CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 27 april 1994 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De Nederlandse wetgeving en de aan het Hof gestelde vragen

1. De onderhavige zaak werpt wederom ingewikkelde vragen op betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De Centrale Raad van Beroep heeft het Hof een aantal vragen gesteld aangaande de draagwijdte van de toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht ten aanzien van pensioenrechten voor Nederlandse ambtenaren. Die vragen moeten worden beantwoord in het kader van een geschil tussen een gepensioneerde ambtenaar (Beune) en het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (hierna: „ABP"), de Nederlandse publiekrechtelijke instelling belast met de uitkering van pensioenen aan ambtenaren en met het beheer van de desbetreffende middelen. Beune, die gehuwd is, betoogt dat hij het slachtoffer is van discriminatie op grond van geslacht. Hij stelt dat hij van het ABP een lager pensioen ontvangt dan gehuwde vrouwelijke ambtenaren, door de regeling die in de Nederlandse wetgeving is getroffen voor de combinatie van het ambtelijk pensioen krachtens de Algemene Burgerlijke Pensioenwet (ABPW) met het algemeen pensioen dat krachtens de Algemene Ouderdomswet (AOW) aan alle Nederlandse onderdanen wordt toegekend.

2. Ik zal om te beginnen een beschrijving geven van het algemeen pensioen (krachtens de AOW), omdat dit de oorzaak is van het onderhavige probleem. Het AOW-pensioen, anders gezegd het algemeen pensioen, komt toe aan alle Nederlandse ingezetenen (en onder bepaalde omstandigheden ook aan niet-ingezetenen die in Nederland hebben gewerkt). Het pensioen wordt afgeleid van het minimumloon en heeft tot doel, alle oudere ingezetenen te beschermen tegen behoeftigheid. Het kan worden aangevraagd bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd en wordt berekend over maximaal 50 verzekeringsjaren.

3. De AOW maakt onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden. In het verleden maakte zij bovendien onderscheid tussen gehuwde mannen en gehuwde vrouwen. Tot 1 april 1985 had een gehuwde vrouw namelijk geen eigen aanspraak op een algemeen pensioen, maar werd zij geacht in haar

* Oorspronkelijke taal: Engels.

behoeften te voorzien met het pensioen dat haar man ontving bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd, welk pensioen 100 % van het minimumloon bedroeg. Ongehuwden daarentegen ontvingen slechts 70 % van dit minimumloon.

4. Per 1 april 1985 werd bovenbedoelde discriminatie van gehuwde vrouwen afgeschaft met de tenuitvoerlegging van richtlijn 79/7/EEG van de Raad betreffende de gelijke behandeling op het gebied van de sociale zekerheid. [1] Sinds die datum ontvangen zowel mannen als vrouwen die gehuwd zijn, 50 % van het minimumloon. [2] De pensioenrechten van ongehuwden bleven ongewijzigd en bedragen nog steeds 70 %.

5. Naast het AOW-pensioen hebben ambtenaren recht op een ambtelijk pensioen krachtens de ABPW. Niet alleen ambtenaren in de strikte zin des woords hebben recht op een pensioen krachtens de ABPW, maar ook andere categorieën personen, zoals personeel van instellingen van bijzonder onderwijs, die uit openbare middelen worden bekostigd. Kort gezegd, de ABPW is van toepassing op de meeste personen die op een of andere manier in Nederland in overheidsdienst zijn. Het ambtelijk pensioen wordt berekend op basis van twee criteria: het tijdvak van tewerkstelling in overheidsdienst en het salaris dat de betrokken ambtenaar gedurende de laatste twee dienstjaren heeft verdiend. Het maximumpensioen, dat is opgebouwd *na 40 jaren in overheidsdienst*, bedraagt 70 % van het laatstverdiende loon.

6. Het ambtelijk pensioen wordt uitbetaald door het ABP, verzoeker in het hoofdgeding. Zoals gezegd, is het ABP een publiekrechtelijk orgaan dat de voor de betaling van de pensioenen gebruikte middelen beheert. Ofschoon het ambtelijk pensioen wettelijk is vastgelegd, is het ABP in ruime mate onafhankelijk van de overheid. Het ambtelijk pensioen vertoont grote gelijkenis met bedrijfspensioenregelingen voor werknemers in de privé-sector in Nederland, die worden beheerd door particuliere fondsen die binnen een wettelijk vastgelegd algemeen kader werkzaam zijn. Bij het onderzoek van de door de Centrale Raad van Beroep gestelde vragen zal ik enkele bijzondere kenmerken van het ABPW-stelsel vermelden.

7. De in de onderhavige zaak aan de orde zijnde problemen zijn terug te voeren op de samenloop van pensioenen krachtens de ABPW respectievelijk de AOW. Gezien het

1 — PB 1979, L 6, blz. 24.

2 — Een gehuwde wiens of wier echtgeno(o)t(e) de 65-jarige leeftijd nog niet heeft bereikt, ontvangt 70 % van het minimumloon. Een ieder die recht heeft op AOW, heeft recht op een toeslag van ten hoogste 30 % van het minimumloon, indien zijn partner jonger is dan 65 jaar. Deze aanvullende pensioenrechten lijken voor de onderhavige zaak evenwel niet relevant.

betrekkelijk hoge bedrag van het ambtelijk pensioen (maximaal 70 % van het laatstverdiende loon of salaris), achtte de Nederlandse wetgever het onjuist dat ambtenaren naast een volledig ambtelijk pensioen een volledig algemeen pensioen zouden ontvangen. In de jaren vijftig trof hij maatregelen om een dergelijke cumulatie te voorkomen. Hij bepaalde dat, voor zover het algemeen pensioen betrekking had op tijdvakken van tewerkstelling in overheidsdienst, het moest worden „ingebouwd" in het ambtelijk pensioen, hetgeen betekende dat het desbetreffende bedrag aan algemeen pensioen op het ambtelijk pensioen in mindering werd gebracht.

8. Destijds leverde het geval van de gehuwde vrouw evenwel problemen op in verband met de inbouwregeling, omdat zij geen eigen pensioen krachtens de AOW ontving, maar indirect het pensioen van haar man genoot. De Nederlandse wetgever achtte het onjuist om dit laatste pensioen volledig „in te bouwen", daar de gehuwde vrouw het niet ontving. Er werd een tussenoplossing gevonden volgens welke slechts een deel van het algemeen pensioen dat de echtgenoot van een vrouwelijke ambtenaar ontving, zou worden ingebouwd in haar ambtelijk pensioen. Dat deel werd vastgesteld op het niveau van het algemeen pensioen dat ongehuwde mannen en vrouwen ontvingen, te weten 70 % van het minimumloon. Het resultaat was, dat voor de gehuwde vrouw de aftrek van haar ambtelijk pensioen krachtens de inbouwregeling niet meer bedroeg dan 70 % van het bedrag dat zou zijn afgetrokken indien zij een man was geweest.

9. De herziening van de AOW in 1985, waarbij de discriminatie van gehuwde vrouwen werd afgeschaft, leverde opnieuw problemen op voor de inbouw van het algemeen pensioen in het geval van een gehuwde vrouwelijke ambtenaar. Zoals ik al zei, ontvangen sinds 1 april 1985 alle gehuwden 50 % van het minimumloon. Na een overgangsregeling stelde de Nederlandse wetgever nieuwe inbouwregels vast, die op 1 januari 1986 in werking traden. Deze nieuwe regels leverden geen problemen op voor tijdvakken van tewerkstelling na die datum. Voor die tijdvakken bestaat er op het gebied van ambtelijke pensioenen geen verschil in behandeling meer tussen gehuwde mannen en gehuwde vrouwen, evenmin als er nog verschil is in algemene pensioenen. Voor tijdvakken van tewerkstelling vóór die datum is evenwel de oude inbouwregeling gehandhaafd, met de lagere aftrek voor de gehuwde vrouw. Kennelijk wilde de Nederlandse wetgever daarmee tegemoet komen aan de verwachtingen van de gehuwde vrouw die vóór 1986 in overheidsdienst had gewerkt. Een en ander betekent, dat de gehuwde vrouw die ambtenaar was vóór 1 januari 1986 en na die datum met pensioen gaat, blijft profiteren van het feit dat de inbouw van het algemeen pensioen wordt berekend op basis van het algemeen pensioen van ongehuwden (70 % van het minimumloon), en niet op basis van het algemeen pensioen dat gewoonlijk aan haar echtgenoot werd betaald (100 % van het minimumloon), voor zover het gaat om tijdvakken van tewerkstelling in overheidsdienst vóór 1986, een en ander ondanks het feit dat

zij thans een volledig algemeen pensioen ontvangt dat precies even hoog is als dat van de gehuwde man. Dit is het verschil in behandeling waartegen in de onderhavige zaak wordt opgekomen. De gehuwde mannelijke ambtenaar die vóór 1 januari 1986 heeft gewerkt, moet zijn algemeen pensioen over die tijdvakken van tewerkstelling voor 100 % inbouwen, terwijl de gehuwde vrouwelijke ambtenaar slechts voor 70 % inbouwt.

10. Beune, verzoeker in het hoofdgeding, werd in 1988 gepensioneerd, na zijn hele leven in overheidsdienst te hebben gewerkt. Hij ontving een ambtelijk pensioen, waarop de oude inbouwregeling werd toegepast. Hij moest maximaal inbouwen, daar hij vóór 1986 al 40 jaar voor de overheid had gewerkt, terwijl hij over dezelfde jaren ook verzekerd was krachtens de AOW. De inbouw — anders gezegd de aftrek van zijn ambtelijk pensioen — bedraagt 16 286,59 FL per jaar. Indien hij een gehuwde vrouw was, zou de aftrek slechts circa 11 300 FL per jaar bedragen. Beune betoogt dat hij wordt gediscrimineerd op grond van het geslacht. Het Ambtenarengerecht te 's-Gravenhage stelde hem in het gelijk op basis van richtlijn 79/7. [3] Van deze uitspraak ging het ABP in hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep, die het Hof de volgende prejudiciële vragen heeft gesteld:

„1) Dient onder wettelijke regeling inzake ouderdom, als bedoeld in artikel 3, lid 1, onder a, van richtlijn 79/7/EEG mede te worden verstaan een wettelijke pensioenregeling voor (in hoofdzaak) ambtenaren als neergelegd in de ABPW?

