgt dan bij de omrekening van bedragen die in andere munteenheden zijn uitgedrukt, zou kunnen worden gesproken van discriminatie op grond van nationaliteit. Ofschoon niet alle ambtenaren die bedragen vanuit een bepaalde munteenheid laten overschrijven, ook de nationaliteit zullen bezitten van de staat die die munteenheid heeft, zal dit uiteraard in de overgrote meerderheid van de gevallen wel het geval zijn.

95. In eerste aanleg heeft rekwirante vergelijkingstabellen overgelegd waarmee zij een dergelijke discriminatie wil aantonen. De Raad heeft de juistheid en/of relevantie van de overgelegde gegevens betwist en schriftelijk antwoord gegeven op de vragen die het Gerecht dienaangaande had gesteld.

96. Op basis daarvan heeft het Gerecht vastgesteld dat de betrokken tabellen inconsistenties vertoonden, dat zij betrekking hadden op situaties die in verscheidene opzichten niet vergelijkbaar waren met die van rekwirante en dat zij daarom niet relevant waren. Het heeft bovendien opgemerkt dat de koersfluctuaties waardoor het door rekwirante gestelde verschil in behandeling werd veroorzaakt, factoren waren waarop de Gemeenschap geen vat hadden.

97. Rekwirante stelt dat het Gerecht verkeerde conclusies heeft verbonden aan de feiten en dat zijn motivering daarom onjuist is. Haar vergelijking met het werkelijk bestaande geval van een Spaanse ambtenaar mocht niet wegens verschillen in leeftijd, geslacht en rang als niet ter zake dienend worden beschouwd. Veel belangrijker was dat in dat geval de actuariële waarde en het overgeschreven bedrag nagenoeg identiek waren. Het Gerecht heeft volgens rekwirante bovendien geen aandacht geschonken aan haar frappante berekeningen van de resultaten die worden verkregen wanneer hetzelfde bedrag vanuit verschillende munteenheden wordt overgeschreven.

98. Ik ben het met het Gerecht eens, dat de betrokken tabellen wegens het gebruik van verschillende parameters noch het bestaan noch de eventuele omvang van een verschil in behandeling duidelijk aantonen.

99. Aan de andere kant had van het Gerecht, als instantie die het laatste woord heeft waar

het vragen van feitelijke aard betreft, wel mogen worden verwacht dat het de overgelegde cijfers nauwkeuriger had onderzocht, aangezien deze op zijn minst een dergelijk verschil in behandeling suggereren.

100. Bovendien komt het mij voor dat bij sommige van de in het kader van variant i toegepaste regels vraagtekens kunnen worden geplaatst. Waarom zouden bijvoorbeeld de tussen 1972 en 1984 geldende wisselkoersen in aanmerking moeten worden genomen wanneer de nationale pensioenpremies tussen 1985 en 1995 zijn betaald? Ook lijkt het op het eerste gezicht moeilijk — vooral wanneer behoorlijk financieel beheer een criterium is — een regel te rechtvaardigen die (zoals in het door rekwirante aangevoerde geval van de Spaanse ambtenaar) ertoe leidt dat wanneer het aantal extra communautaire pensioenjaren dat een ambtenaar op basis van de toepassing van een gemiddelde wisselkoers krijgt toegekend, groter is dan het aantal jaren gedurende welke nationale pensioenbijdragen zijn betaald, het daarmee corresponderende gedeelte van het overgeschreven bedrag na omrekening eenvoudig aan die ambtenaar wordt uitbetaald.

101. Al heeft rekwirante dan onregelmatigheden in de omrekeningsmethoden vastgesteld, waardoor de ambtenaar bij de omrekening van in bepaalde nationale munteenheden overgeschreven bedragen meer „waar voor zijn geld” krijgt dan bij de omrekening van bedragen vanuit andere munteenheden, en al had het Gerecht deze onregelmatig-

heden grondiger kunnen onderzoeken dan het heeft gedaan, toch geloof ik niet dat hiermee een aanvechtbare vorm van discriminatie is komen vast te staan.

102. Zoals ik al zei<sup>41</sup>, werkt variant i in het voordeel van de betrokken ambtenaar indien de munteenheid van het land waar de nationale pensioenaanspraken zijn opgebouwd, gedurende de periode waarin premies zijn betaald, ten opzichte van de euro (of voorheen de Belgische frank) in waarde is gedaald, terwijl variant ii juist voordelig is indien de nationale munt in waarde is gestegen. Geen van beide varianten is voordelig of nadelig indien de waarde constant is gebleven. De keuzemogelijkheid (of in de praktijk de automatische toepassing van de gunstigste variant) betekent, dat elke ambtenaar recht heeft op de beste van de twee beschikbare mogelijkheden.

103. De essentie van discriminatie is dat gelijke situaties verschillend of verschillende situaties gelijk worden behandeld zonder dat daarvoor een objectieve en relevante rechtvaardiging bestaat.<sup>42</sup> Om een bepaalde vorm van discriminatie met succes te kunnen aanvechten, moet naar mijn mening echter ook worden aangetoond dat de betrokkene door die discriminatie is benadeeld.