2) Zo ja, moet het beginsel van gelijke behandeling, neergelegd in artikel 4, lid 1, van voormelde richtlijn, zo worden uitgelegd dat daarmee in strijd is een onderling verschillende regeling van samenloop van algemeen pensioen (AOW) en ambtelijk pensioen voor gehuwde mannelijke (gewezen) ambtenaren enerzijds en gehuwde vrouwelijke (gewezen) ambtenaren anderzijds?

3) Indien vragen 1) en 2) bevestigend worden beantwoord, kan dan de gehuwde mannelijke gewezen ambtenaar, bij gebreke van een nationale regeling

3 — Reeds aangehaald, zie voetnoot 1.

welke de ongelijkheid van behandeling als hierboven bedoeld teniet doet, op de bepalingen van richtlijn 79/7/EEG een vordering doen steunen dat hij wat betreft zijn aanspraak op ambtelijk pensioen op dezelfde wijze wordt behandeld als een, in overigens gelijke omstandigheden verkerende, gehuwde vrouwelijke ambtenaar?

Indien uw Hof vraag 1) ontkennend beantwoordt, verzoekt de Raad het Hof, met terzijdelating van de vragen 2) tot en met 4), de hierna volgende vragen te beantwoorden.

5) Moet onder het begrip beloning in artikel 119 EEG-Verdrag mede worden verstaan een ouderdomspensioen voor (in hoofdzaak) ambtenaren als waarin voorzien door de Nederlandse ABPW?

4) Brengt de werking van het beginsel van gelijke behandeling, bedoeld in vraag 3), mee dat de ongelijkheid in pensioenaanspraken tussen gehuwde mannelijke en gehuwde vrouwelijke ambtenaren, als in dit geding aan de orde, vanaf 23 december 1984 teniet wordt gedaan, ook voor zover de pensioenaanspraak berust op tijdvakken (i. e. diensttijd als ambtenaar) vóór die datum?

6) Indien vraag 5) bevestigend wordt beantwoord, en er van uit moet worden gegaan dat de onderling verschillende regeling voor gehuwde mannelijke en gehuwde vrouwelijke (gewezen) ambtenaren met betrekking tot de samenloop van algemeen pensioen (AOW) en ambtelijk pensioen in strijd is met het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, neergelegd in genoemde verdragsbepaling, kan dan de gehuwde mannelijke ambtenaar met een beroep op dat beginsel bewerkstelligen dat hij wat betreft zijn pensioenaanspraak op dezelfde wijze wordt behandeld als een gehuwde vrouwelijke ambtenaar?

Is in dit verband nog van belang een element dat in de arresten in de zaken C-87, 88 en 89/90 (Verholen e. a., d. d. 11 juli 1991), zaak 80/87 (Dik e. a., d. d. 8 maart 1988) en zaak 384/85 (Borrie Clarke, d. d. 24 juni 1987) niet aan de orde is geweest, namelijk dat in het pensioenstelsel van de ABPW de financiering geschiedt door middel van kapitaaldekking?

7) Zijn er in het gemeenschapsrecht aanknopingspunten te vinden om, bij

bevestigende beantwoording van de vragen 5) en 6), de gevolgen van de schending van het gemeenschapsrecht te beperken, zowel ten aanzien van het tijdstip met ingang waarvan aanspraak op gelijke behandeling kan worden gemaakt, als ten aanzien van de tijdvakken waarover aanspraak op pensioen is opgebouwd?

3) Zo ja, kan op de toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht een beroep worden gedaan om te verzekeren dat mannelijke gehuwde ambtenaren als Beune dezelfde behandeling ondergaan als vrouwelijke gehuwde ambtenaren? Is de werking van die regels in de tijd beperkt of kan zij in de tijd beperkt zijn?

Is bij de beantwoording van deze vraag van betekenis dat in het onderhavige pensioenstelsel de financiering geschiedt door middel van kapitaaldekking?"

Het gemeenschapsrecht

11. In hoofdzaak komen de vragen van de Centrale Raad van Beroep neer op het volgende:

1) Wat zijn, met betrekking tot het beginsel van gelijke behandeling, de toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht (zo die er al zijn) in het geval van ambtenarenpensioenen als die krachtens de ABPW? Is dat artikel 119 EEG-Verdrag of richtlijn 79/7/EEG?

2) Zijn de inbouwregels zoals die in het onderhavige geval zijn toegepast, in strijd met de toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht?

12. De onderhavige zaak is de eerste waarin de vraag wordt gesteld, of een wettelijke pensioenregeling voor ambtenaren, die op het eerste gezicht grote gelijkenis vertoont met een bedrijfspensioenregeling, moet worden geacht te vallen onder het begrip „beloning" in de zin van artikel 119 EEG-Verdrag. Zij stelt derhalve kennelijk wederom de netelige kwestie aan de orde, hoe de regels op het gebied van de gelijke behandeling moeten worden toegepast op bedrijfspensioenregels. Reeds in het arrest Bilka verklaarde het Hof, dat bedrijfspensioenregelingen onder bepaalde omstandigheden als beloning in de zin van artikel 119 moeten worden beschouwd. [4] Dit werd bevestigd in het arrest Barber, waarin het Hof verklaarde dat vervangende („contracted-out") bedrijfspensioenregelingen zoals die in het Verenigd Koninkrijk bestaan, onder artikel 119 vallen, en dat verschillen in pensioengerechtigde leeftijd derhalve verboden zijn. [5] Het Hof

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

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

overwoog echter ook, dat op grond van dwingende overwegingen van rechtszekerheid de werking van het arrest in de tijd moest worden beperkt. [6] Het besliste dat op de rechtstreekse werking van artikel 119 geen beroep kon worden gedaan om aanspraak te maken op een pensioen vanaf een tijdstip gelegen vóór de datum van het arrest (17 mei 1990), behalve in het geval van degenen die vóór die datum een rechtsvordering of een daarmee gelijk te stellen vordering hadden ingediend. Aangezien deze laatste overweging niet geheel werd verduidelijkt, werd het Hof vervolgens geconfronteerd met vragen betreffende de precieze betekenis van deze beperking. Het besliste recentelijk, in de zaak Ten Oever, dat de in het arrest Barber aangebrachte beperking ook gold voor de in die zaak aan de orde zijnde aanvullende regeling. Het legde die beperking aldus uit, dat zij (behalve voor degenen die al een vordering hadden ingediend) alle pensioenrechten uitsloot die betrekking hadden op tijdvakken van tewerkstelling vóór de datum van het arrest Barber. [7]

13. Van de zaak Barber ging een zodanige invloed uit, dat zij aan de orde werd gesteld op de regeringsconferenties die tot het Verdrag betreffende de Europese Unie leidden. Bij de inwerkingtreding van dat Verdrag werd aan het EG-Verdrag een nieuw Protocol gehecht, dat luidde als volgt:

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

Deze toevoeging bij artikel 119 trad op 1 november 1993 in werking.

14. Volledigheidshalve moet ik hier ook het Protocol betreffende de sociale politiek vermelden, dat ook aan het EG-Verdrag is gehecht bij het Verdrag betreffende de Europese Unie en dat op zijn beurt een bijlage bevat met de „Overeenkomst betreffende de sociale politiek gesloten tussen de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland". Artikel 6 van deze overeenkomst, waarvan de leden 1 en 2 nagenoeg een copie zijn van artikel 119 EG-Verdrag, voert in lid 3 de volgende nieuwe regel in:

„Dit artikel belet niet dat een Lid-Staat maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door vrouwen te vergemakkelijken of om nadelen in hun beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren."

6 — Ibidem, r. o. 40-45.

7 — Zie arrest van 6 oktober 1993, zaak C-109/91, Ten Oever, Jurispr. 1993, blz. I-4879, r. o. 15-20.

Er is evenwel niet gesteld, dat deze bepaling in casu toepasselijk zou zijn.

15. Naast deze verdragsbepalingen is hier van belang richtlijn 79/7 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid. [8] Deze richtlijn is ingevolge artikel 3, lid 1, van toepassing op (onder meer) de wettelijke regelingen die bescherming bieden tegen ouderdom, zodat zij duidelijk ook voor pensioenrechten geldt. Artikel 4, lid 1, bepaalt dat, binnen het toepassingsgebied van de richtlijn, „iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect (...) is uitgesloten (...) met betrekking tot (...) de berekening van de prestaties (...)" De richtlijn moest ten uitvoer zijn gelegd op 23 december 1984, en het is vaste rechtspraak van het Hof dat „een Lid-Staat na 23 december 1984 geen ongelijke behandelingen (mag) laten voortduren die te wijten zijn aan de omstandigheid, dat de door het ontstaan van het recht op uitkering verbonden voorwaarden reeds vóór die datum golden". [9] Het Hof heeft ook verduidelijkt, dat de justitiabele op het in artikel 4, lid 1, neergelegde verbod van discriminatie een beroep kan doen voor de nationale rechter ten einde daarmee strijdige bepalingen van nationaal recht terzijde te doen stellen. [10]

16. Ten slotte moet hier worden vermeld richtlijn 86/378/EEG van de Raad betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid [11], *ook al is hiernaar door de Centrale* Raad van Beroep niet verwezen, ongetwijfeld omdat de termijn voor tenuitvoerlegging eerst op 1 januari 1993 verstreek. Terwijl richtlijn 79/79 betrekking heeft op wettelijke stelsels van sociale zekerheid, geldt richtlijn 86/378 voor zogenoemde „*ondernemings- en sectoriële regelingen* inzake sociale zekerheid". Op het eerste gezicht zal de combinatie van de termen „ondernemings- en sectoriële regelingen", in de zin van „niet-wettelijke" regelingen, en „sociale zekerheid" wellicht verbazen, maar bedrijfspensioenregelingen zijn een duidelijk voorbeeld van de regelingen waarvoor richtlijn 86/378 bedoeld is. Deze omschrijft ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid als

„regelingen die niet vallen onder richtlijn *79/7* en tot doel hebben aan de werknemers of zelfstandigen uit een onderneming, een groep ondernemingen, een tak van de economie of een één of meer bedrijfstakken omvattende sector, prestaties te verstrekken in aanvulling op de prestaties uit hoofde van de wettelijke regelingen op het gebied van de sociale zekerheid of in de plaats daarvan, ongeacht of aansluiting bij deze regelingen verplicht is of niet". [12]

8 — Reeds aangehaald in voetnoot 1.

9 — Zie arresten van 24 juni 1987, zaak 384/85, Borrie Clarke, Jurispr. 1987, blz. 2865, r. o. 10; 8 maart 1988, zaak 80/87, Dik, Jurispr. 1988, blz. 1601, r. o. 9; en 11 juli 1991, gevoegde zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, Verholen e. a., Jurispr. 1991, blz. I-3757, r. o. 28 en 29.

10 — Zie zaak 384/85, reeds aangehaald in voetnoot 9, r. o. 11 van het arrest, en laatstelijk het arrest van 24 februari 1994, zaak C-343/92, Roks e. a., Jurispr. 1994, blz. I-571, r. o. 18.

11 — PB 1986, L 225, blz. 40.

12 — Artikel 2, lid 1.

Die regelingen omvatten, in navolging van richtlijn 79/7, ook regelingen die bescherming bieden tegen ouderdom, dat wil zeggen pensioenregelingen. [13] Ook hier is iedere discriminatie op grond van geslacht verboden, daaronder begrepen discriminatie bij de berekening van de uitkeringen. De Lid-Staten dienden de maatregelen te nemen die nodig waren opdat de bepalingen van de ondernemings-en sectoriële regelingen die in strijd waren met het beginsel van gelijke behandeling, uiterlijk op 1 januari 1993 [14] waren herzien. Er is evenwel een algemene uitzondering op deze verplichting, te weten met betrekking tot rechten en verplichtingen die verband houden met een periode van aansluiting bij een ondernemings- of sectoriële regeling die voorafging aan de herziening van deze regeling. [15] Een dergelijke uitzondering is niet neergelegd in richtlijn 79/7, maar zij zou relevant kunnen zijn voor de thans in geding zijnde regeling. Ik zal er hierna nog op terugkomen.

17. Dit is, kort samengevat, de communautaire wetgeving. Hierna zal ik eerst onderzoeken, welke van deze regels en instrumenten van toepassing zijn op het probleem rond de inbouw van het algemeen pensioen in het ambtelijk pensioen. Is dat artikel 119 van het Verdrag, een van de richtlijnen of misschien een combinatie van beide? Vervolgens zal ik ingaan op de vraag, of het discriminatieverbod wordt geschonden. Ten slotte, voor het geval die vraag bevestigend moet worden beantwoord, zal moeten worden nagegaan of Beune een beroep kan doen op de toepasselijke regels en of aan de werking van die regels temporele beperkingen zijn verbonden.

De toepasselijke regels

18. In de eerste plaats moet worden onderzocht, of artikel 119 van het Verdrag van toepassing is op een pensioen als het ABPW-pensioen. Met betrekking tot de verhouding tussen richtlijn 86/378 en artikel 119 heeft het Hof recentelijk in het arrest Moroni vastgesteld, dat eerst moet worden nagegaan of laatstgenoemd artikel is geschonden, en dat, indien van een dergelijke schending sprake is, niet meer behoeft te worden onderzocht of er mogelijk strijd is met de richtlijn, die hoe dan ook de werkingssfeer van artikel 119 niet kan beperken. [16] Uiteraard geldt deze redenering ook voor de verhouding tussen richtlijn 79/7 en artikel 119.

19. De rechtspraak van het Hof biedt aanwijzingen, welke soorten sociale-zekerheidsregelingen als „beloning" in de zin

13 — Artikel 4.
14 — Artikel 8, lid 1.
15 — Artikel 8, lid 2.

16 — Arrest van 14 december 1993, zaak C-110/91, Moroni, Jurispr. 1993, blz. I-6591, r. o. 22-24.

van artikel 119 moeten worden beschouwd en welke niet. Reeds in het arrest Defrenne I verklaarde het Hof:

„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;

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". [17]

20. Waar Defrenne I derhalve betrekking had op een klassiek, algemeen, van overheidswege geregeld pensioen, ging het in de zaken Bilka en Barber om de vraag, of (particuliere) bedrijfspensioenregelingen als een deel van de beloning van een werknemer konden worden beschouwd. In de zaak Bilka schonk het Hof aandacht aan het feit dat de betrokken regeling, hoewel ingevoerd in overeenstemming met de door de Duitse wetgever vastgestelde bepalingen, haar oorsprong vond in een akkoord tussen de onderneming en haar personeel en bedoeld was om de krachtens de nationale wettelijke bepalingen verschuldigde sociale uitkeringen aan te vullen met uitkeringen die uitsluitend door de werkgever werden gefinancierd. Het Hof nam ook in aanmerking, dat de contractuele — in tegenstelling tot de wettelijke — grondslag van de betrokken regeling werd bevestigd door het feit, dat zij als een integrerend bestanddeel van de betrokken arbeidsovereenkomsten werd beschouwd. [18] Een en ander bracht het Hof tot de conclusie, dat de betrokken regeling onder het toepassingsgebied van artikel 119 viel.

21. In het arrest Barber volgde het Hof een soortgelijke redenering. Het overwoog dat de betrokken vervangende particuliere bedrijfsregelingen tot stand kwamen op grond van een overeenkomst tussen werkgevers en werknemers of van een eenzijdig besluit van de werkgever, en dat zij geheel door de werkgever of door werkgever en werknemers te zamen werden gefinancierd, zonder dat de overheid er ooit aan bijdroeg. In de tweede plaats stelde het vast dat de regelingen niet verplicht van toepassing waren op algemene categorieën werknemers, maar alleen op bij bepaalde ondernemingen

17 — Arrest van 25 mei 1971, zaak 80/70, Defrenne, Jurispr. 1971, blz. 445, r. o. 7 en 8.

18 — Zaak 170/84, Bilka, aangehaald in voetnoot 4, r. o. 20 en 21.

werkzame werknemers, zodat de aansluiting bij deze regelingen noodzakelijkerwijs voortvloeide uit de arbeidsverhouding met een bepaalde werkgever. Ook al waren deze regelingen in overeenstemming met de nationale wetgeving tot stand gekomen, zij werden door hun eigen regels beheerst. In de derde plaats, aldus het Hof, kon de omstandigheid dat de voor deze regelingen betaalde bijdragen en de daarin voorziene uitkeringen gedeeltelijk in de plaats kwamen van de algemene wettelijke regeling, de toepassing van artikel 119 niet uitsluiten, daar de betrokken bedrijfsregelingen een soortgelijke economische functie hadden als de aanvullende regelingen die in bepaalde Lid-Staten bestaan (zoals die welke in de zaak Bilka aan de orde was). [19]

22. Op basis van bovenstaande rechtspraak kan een lijst worden gemaakt van de factoren die voor de beantwoording van de thans aan de orde zijnde vraag als relevant zijn beschouwd:

1) De mate waarin de betrokken regelingen door de wet worden beheerst, heeft een belangrijke rol gespeeld. De omstandigheid dat particuliere bedrijfsregelingen in een wettelijk kader functioneren, vormt geen beletsel voor de toepasselijkheid van artikel 119, zolang die regelingen maar door hun eigen regels worden beheerst. Prestaties van sociale zekerheid die rechtstreeks door de wet worden beheerst, vallen buiten artikel 119.

2) Voor de toepasselijkheid van artikel 119 wordt het relevant geacht, dat er sprake is van een overeenkomst of van overleg tussen werkgevers en werknemers binnen de betrokken onderneming of bedrijfstak, of van een eenzijdig besluit van de werkgever. De contractuele aard van een regeling wordt bij voorbeeld bevestigd door de omstandigheid, dat zij wordt gezien als een onderdeel van de arbeidsovereenkomst.

3) Ook de financiering van de regelingen speelt een rol. Indien een regeling geheel wordt gefinancierd door de werkgever, of door werkgever en werknemer te zamen, is dat een argument vóór de toepasselijkheid van artikel 119. Indien daarentegen de overheid bijdraagt, vormt zulks een aanwijzing dat de regeling deel uitmaakt van een algemene sociale politiek.

4) Regelingen die voor algemene categorieën werknemers gelden, vallen niet onder artikel 119; het begrip „algemene categorieën werknemers" behoeft evenwel nadere uitleg en komt hierna aan de orde.

5) Indien de regeling bedoeld is als aanvulling op krachtens de nationale wetgeving

19 — Zaak C-262/88, Barber, aangehaald in voetnoot 5, r. o. 25-27. Zie ook arrest van 17 februari 1993, zaak C-173/91, Commissie/België, Jurispr. 1993, blz. I-673.

betaalde algemene sociale uitkeringen, kan artikel 119 toepassing vinden.

23. Niet al deze criteria kunnen gemakkelijk worden toegepast op het thans aan de orde zijnde ambtelijk pensioen. Het aanvullende karakter van dit pensioen levert de minste problemen op. Het vormt een aanvulling op het algemeen pensioen krachtens de AOW, de door de overheid gefinancierde basisuitkering, en lijkt in zoverre geheel vergelijkbaar met de particuliere bedrijfspensioenregelingen in Nederland, zoals die in vele bedrijfstakken functioneren. Het is juist, dat het algemeen pensioen en het ambtelijk pensioen niet geheel cumulatief zijn, daar de inbouwregeling voorziet in een korting op het ambtelijk pensioen. Aangezien het Hof in het arrest Barber evenwel overwoog, dat vervangende regelingen die volledig in de plaats komen van de wettelijke regeling, op die grond nog niet buiten het begrip beloning vallen [20], lijkt deze omstandigheid mij irrelevant.