104. Het feit dat rekwirante slechter af was geweest met variant i, terwijl de Spaanse ambtenaar wiens situatie zij met de hare vergelijkt, juist slechter af zou zijn geweest met variant ii, laat niet alleen zien dat er wel degelijk een objectief en relevant verschil tussen hun beider situaties bestaat, maar ook, dat geen van tweeën kan stellen enig nadeel te hebben geleden, aangezien zij beiden op de voor hen gunstigste wijze zijn behandeld.

*Vaststelling van leeftijd en salaris op verschillende tijdstippen*

105. Tot slot hekelt rekwirante de manier waarop het Gerecht is omgegaan met haar argument, dat het gebruik van twee varianten voor de berekening van de tegenwaarde in euro van het in een andere munteenheid overgeschreven bedrag een ongerechtvaardigde vorm van discriminatie inhoudt, aangezien variant i uitgaat van de leeftijd en het salaris van de ambtenaar op de datum van benoeming in vaste dienst, terwijl variant ii de leeftijd en het salaris op de datum van de feitelijke overdracht tot uitgangspunt neemt. In het laatste geval zijn de leeftijd en de actuariële waarde (W) per definitie hoger en is mogelijk ook het salaris (S) hoger, waardoor de eindberekening lager uitvalt.

106. Waar rekwirante lijkt te betogen dat dit argument in het bestreden arrest onbesproken is gelaten, stelt de Raad dat het Gerecht in punt 89 van het arrest wel degelijk op dit

41 — Punt 24.

42 — Zoals in punt 64 van het bestreden arrest in herinnering wordt gebracht.



argument is ingegaan, voor zover het heeft bevestigd dat in variant i op het overgeschreven bedrag een rente van 3,5 % per jaar in mindering wordt gebracht voor het tijdvak van benoeming in vaste dienst tot de datum waarop het bedrag daadwerkelijk wordt overgeschreven (uitgezonderd de tijdvakken waarin dit bedrag niet geherwaardeerd of met rente verhoogd is overeenkomstig de nationale regeling waarbij de betrokkene voorheen was aangesloten)<sup>43</sup>, terwijl in variant ii een dergelijk aftrek niet plaatsvindt.

### *Slotbeschouwing*

109. Mijn conclusie luidt dan ook, dat het bestreden arrest ontoereikend is gemotiveerd voor zover daarin het bestaan van discriminatie op grond van geslacht wordt ontkend, en dat het in zoverre moet worden vernietigd.

107. Indien dit zo is, wordt het nadeel dat in het laatste geval voortvloeit uit het feit dat wordt uitgegaan van een hogere actuariële waarde en, mogelijk, een hoger salaris, uiteraard op zijn minst in aanzienlijke mate gecompenseerd, zo het al niet in een voordeel kan veranderen. Ofschoon naar mijn mening uit de bewoordingen van artikel 10, leden 2 tot en met 4, van de uitvoeringsbepalingen niet duidelijk valt op te maken, dat enkel in variant i rente wordt afgetrokken, was die vaststelling van het Gerecht, die als zodanig door rekwirante niet lijkt te worden betwist, gebaseerd op hetgeen de Raad in antwoord op een schriftelijke vraag had verklaard.

110. Alle aspecten van de zaak zijn belicht en aangezien de zaak dus in staat van wijzen is, kan hij overeenkomstig artikel 61 van 's Hofs Statuut door het Hof zelf worden afgedaan. Het Hof dient naar mijn mening derhalve het door rekwirante aangevoerde middel van onwettigheid van 's Raads uitvoeringsbepalingen te aanvaarden voor zover het gebruik van actuariële waarden tot discriminatie op grond van geslacht leidt, en het litigieuze besluit om die reden nietig te verklaren.

108. Ik meen dan ook dat rekwirante niet aannemelijk heeft weten te maken dat haar argument, dat het feit dat de varianten i en ii de leeftijd en het salaris van de ambtenaar op verschillende tijdstippen tot uitgangspunt nemen discriminatie oplevert, in het bestreden arrest verkeerd is beoordeeld.

111. Overeenkomstig artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Rekwirante heeft zowel in eerste aanleg als in hogere voorziening geconcludeerd tot verwijzing van de Raad in de kosten.

43 — Zie punt 18 hierboven.

## Conclusie

112. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

- het arrest van het Gerecht van 18 maart 2004, Lindorfer/Raad (T-204/01), te vernietigen voor zover daarbij het beroep is verworpen op de grond dat er geen sprake is van verboden discriminatie op grond van geslacht;
- artikel 10, lid 3, van de door de Raad op 13 juli 1992 vastgestelde algemene bepalingen ter uitvoering van artikel 11, lid 2, van bijlage VIII van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen ongeldig te verklaren voor zover het voorziet in het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële waarden;
- het litigieuze besluit van de Raad van 3 november 2000 nietig te verklaren;
- de Raad van de Europese Unie te verwijzen in de kosten van beide instanties.