24. De vraag of ambtenaren die het ambtelijk pensioen ontvangen, een „algemene categorie werknemers" vormen, is moeilijk te beantwoorden, daar de rechtspraak van het Hof niet veel aanwijzingen biedt om de draagwijdte van dit begrip te bepalen. Wellicht wordt met dit begrip gedoeld op categorieën werknemers in de zin van sommige wettelijke sociale-zekerheidsregelingen, zoals handarbeiders of andere arbeiders, werknemers of zelfstandigen, ter onderscheiding van bij voorbeeld werknemers in een bepaalde sector, die niet als een algemene categorie worden beschouwd. Zo overwoog het Hof in het arrest Barber, dat de regelingen

„(...) niet verplicht van toepassing (zijn) op algemene categorieën werknemers. Integendeel, zij zijn slechts van toepassing op bij bepaalde ondernemingen werkzame werknemers, zodat de aansluiting bij deze regelingen noodzakelijkerwijs voortvloeit uit de arbeidsverhouding met een bepaalde werkgever". [21]

Ofschoon de overheid uiteraard geen onderneming is, zou men haar kunnen beschouwen als één werkgever. Bovendien vloeit de aansluiting bij de pensioenregeling van de ABPW noodzakelijkerwijs voort uit de arbeidsverhouding met de overheid, of uit de tewerkstelling in openbare dienst.

25. De andere criteria — te weten de wettelijke of contractuele grondslag van de regeling en de financiering ervan — leveren de grootste problemen op. Dit is in grote mate te wijten aan de omstandigheid, dat de regelingen van toepassing zijn op ambtenaren, die in dienst zijn van de overheid, welke laatste zowel werkgever is als initiatiefnemer van

20 — Zaak C-262/88, aangehaald in voetnoot 5, r. o. 27 en 28.

21 — Ibidem, r. o. 26.

algemene sociale politiek, de sociale zekerheid daaronder begrepen. Derhalve moet worden vastgesteld, in welke van die hoedanigheden de overheid in het kader van het ABPW-pensioen optreedt.

26. Op het eerste gezicht zou men kunnen denken, dat het wettelijk karakter van het ambtelijk pensioen zich ertegen verzet, het als beloning aan te merken. Het gaat hier, anders dan in de zaken Bilka en Barber, niet om een particuliere bedrijfsregeling die in het kader van een algemeen wettelijk kader functioneert. Zo worden de bedragen van de ambtelijke pensioenen rechtstreeks in de wet vastgelegd. Ik betwijfel evenwel of dit een beslissend criterium is. Zoals het ABP in zijn schriftelijke opmerkingen uiteen heeft gezet, wordt in Nederland de gehele bezoldiging die een ambtenaar ontvangt, rechtstreeks door de wet bepaald. Betekent dit nu dat het beginsel van gelijke behandeling zoals neergelegd in artikel 119, niet van toepassing is op de tewerkstelling in Nederlandse overheidsdienst, of op de overheidssector in het algemeen? Volgens het Hof niet. Reeds in Defrenne II overwoog het dat artikel 119 eveneens geldt:

„bij ongelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke arbeid die in een zelfde, *openbare of particuliere*, onderneming of dienst wordt verricht". [22]

27. Bovendien is het zo, dat in sommige Lid-Staten, waaronder Nederland, de bezoldiging van ambtenaren (hun pensioenrechten daaronder begrepen) wettelijk is vastgelegd, terwijl dat in andere Lid-Staten, zoals het Verenigd Koninkrijk, niet het geval is. Ook dit vormt een aanwijzing, dat het wettelijk karakter van deze bezoldiging geen beslissend criterium dient te zijn voor de niet-toepasselijkheid van artikel 119. Of de bezoldiging van ambtenaren door de wet wordt bepaald, hangt af van de wijze waarop in een Lid-Staat de openbare dienst is ingericht. Artikel 109 van de Nederlandse Grondwet bepaalt, dat de wet de rechtspositie van de ambtenaren regelt. Dat de bezoldiging die Nederlandse ambtenaren ontvangen, bezoldiging in de zin van artikel 119 vormt, is door het Hof bevestigd in de zaak Liefting. [23]

28. Met betrekking tot de pensioenrechten van ambtenaren moet derhalve beslissend worden geacht, niet of zij door de wet worden geregeld, maar of de overheid bij de vaststelling van deze rechten handelt in haar hoedanigheid van opsteller van de algemene sociale politiek of in haar hoedanigheid van werkgever. Dit was ook de zienswijze van advocaat-generaal Slynn, die met betrekking

22 — Arrest van 8 april 1976, zaak 43/75, Defrenne, r. o. 22, cursivering van mij.

23 — Arrest van 18 september 1984, zaak 23/83, Liefting, Jurispr. 1984, blz. 3225.

tot de pensioenen van Nederlandse ambtenaren in de zaak Liefting het volgende verklaarde:

„Dat een regeling een wettelijk karakter heeft, lijkt mij echter niet beslissend. Met een wettelijke regeling kunnen allerlei doelen worden nagestreefd. Als zij de rechten en verplichtingen omschrijft die voortvloeien uit een sociale-zekerheidsregeling voor alle werknemers, of voor groepen werknemers die niet in enigerlei zin in overheidsdienst zijn, wordt zij stellig eerder bepaald door ‚overwegingen van sociaal beleid' dan door een arbeidsverhouding. Indien daarentegen langs dezelfde weg, dat wil zeggen via wettelijke regeling, regels worden gesteld voor degenen die in overheidsdienst zijn, dan kunnen die regels een uitdrukking zijn van sociaal beleid, maar zij kunnen even goed voortkomen uit en dienen tot regeling van de arbeidsverhouding. In dit laatste opzicht kunnen zij overigens best de uitdrukking vormen van de ideeën van de staat over sociaal beleid, maar daarmee wordt mijns inziens niet afgedaan aan hun essentieel karakter — regels die de arbeidsverhouding beheersen. Ware het anders, dan zouden ambtenaren geen beroep kunnen doen op het beginsel van artikel 119 betreffende gelijke beloning voor gelijke arbeid, en in dit artikel en in 's Hofs rechtspraak is niets te vinden wat een dergelijk resultaat zou rechtvaardigen. De vraag waarop het aankomt, is dus of de staat dat wat hij doet, in wezen als werkgever doet." [24]

29. Met betrekking tot het ambtelijk pensioen trad de staat mijns inziens op als werkgever. Een aanwijzing daarvoor vormt het element van overleg of collectieve onderhandeling, dat deel uitmaakt van het systeem volgens hetwelk het ambtelijk pensioen wordt vastgesteld en de desbetreffende middelen worden beheerd. Blijkens de antwoorden op een van de schriftelijke vragen van het Hof — betreffende de rechtspositie van het ABP en de financiering ervan — is het ABP een publiekrechtelijke rechtspersoon die in grote mate onafhankelijk is van de centrale overheid, en waarvan het bestuur *paritair is samengesteld, voor de helft uit* vertegenwoordigers van werkgevers en voor de helft uit vertegenwoordigers van werknemers. Het ABP heeft bovendien verklaard dat, ofschoon de pensioenrechten van ambtenaren wettelijk zijn geregeld, daarin geen veranderingen worden aangebracht, tenzij op basis van onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers, en dat deze rechten worden geacht deel uit te maken van de algemene arbeidsvoorwaarden. De omvang en de rol van die onderhandelingen worden door Beune betwist. Het komt mij evenwel voor dat, *ook bij gebreke van overleg, pensioen*rechten toch als bezoldiging kunnen worden beschouwd, mits de overheid bij de eenzijdige bepaling ervan optreedt als werkgever.

30. Ook het niveau van de pensioenrechten zou een aanwijzing kunnen vormen, dat de staat handelt in zijn hoedanigheid van werkgever. In het geval van het ambtelijk pensioen is het maximumbedrag dat een ambtenaar na een volledige loopbaan kan ontvangen, 70 % van het laatste loon of salaris dat hij gedurende de laatste twee jaar vóór zijn pensionering heeft verdiend. Dit lijkt *meer op een nogal royale voortzetting* van zijn bezoldiging dan op een pensioen dat een basisuitkering in het kader van de sociale zekerheid zou moeten vormen. Ik herinner er nogmaals aan, dat ook ambtenaren in aanmerking komen voor het algemeen pensioen,

24 — Zaak 23/83, aangehaald in voetnoot 23, Jurispr. 1984, blz. 3244.

dat hoe dan ook als basisinkomen bedoeld is. Juist omdat de combinatie van het algemeen pensioen en het ambtelijk pensioen in sommige gevallen tot gevolg zou hebben, dat de gepensioneerde ambtenaar een hoger bedrag aan pensioen zou ontvangen dan zijn laatste loon of salaris, werden de in geding zijnde inbouwregels ingevoerd.

31. Ten slotte moet worden gekeken naar de wijze van financiering van het ambtelijk pensioen. Volgens het zeer gedetailleerde antwoord van het ABP op een schriftelijke vraag van het Hof, geschiedt die financiering nagenoeg volledig op basis van bijdragen van de diverse overheidssectoren die onder de ABPW vallend personeel in dienst hebben. Die bijdragen zijn wettelijk geregeld en zijn vastgesteld op een percentage van het loon of de bezoldiging. Die percentages worden regelmatig aangepast om de zogenoemde kapitaaldekking te verzekeren en om ervoor te zorgen dat het ABP over voldoende, maar niet meer dan de noodzakelijke middelen beschikt om de pensioenen uit te betalen. Een deel van de bijdragen wordt in mindering gebracht op de lonen of salarissen van de ambtenaren.

32. Ik wil er ook aan herinneren, dat het ABP een grote mate van financiële onafhankelijkheid bezit. De bijdragen die de diverse overheidssectoren als werkgever aan het ABP betalen, worden in hun algemene begrotingen opgenomen als salariskosten, terwijl de leningen die het ABP aan de regering verstrekt, tot de algemene staatsschuld behoren.

33. Concluderend lijdt het mijns inziens weinig twijfel, dat de overheid het ambtelijk pensioen verstrekt als werkgever, en niet in het kader van haar algemene sociale politiek. Het ambtelijk pensioen vormt een aanvulling op het basispensioen krachtens de AOW, nagenoeg op gelijke wijze als in geval van particuliere bedrijfspensioenregelingen in Nederland; het wordt betaald uit hoofde van de arbeidsverhouding; er wordt overlegd over de hoogte van de uitkeringen; het pensioen wordt gefinancierd uit bijdragen die de overheid in haar hoedanigheid van werkgever betaalt. Hieruit volgt, dat de regels betreffende de inbouw van het AOW-pensioen in het ABPW-pensioen onderworpen zijn aan het beginsel van gelijke behandeling, neergelegd in artikel 119 EEG-Verdrag.

34. Alvorens op een ander onderwerp over te gaan, zou ik echter nog willen nagaan of het de juiste benadering is, de diverse door mij opgesomde criteria afzonderlijk te onderzoeken, of dat nu een meer rechtlijnige en rechtstreekse benadering kan worden gevolgd. Een dergelijke benadering zou, indien weergegeven in de in deze zaak te geven beslissing, zinvol kunnen zijn voor andere vormen van pensioenregelingen en tot grotere rechtszekerheid kunnen leiden ten aanzien van dit ingewikkelde en financieel belangrijk onderwerp.

35. Het komt mij voor, dat de diverse criteria die ik heb besproken, wellicht nuttig waren toen het nog problemen opleverde om verschillende soorten pensioenregelingen te onderscheiden en in te delen. Dit verklaart wellicht ook, waarom aan de diverse factoren in eerdere zaken verschillend belang is toegekend. Het is de vraag, of zij nog steeds allemaal in aanmerking moeten worden

genomen. Bovendien wijst de onderhavige zaak erop, dat sommige factoren geenszins beslissend zijn. Het feit bij voorbeeld dat de voorwaarden van de regeling zijn neergelegd in een overheidsmaatregel en dat de werkgeversbijdragen worden betaald uit middelen van de staat, is in casu van geen belang, omdat een en ander slechts een gevolg is van het feit, dat de betrokken werknemers in dienst zijn van de staat.

36. Wat van belang lijkt, is dat de werkgever de uitkeringen financiert op grond van de arbeidsverhouding, ongeacht of hij daartoe wettelijk verplicht is. Ik heb reeds vermeld, dat het overlegelement in deze zaak niet essentieel is. Ik geef toe, dat het Hof het verschil tussen wettelijke en consensuele regelingen heeft beklemtoond, niet alleen in het arrest Defrenne II [25], maar onlangs nog in het arrest Ten Oever [26]. Gelijk de regering van het Verenigd Koninkrijk evenwel heeft opgemerkt, hechtte het Hof in de zaak Ten Oever weliswaar belang aan de omstandigheid dat er collectief overleg had plaatsgevonden voordat het in die zaak behandelde stelsel werd ingevoerd, maar is die omstandigheid in andere zaken niet beslissend geacht. Zo werd zij niet relevant geacht bij de toepassing van artikel 119 op de uitkering die aan de orde was in de zaak Rinner-Kühn [27], noch met betrekking tot de uitkering bij ontslag in de zaak Barber [28]. Indien voorafgaand collectief overleg een beslissend criterium zou vormen voor de toepasselijkheid van artikel 119, zou bovendien moeilijk te bepalen zijn, welke mate van collectief overleg noodzakelijk is voor de toepasselijkheid van artikel 119 en in hoeverre er inderdaad collectief overleg heeft plaatsgevonden.

37. Overeenkomstige overwegingen gelden voor de financiering van de regeling. Ook hier behoeft niet al te diep te worden ingegaan op de details van de financieringsmethode. Uit de zaak Barber blijkt, dat uitkeringen uit hoofde van de dienstbetrekking bezoldiging vormen, ongeacht of zij worden betaald door de werkgever, rechtstreeks of via een derde, zoals in Engeland een afzonderlijke beheerder, of via een apart fonds. In de onderhavige zaak is er een apart fonds, waardoor, zoals de Nederlandse regering opmerkt, de situatie enigszins gelijkt op die in de zaak Barber. Maar de uitkeringen maken deel uit van de beloning van de werknemer, ongeacht of er aparte fondsen zijn.

38. De enige factor die mijns inziens echt doorslaggevend is, is de omstandigheid dat de aanspraak van de werknemer op pensioen voortvloeit uit de arbeidsverhouding en kan worden beschouwd als een, zij het toekomstig, onderdeel van zijn bezoldiging. Dit is ten slotte de ratio voor de toepassing van artikel 119 en de grondgedachte van de arresten Bilka en Barber.

39. De aanvaarding van een dergelijk rechtlijnig criterium heeft een aantal voordelen.

25 — Zaak 43/75, aangehaald in voetnoot 22.

26 — Zaak C-109/91, aangehaald in voetnoot 7.

27 — Arrest van 13 juli 1989, zaak 171/88, Rinner-Kühn, Jurispr. 1989, blz. 2743.

28 — Zaak C-262/88, aangehaald in voetnoot 5.

Men vermijdt de arbitraire verschillen die anders tussen verschillende vormen van bedrijfsregelingen zouden kunnen worden gemaakt. Voorts kunnen bedrijfsregelingen in de openbare en die in de particuliere sector gelijk worden gesteld, wat wenselijk kan zijn in een tijdperk waarin de scheidslijn tussen die twee sectoren steeds onduidelijker wordt. Ook vermijdt men het gevaar van rechtsonzekerheid en procedures. Ofschoon de uitbreiding van artikel 119 tot een grotere reeks bedrijfsregelingen de financiële verplichtingen zou kunnen doen toenemen, zijn de risico's veel kleiner sinds het verstrijken van de termijn voor tenuitvoerlegging van richtlijn 86/378 en gelet op de mogelijke beperkingen in de tijd van op artikel 119 gebaseerde vorderingen.

40. Indien, zoals ik heb betoogd, artikel 119 van toepassing is, betekent dat dan dat de richtlijnen 79/7 en 86/378 in casu per definitie irrelevant zijn? Dat kan niet zo maar worden aangenomen. Zoals ik al zei [29], is het duidelijk dat die richtlijnen de draagwijdte van artikel 119 van het Verdrag niet kunnen beperken. Het is in beginsel echter niet uitgesloten, dat zij op de Lid-Staten aanvullende verplichtingen leggen op het gebied van de gelijke behandeling, die ook voor het ambtelijk pensioen en de inbouwregeling gelden. Bovendien hebben de richtlijnen wellicht een andere werking ratione temporis dan artikel 119. Ik doel hier uiteraard op de temporele beperking die het Hof heeft aangebracht in het arrest Barber en waarop ik hierna [30] nog zal terugkomen.

41. Wat richtlijn 79/7 betreft zou men theoretisch kunnen aannemen, dat sommige sociale-zekerheidsregelingen — en misschien inzonderheid een regeling als het ABPW-pensioen, dat bij de wet wordt geregeld, maar alleen geldt voor ambtenaren uit hoofde van hun arbeidsverhouding — zowel onder de bepalingen van de richtlijn als onder artikel 119 vallen. Ik herinner eraan dat de richtlijn ingevolge artikel 3, lid 1, van toepassing is op „wettelijke regelingen".

42. Ik heb er echter moeite mee om een dergelijke cumulatie van voorschriften te aanvaarden. In de eerste plaats had de Raad bij de vaststelling van de richtlijn niet de bedoeling, daaronder sociale-zekerheidsregelingen te doen vallen die ook door artikel 119 gedekt zouden zijn. Aangezien het Hof het begrip „beloning" in de zin van artikel 119 ruim heeft uitgelegd in die zin, dat daar ook bepaalde sociale-zekerheidsregelingen onder vallen, zal de verhouding tussen dit artikel en de richtlijnen 79/7 en 86/378 bovendien wettelijke problemen opleveren. Ik ga er dan ook liever van uit, dat wanneer sociale-zekerheidsregelingen onder artikel 119 vallen, richtlijn 79/7 per definitie niet van toepassing is. Dat zou ook stroken met de hiervoor [31] genoemde uitspraken van het Hof over de verhouding tussen sociale zekerheid en artikel 119, die een duidelijk onderscheid trachten te maken tussen algemene sociale-zekerheidsregelingen en regelingen die in het kader van de dienstbetrekking gelden. Het komt mij dan ook voor, dat

29 — Zie paragraaf 18.
30 — Paragrafen 51 e. v.
31 — Zie paragrafen 19 e. v.

richtlijn 79/7 moet worden geacht alleen te gelden voor algemene sociale-zekerheidsregelingen die minder door de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer dan door overwegingen van sociale politiek worden bepaald. [32]

43. Dit standpunt is evenwel minder gemakkelijk verdedigbaar wanneer het gaat om de verhouding tussen artikel 119 en richtlijn 86/378, betreffende ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid. Deze richtlijn verwijst in haar considerans uitdrukkelijk naar het bepaalde in artikel 119; zij is alleen van toepassing op regelingen die niet onder richtlijn 79/7 vallen; zij verwijst speciaal naar de dienstbetrekking. [33] Bovendien kunnen de bedrijfspensioenregelingen die het Hof in de arresten Bilka en Barber en de op het arrest Barber volgende arresten onder artikel 119 deed vallen, zonder probleem worden geacht onder de werkingssfeer van richtlijn 86/378 te vallen; in de zaak Barber erkende het Hof, dat de richtlijn op de in die zaak aan de orde zijnde regelingen van toepassing kon zijn. [34] Het zou derhalve onjuist zijn om aan te nemen, dat artikel 119 en richtlijn 86/378 elkaar uitsluiten.

44. Voorts zie ik geen reden waarom een regeling als het ABPW-pensioen niet onder de bepalingen van richtlijn 86/378 zou vallen. Zoals gezegd, geldt de richtlijn voor regelingen „die niet vallen onder richtlijn 79/7", hetgeen mijns inziens het geval is met het ABPW-pensioen. Het zou niet te vergezocht zijn om te stellen dat dit pensioen, hoewel het in de wet geregeld is, een regeling is die tot doel heeft

„werknemers of zelfstandigen uit een onderneming, een groep ondernemingen, een tak van de economie of een één of meer bedrijfstakken omvattende sector, prestaties te verstrekken in aanvulling op de prestaties uit hoofde van de wettelijke regelingen op het gebied van de sociale zekerheid of in plaats daarvan (...)" [35]

Uiteraard is de overheid geen onderneming en de openbare dienst geen tak van de economie. Maar men zou zonder meer kunnen spreken van een één of meer bedrijfstakken omvattende sector. En de regeling zou kunnen worden gezien als een aanvulling op de wettelijke sociale-zekerheidsregeling van de AOW.

45. Ik zal hierna derhalve ook onderzoeken, of de voorschriften van richtlijn 86/378 aanvullende verplichtingen op de Lid-Staten leggen, naast die voortvloeiend uit artikel 119, met betrekking tot een pensioenregeling als de ABPW.

32 — Zie voetnoot 17.

33 — Zie artikel 2, lid 1, aangehaald in paragraaf 16.

34 — Zie hierna paragraaf 51.

35 — Artikel 2, lid 1, van de richtlijn.

Het verbod van discriminatie

46. Bij de vraag of de inbouwregels in strijd zijn met het in artikel 119 neergelegde discriminatieverbod, hoef ik niet lang stil te staan. In Defrenne II overwoog het Hof dat

„tot de rechtstreekse discriminaties die reeds met behulp van de criteria van artikel 119 zijn vast te stellen, met name moeten worden gerekend die welke hun oorsprong vinden in wettelijke bepalingen (...) aangezien men zodanige discriminaties door zuiver juridische analyse op het spoor kan komen". [36]

Dit is duidelijk van toepassing op de discriminatie tussen gehuwde mannen en gehuwde vrouwen, die voortvloeit uit de verschillende wettelijke bepalingen voor de inbouw van het algemeen pensioen in het ambtelijk pensioen voor tijdvakken van tewerkstelling in overheidsdienst vóór 1 januari 1986. Aan deze conclusie wordt uiteraard niet afgedaan aan de omstandigheid, dat alleen gehuwden verschillend worden behandeld.

47. De Commissie werpt de vraag op, of een dergelijk verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd, en verwijst daartoe naar de rechtspraak van het Hof dienaangaande in gevallen van indirecte discriminatie. In het arrest Bilka had het Hof met betrekking tot een verschil in behandeling tussen deeltijdwerknemers en voltijdwerknemers, in een situatie waarin de meeste deeltijdwerknemers vrouwen waren, reeds verklaard dat het verbod van discriminatie van toepassing is tenzij het verschil in behandeling „kan worden verklaard op grond van factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht". [37] Naar het oordeel van de Commissie moet een rechtvaardiging ook mogelijk zijn in gevallen van directe discriminatie. Dit laatste wordt door het Verenigd Koninkrijk bestreden.

48. Mijns inziens hoeft het Hof echter niet te beslissen, of de Commissie op dit punt gelijk heeft. In het geval van de inbouwregels voor het ambtelijk pensioen, zie ik geen mogelijke rechtvaardiging die niets van doen heeft met discriminatie. De handhaving van de oude inbouwregels voor pensioenrechten uit hoofde van tijdvakken van tewerkstelling vóór 1 januari 1986, heeft de Nederlandse wetgever wenselijk geacht ter bescherming van de „verkregen rechten" van gehuwde vrouwelijke ambtenaren. [38] Dit kan volgens mij geen rechtvaardiging vormen voor discriminatie, omdat het zou neerkomen op een rechtvaardiging van alle gevallen van discriminatie met betrekking tot pensioenrechten uit hoofde van tijdvakken van tewerkstelling vóór de afschaffing van de discriminatie.

36 — Zaak 43/75, aangehaald in voetnoot 22, r. o. 21.

37 — Zaak 170/84, aangehaald in voetnoot 4, r. o. 30.

38 — Zie hiervoor, paragraaf 9.

Bovendien had de Nederlandse wetgever in 1985 discriminatie zonder meer kunnen voorkomen zonder de „verworven rechten" van gehuwde vrouwen aan te tasten, en wel door gehuwde mannen dezelfde voordelen toe te kennen.

49. Het ABP zal dit laatste wellicht bestrijden met de stelling, dat het geen middelen heeft om de uitkeringen aan gehuwde mannen te verhogen, aangezien het op basis van kapitaaldekking functioneert. Evenwel kunnen budgettaire overwegingen discriminatie evenmin rechtvaardigen. Onlangs nog overwoog het Hof in het arrest Roks het volgende:

„Zou overigens worden aanvaard dat budgettaire overwegingen een rechtvaardiging kunnen vormen voor een verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen, (...) dan zou zulks bovendien impliceren, dat de toepassing en de strekking van een zo fundamenteel gemeenschapsrechtelijk beginsel als dat van gelijke behandeling van mannen en vrouwen zowel in de tijd als in de ruimte kunnen variëren, al naargelang de toestand van de openbare financiën van de Lid-Staten." [39]

Zo het ABP mocht tegenwerpen, dat zijn begroting los staat van de algemene nationale begroting, wil ik erop wijzen dat het ABP in zijn antwoord op de vraag van het Hof heeft verklaard dat het volledig wordt gefinancierd door bijdragen van de werkgevers, met één uitzondering: de Nederlandse Staat vergoedt de extra kosten die verbonden zijn aan de afschaffing van de discriminatie tussen weduwnaars en weduwen.

50. Aangezien ik van oordeel ben, dat de in geding zijnde discriminatie zonder meer onder het verbod van artikel 119 valt, behoeft niet te worden ingegaan op de betekenis van richtlijn 86/378, die niet onder artikel 119 vallende vormen van indirecte discriminatie zou kunnen omvatten. Het spreekt vanzelf, dat dezelfde redenering zou opgaan indien een pensioenregeling als de ABPW zou worden geacht niet onder artikel 119 van het Verdrag, maar onder richtlijn 79/7 te vallen.

Mogelijke beperkingen ratione temporis

51. Nu ik derhalve tot de conclusie ben gekomen, dat het ambtelijk pensioen moet worden beschouwd als een soort bedrijfspensioen, waarop artikel 119 van het Verdrag rechtstreeks toepasselijk is, kom ik thans toe aan de vraag of de werking van het in deze zaak te wijzen arrest wellicht beperkt is in de tijd. In de zaak Barber, waarin het ging om het verschil in pensioengerechtigde leeftijd in het kader van vervangende pensioenregelingen, benaderde het Hof de zaak als volgt. Het wees in de eerste plaats op de ernstige verstoringen waartoe het arrest zou kunnen leiden. Vervolgens merkte het op, dat artikel 7, lid 1, van richtlijn 79/7 de Lid-Staten

39 — Zie zaak C-343/92, aangehaald in voetnoot 10, r. o. 36.

toestond, de voorgeschreven tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling uit te stellen ten aanzien van de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen en de mogelijke gevolgen daarvan voor andere prestaties. Die uitzondering was volgens het Hof overgenomen in artikel 9, sub a, van richtlijn 86/378, dat, aldus het Hof, „van toepassing kan zijn op vervangende regelingen zoals de hier bedoelde". In het licht van deze bepalingen, zo overwoog het Hof, mochten de Lid-Staten en de belanghebbende kringen redelijkerwijze aannemen, dat artikel 119 niet van toepassing was op pensioenen uit hoofde van een vervangende regeling en dat uitzonderingen op het beginsel van gelijkheid van mannen en vrouwen op dit gebied geoorloofd bleven. Onder die omstandigheden, aldus het Hof, „verzetten dwingende overwegingen van rechtszekerheid zich ertegen, dat rechtssituaties waarvan alle gevolgen in het verleden zijn uitgewerkt, weer in geding worden gebracht, daar in dergelijke gevallen het financiële evenwicht van een aantal vervangende pensioenregelingen met terugwerkende kracht verstoord zou kunnen worden". [40] Het Hof besliste dan ook, dat „op de rechtstreekse werking van artikel 119 van het Verdrag geen beroep kan worden gedaan om aanspraak te maken op een pensioen vanaf een tijdstip gelegen vóór de datum van dit arrest, behalve in het geval van werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingediend". In latere arresten besliste het Hof, dat dezelfde temporele beperking voor andere pensioenregelingen geldt, waarbij het die beperking aldus heeft uitgelegd, dat vorderingen met betrekking tot tijdvakken van tewerkstelling vóór de datum van het arrest Barber (dat wil zeggen 17 mei 1990), zijn uitgesloten, met uitzondering van personen die vóór die datum een vordering hebben ingediend: zie de arresten Ten Oever, Neath en Moroni. [41]

52. Het is duidelijk dat, indien deze beperking ook geldt voor het ambtelijk pensioen, op artikel 119 geen beroep kan worden gedaan in geval van discriminatie voortvloeiend uit de inbouwregeling, daar die discriminatie uitsluitend betrekking heeft op pensioenrechten over tijdvakken van tewerkstelling vóór 1 januari 1986. In het geval van Beune behoeft deze vraag echter niet te worden beantwoord, omdat Beune behoort tot de categorie „werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór [de datum van het arrest] een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld". [42] Immers, ofschoon de precieze datum waarop hij zijn vordering heeft ingediend, in de verwijzingsuitspraak niet wordt vermeld, heeft het Ambtenarengerecht daarop op 28 februari 1990, dus drie maanden vóór het arrest Barber, beslist. Dit betekent, dat hij aanspraak kan maken op hetzelfde pensioen als gehuwde vrouwelijke ambtenaren, met een lagere inbouw van AOW-pensioen, zelfs indien de beperking van het arrest Barber moet worden toegepast.

40 — Zie zaak C-262/88, Barber, aangehaald in voetnoot 5, r. o. 44.

41 — Zie zaak C-109/91, Ten Oever, aangehaald in voetnoot 7; zaak C-110/91, Moroni, aangehaald in voetnoot 16; arrest van 22 december 1993, zaak C-152/91, Neath, Jurispr. 1993, blz. I-6935.

42 — Zaak C-262/88, Barber, aangehaald in voetnoot 5, r. o. 45.

53. De Commissie heeft ter terechtzitting evenwel opgemerkt, dat zo de vorderingen moeten worden geacht te zijn gebaseerd op artikel 119, zij moeten worden beperkt tot het deel van het pensioen dat betrekking heeft op tijdvakken van tewerkstelling na de uitspraak van het arrest Defrenne II (8 april 1976), toen het Hof voor het eerst besliste dat artikel 119 rechtstreekse werking heeft en tegelijkertijd de werking van zijn uitspraak ratione temporis beperkte. [43] Ik zal deze opmerking gemakshalve later behandelen.

54. Ofschoon de vordering van Beune niet wordt getroffen door de beperking van het arrest Barber, hebben partijen in het hoofdgeding, de Nederlandse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie een aantal opmerkingen gewijd aan de vraag, of bedoelde beperking ook geldt voor het ambtelijk pensioen, en aan de draagwijdte van deze beperking. De Centrale Raad van Beroep heeft deze vraag uitdrukkelijk in algemene bewoordingen gesteld. En het is uiteraard juist, dat deze vraag haar belang behoudt voor al degenen die in dezelfde positie als Beune verkeren, maar geen procedure hebben ingeleid vóór 17 mei 1990. Het lijkt mij dan ook raadzaam, deze vraag hier te behandelen.

55. Opgemerkt moet worden, dat de beperking in het arrest Barber is geformuleerd in bewoordingen die kennelijk bedoeld zijn om algemeen te gelden. Het Hof overwoog het volgende:

„Op de rechtstreekse werking van artikel 119 van het Verdrag kan geen beroep worden gedaan om aanspraak te maken op een pensioen vanaf een tijdstip gelegen vóór de datum van dit arrest (...)",

behalve door degenen die reeds een procedure aanhangig hadden gemaakt. [44] De antwoorden van het Hof in latere arresten, waarbij de draagwijdte van deze beperking werd verduidelijkt, waren ook algemeen geformuleerd. [45] Het komt mij dan ook voor, dat dezelfde beperking geldt voor het ambtelijk pensioen, uiteraard voor zover het valt aan te merken als een onder artikel 119 vallend bedrijfspensioen.

56. Niettemin betwijfelt de Commissie, of de in het arrest Barber bedoelde beperking hier van toepassing is. Haars inziens ontbreken in casu de factoren die in het geval Barber en de latere gevallen een temporele beperking rechtvaardigden. Ik herinner eraan, dat het Hof in die gevallen naar de in de richtlijnen 79/7 en 86/378 neergelegde uitzonderingen op het gebied van de pensioengerechtigde leeftijd en de uitkeringen aan nagelaten betrekkingen verwees als elementen op grond waarvan de pensioenfondsen hadden kunnen denken, dat het beginsel van

43 — Zie zaak 43/75, aangehaald in voetnoot 22.

44 — Zie paragraaf 51.

45 — Ibidem.

gelijke behandeling niet van toepassing was. Het is inderdaad juist, dat die uitzonderingen in casu irrelevant zijn.

57. De belangrijkste vraag is evenwel, of de Nederlandse regering vóór het arrest Barber ervan uit moest gaan, dat het ambtelijk pensioen onder artikel 119 van het Verdrag viel. Mijns inziens moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. In de eerste plaats werd eerst in het arrest Barber de volledige draagwijdte van artikel 119 ten aanzien van bedrijfspensioenregelingen duidelijk. Naar mijn oordeel mocht de Nederlandse regering in 1985, toen zij de inbouwregels wijzigde, aannemen dat het ambtelijk pensioen niet viel onder het in artikel 119 vervatte discriminatieverbod, noch onder dat van richtlijn 79/7. Zoals ter terechtzitting is opgemerkt, moet men voor ogen houden dat er destijds geen rechtspraak bestond over de toepassing van artikel 119 op bedrijfspensioenregelingen. Er was evenmin rechtspraak over de uitlegging van richtlijn 79/7, inzonderheid het feit dat discriminatie op het gebied van de betaling van uitkeringen verboden was vanaf 23 december 1984, zelfs voor zover het de werking van wetgeving van eerdere datum betrof. Voorts kon op grond van artikel 3, lid 3, van richtlijn 79/7 worden aangenomen, dat de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling in bedrijfspensioenregelingen een aangelegenheid was waarvoor nog een wettelijke regeling moest worden getroffen. [46] In 1986 werd weliswaar het arrest Bilka uitgesproken, maar kort daarna stelde de Raad richtlijn 86/378 vast, waarvan artikel 8, lid 2, een uitzondering bevat die de inbouwregels van de ABPW omvat. [47] En het spreekt vanzelf, dat de Nederlandse regering na het arrest Barber, met zijn beperking ratione temporis, wederom ervan uit kon gaan dat zij haar regels niet hoefde te wijzigen, daar er slechts discriminatie bestond ten aanzien van tijdvakken van tewerkstelling vóór de datum van het arrest, met name gezien de ruime manier waarop het Hof de werking in de tijd van zijn arrest beperkte.

58. Ik kom daarmee tot de conclusie, dat er ook in de onderhavige zaak doorslaggevende overwegingen van rechtszekerheid bestaan die een beperking in de tijd noodzakelijk maken. Uiteraard zou men zich dan op het standpunt kunnen stellen, dat aangezien voor die overwegingen hier niet precies dezelfde redenen gelden als in de zaak Barber, er een nieuwe temporele beperking zou moeten worden gesteld, gebaseerd op de datum van het arrest in deze zaak. Om voor de hand liggende redenen van coherentie en duidelijkheid acht ik dat evenwel niet passend. Voorts zou die oplossing niet stroken met de rechtspraak van het Hof. Ik geef toe dat in de zaak Ten Oever de rechtvaardiging voor een temporele beperking evenmin precies dezelfde was als in de zaak Barber, omdat eerstgenoemde zaak betrekking had op uitkeringen aan nagelaten betrekkingen en niet

46 — Zie bij voorbeeld de gevoegde zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, Verholen e. a., aangehaald in voetnoot 9.

47 — Zie paragraaf 16 en de paragrafen 51 e. v.

op een verschil in pensioengerechtigde leeftijd. [48] Niettemin paste het Hof dezelfde beperking toe als in de zaak Barber, zonder hoe dan ook de aandacht te vestigen op enigerlei specifieke rechtvaardiging. [49] Evenmin bevatten de na het arrest Barber gedane uitspraken enigerlei aanwijzing, dat de beperking in de tijd alleen geldt voor discriminatie als gevolg van verschillen in pensioengerechtigde leeftijd of in uitkeringen aan nagelaten betrekkingen.

59. Alles welbeschouwd is het antwoord op de vraag niet van belang voor de thans in geding zijnde discriminatie, voor zover het de betrokken tijdvakken van tewerkstelling betreft. Die tijdvakken zijn immers alle hoe dan ook gelegen vóór 17 mei 1990 (Barber) en vóór het arrest in de onderhavige zaak (ofschoon dit wellicht gevolgen kan hebben voor vorderingen die tussen deze twee data zijn ingediend). Evenwel moet ook worden onderzocht, wat de gevolgen zouden zijn in andere gevallen betreffende bedrijfspensioenregelingen, zo mocht worden beslist dat een nieuwe beperking in de tijd noodzakelijk zou zijn zo niet de rechtvaardigingen van het arrest Barber en de daarna gewezen arresten, maar andere rechtvaardigingen zouden gelden. Het paradoxale resultaat zou zijn, dat in al die gevallen gelijke behandeling slechts verplicht zou zijn voor tijdvakken van tewerkstelling na de datum van die toekomstige arresten. Dat lijkt mij echter een al te genereus uitstel van de verwezenlijking van het beginsel van gelijke behandeling.

60. Aangezien de conclusie mijns inziens moet luiden, dat de temporele beperking van het arrest Barber van toepassing is, behoeft niet te worden ingegaan op de werking van het Protocol bij artikel 119, aan het EG-Verdrag gehecht bij het Verdrag betreffende de Europese Unie. Zoals ik al zei [50], bepaalt dit Protocol op algemene wijze, dat uitkeringen uit hoofde van ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid niet als beloning in de zin van artikel 119 moeten worden beschouwd, indien en voor zover zij kunnen worden toegerekend aan tijdvakken van arbeid vóór 17 mei 1990 (de datum van het arrest Barber). Volgens advocaat-generaal Van Gerven moet deze bepaling slechts worden gezien als een „declaratoire inhoudsbepaling die aan artikel 119 en de rechtspraak van het Hof wordt gegeven". [51] Dit is inderdaad de benadering die het meest rekening houdt met het „acquis communautaire", dat het Verdrag betreffende de Europese Unie dient te handhaven en verder te ontwikkelen. [52] Zoals gezegd evenwel, behoeft de werking van het Protocol hier niet te worden onderzocht, aangezien Beune zijn procedure heeft ingeleid vóór de

48 — Zaak C-109/91, aangehaald in voetnoot 7. Het is juist, dat het verschil tussen de zaken Barber en Ten Oever kleiner is dan het verschil tussen de zaak Barber en de onderhavige zaak, daar in beide eerdere zaken de discriminatie verband hield met de in de richtlijnen 79/7 en 86/378 genoemde uitzonderingen.

49 — Op dit punt volgde het Hof niet de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven, die het standpunt innam, dat een nieuwe beperking in de tijd, gebaseerd op de datum van het arrest in die zaak, moest worden ingevoerd: zie paragraaf 51 van de conclusie.

50 — Zie paragraaf 13.

51 — Conclusie van 28 april 1993 in gevoegde zaken C-109/91, C-110/91, C-152/91 en C-200/91, Ten Oever e. a., paragraaf 23.

52 — Artikel B van dit Verdrag. Ingevolge artikel L van het Verdrag strekt de bevoegdheid van het Hof zich evenwel niet tot dat artikel uit.

uitspraak van het arrest Barber en aangezien naar mijn oordeel in ieder geval dezelfde temporele beperkingen geldt voor het ambtelijk pensioen dat deel uitmaakt van de beloning (in de zin van artikel 119) van Nederlandse ambtenaren.

61. Dan kom ik thans toe aan de vraag, of richtlijn 86/378 iets toevoegt aan de temporele draagwijdte van het discriminatieverbod. Deze vraag is niet van belang voor Beune, maar zij zou dat wel kunnen zijn voor andere Nederlandse ambtenaren, die nog geen vordering hebben ingediend en mijns inziens derhalve aan de beperking in de tijd van het arrest Barber onderworpen zijn, hetgeen betekent dat zij op artikel 119 geen beroep kunnen doen om op te komen tegen de uit de inbouwregels voortvloeiende discriminatie. De richtlijn moest op 1 januari 1993 volledig zijn omgezet. Betekent dit nu dat vanaf die datum — evenals bij richtlijn 79/7 [53] — alle discriminatie op het gebied van de betaling van uitkeringen verboden is, ook indien zij betrekking heeft op tijdvakken van tewerkstelling vóór 1 januari 1986? Voor zover het van toepassing is op pensioenen krachtens de ABPW, hangt het antwoord op deze vraag af van de uitlegging die moet worden gegeven aan artikel 8, lid 2, van richtlijn, luidend als volgt:

„Deze richtlijn belet niet dat de rechten en verplichtingen die verband houden met een periode van aansluiting bij een ondernemings- of sectoriële regeling die voorafging aan de herziening van deze regeling, blijven vallen onder de bepalingen van de regeling die van kracht was tijdens bedoelde periode."

Op het eerste gezicht dekt deze uitzondering ook de inbouwregels van de ABPW: de herziening van deze regels, doorgevoerd om een gelijke behandeling in te voeren, strekt zich niet uit tot pensioenrechten over eerdere periodes van aansluiting. Die rechten blijven aan de oude regeling onderworpen.

62. De Commissie betoogt evenwel, dat deze uitzondering niet geldt voor de inbouwregels van de ABPW, met betrekking tot tijdvakken van tewerkstelling vóór 1 januari 1986, omdat de herziening van die regels plaatsvond vóór de vaststelling van richtlijn 86/378. Dit argument acht ik onaanvaardbaar. Het komt erop neer, dat een Lid-Staat die zijn wetgeving aan het beginsel van gelijke behandeling heeft aangepast vóór de vaststelling van de richtlijn, zich niet op de uitzondering kan beroepen, terwijl Lid-Staten die de gelijke behandeling eerst hebben ingevoerd toen de richtlijn hun daartoe

53 — Zie hiervoor, paragraaf 15.

verplichtte, gerechtigd zouden zijn, uitzonderingen voor rechten en verplichtingen betreffende eerdere tijdvakken van tewerkstelling te handhaven. Dit kan niet juist zijn. Bovendien wijst niets in de richtlijn erop, dat de in artikel 8, lid 2, bedoelde herziening noodzakelijkerwijs de herziening ter uitvoering van de richtlijn is. Ook moet men de algemene regel voor ogen houden, dat wanneer nationale voorschriften reeds met een richtlijn stroken voordat deze wordt vastgesteld, de betrokken Lid-Staat in het geheel geen maatregelen hoeft te treffen. [54] Dit laatste lijkt nu juist het geval te zijn met Nederland, voor wat betreft de uitzondering van artikel 8, lid 2, zoals toegepast op de inbouwregels van de ABPW.

63. Ik ben dan ook van oordeel, dat voor zover richtlijn 86/378 ook geldt voor de pensioenregeling van de ABPW, de uitzondering van artikel 8, lid 2, zich ertegen verzet dat mannelijke gehuwde ambtenaren zich erop beroepen dat de discriminatie met betrekking tot tijdvakken van tewerkstelling vóór 1 januari 1986 (de enige tijdvakken die met betrekking tot die regeling in geding zijn), onverenigbaar is met de richtlijn, voor zover het gaat om na 1 januari 1993 uitbetaalde pensioenen. Bijgevolg kan de discriminatie voortvloeiend uit de thans in geding zijnde Nederlandse bepalingen, niet worden aangevochten op basis van richtlijn 86/378.

64. De volgende vraag luidt of, zo het Hof mocht oordelen dat niet artikel 119, maar richtlijn 79/7 van toepassing is op de pensioenregeling van de ABPW, een beperking in de tijd moet worden toegepast. Het ABP en de Nederlandse regering betogen dat, aangezien het ABP op basis van kapitaaldekking functioneert, het Hof in het belang van de rechtszekerheid zou moeten beslissen dat op het verbod van discriminatie slechts een beroep kan worden gedaan voor pensioenuitkeringen over tijdvakken van tewerkstelling na de datum waarop aan de richtlijn uitvoering moest zijn gegeven, dat wil zeggen 23 december 1984. Zij zien dit niet als een temporele beperking van de werking van het in deze zaak door het Hof te wijzen arrest, maar als een algemene uitlegging van de strekking van richtlijn 79/7. Die uitlegging zou echter in strijd zijn met de vaste rechtspraak volgens welke richtlijn 79/7 iedere discriminatie bij de betaling van uitkeringen na die datum verbiedt, ook voor zover het gaat om de gevolgen van eerdere wetgeving. [55] Ik geef toe, dat het element kapitaaldekking deze benadering tot op zekere hoogte kan rechtvaardigen. Niettemin acht ik haar onaanvaardbaar. Zij zou betekenen, dat in de toekomst, in afwijking van de bestaande rechtspraak, onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen socialezekerheidsregelingen die op basis van kapitaaldekking functioneren en andere regelingen. Voor eerstbedoelde regelingen zou de toepassing van het in richtlijn 79/7 neergelegde beginsel van gelijke behandeling

54 — Vergelijk arrest van 23 mei 1985, zaak 29/84, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1985, blz. 1661, r. o. 23.

55 — Zie paragraaf 15.

worden uitgesteld voor zover het pensioen betrekking heeft op tijdvakken van tewerkstelling vóór 23 december 1984. Daarmee zou de draagwijdte van de gemeenschapsrechtelijke regels op het gebied van gelijke behandeling nog onduidelijker worden. Er zouden waarschijnlijk ingewikkelde problemen ontstaan rond de vraag, welke pensioenregelingen onder deze nieuwe benadering vallen en welke niet.

65. De achterliggende gedachte van het argument van het ABP en de Nederlandse regeling zou echter kunnen zijn, dat zij niet konden voorzien dat richtlijn 79/7 ook gold voor de regeling van de ABPW, en dat dringende overwegingen van rechtszekerheid een nieuwe beperking in de tijd rechtvaardigen, in dier voege dat, ofschoon de richtlijn rechten op gelijke behandeling toekent ten aanzien van eerdere tijdvakken van tewerkstelling, die rechten met betrekking tot een regeling als de ABPW slechts kunnen worden ingeroepen door degenen die reeds een vordering hebben ingediend. Dit wordt gesteund door het feit dat in 1985, toen de Nederlandse wetgever de inbouwregels wijzigde, de verhouding tussen de betrokken voorschriften van gemeenschapsrecht en de in geding zijnde pensioenregeling zoals gezegd geenszins duidelijk was. [56] Die overwegingen zijn geldig, ongeacht hoe het Hof de regeling kwalificeert. De rechtszekerheid zou derhalve wederom op het spel staan. Dit laatste, gecombineerd met de financiële gevolgen die volledig retroactieve gelijke behandeling zou meebrengen voor het ABP, zou een nieuwe beperking in de tijd rechtvaardigen.

66. Tot slot kom ik terug op de vraag, of een vordering als die van Beune slechts moet worden toegewezen voor zover zijn pensioen betrekking heeft op tijdvakken van tewerkstelling na de datum van Defrenne II (8 april 1976), zoals de Commissie suggereert. Op het eerste gezicht kan dit vreemd lijken, daar de discriminatie waarover Beune zich beklaagt, eerst is ingetreden in 1988, toen hij zijn pensioen is gaan ontvangen. Niettemin geloof ik, dat de Commissie gelijk heeft. De daadwerkelijke grondslag van zijn vordering krachtens artikel 119 is, dat zijn pensioen uitgesteld loon is, terwijl zijn vordering bovendien, anders dan in de zaak Barber het geval was, betrekking heeft op specifieke tijdvakken van tewerkstelling in het verleden. Het zou onlogisch zijn, indien vorderingen met betrekking tot uitgesteld loon zonder beperking betrekking konden hebben op tijdvakken in het verleden (en mogelijk zelfs op een tijdvak vóór de inwerkingtreding van het Verdrag), indien vorderingen inzake niet-uitgesteld loon slechts kunnen worden toegewezen ten aanzien van tijdvakken na de datum van het arrest waarbij aan artikel 119 rechtstreekse werking is toegekend. Uiteraard zijn de mogelijke financiële gevolgen die het Hof in Defrenne II hebben beïnvloed, hier van veel kleinere betekenis. Bovendien wordt met deze temporele beperking een onderscheid ingevoerd tussen pensioenaanspraken die rechtstreeks op tijdvakken van tewerkstelling zijn gebaseerd en andere pensioenaanspraken, hetgeen als een ongelukkige complicatie kan worden gezien. Indien men pensioenen onder artikel 119 laat

56 — Zie paragraaf 57.

vallen, lijkt het mij echter niet meer dan logisch dat vorderingen gebaseerd op specifieke tijdvakken van tewerkstelling op overeenkomstige wijze worden beperkt als andere vorderingen ter zake van gelijke beloning.

Conclusie

67. Gelet op het voorgaande ben ik van oordeel, dat de door de verwijzende rechter gestelde vragen moeten worden beantwoord als volgt, met gebruikmaking van de, zoals gezegd, ook voor andere gevallen dienstige formule, dat uitkeringen die worden betaald uit hoofde van een andere pensioenregeling dan een algemene sociale-zekerheidsregeling, steeds beloning vormen wanneer de werknemer zijn recht op de uitkeringen aan de dienstbetrekking ontleent:

1) Uitkeringen die worden betaald uit hoofde van een pensioenregeling voor ambtenaren en andere werknemers in de overheidssector, moeten als beloning in de zin van artikel 119 EEG-Verdrag worden aangemerkt, wanneer de werknemer zijn recht op de uitkeringen aan de dienstbetrekking ontleent.

2) Op de rechtstreekse werking van artikel 119 van het Verdrag kan geen beroep worden gedaan om aanspraken op dergelijke uitkeringen geldend te maken die zijn gebaseerd op tijdvakken van tewerkstelling vóór de datum van het arrest Barber (17 mei 1990), behalve in het geval van werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingediend.

3) Wanneer een aanspraak op dergelijke uitkeringen kan worden gebaseerd op een tijdvak van tewerkstelling vóór de datum van het arrest Barber, kan op de rechtstreekse werking van artikel 119 geen beroep worden gedaan met betrekking tot een aanspraak gebaseerd op een tijdvak van tewerkstelling vóór de datum van het arrest Defrenne II (8 april 1976).