CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL W. VAN GERVEN van 15 juli 1993 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. In deze zaak verzoekt de Court of Appeal of England and Wales het Hof om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over artikel 119 EEG-Verdrag. De gestelde vragen zijn gerezen in het kader van een geschil tussen Birds Eye Walls Limited (hierna: „Birds"), appellante in het hoofdgeding, en mevrouw Roberts, geïntimeerde in het hoofdgeding.

Achtergrond

2. Roberts werd op 13 juni 1930 geboren en trad op 16 februari 1970 in dienst bij Birds, een dochteronderneming uit de Unilever-groep. Op 14 augustus 1987, 57 jaar en 2 maanden oud, ging ze om gezondheidsredenen met pensioen.

Haar pensioensituatie laat zich het best als volgt samenvatten. Sinds haar zestigste verjaardag, dus vanaf 13 juni 1990, heeft ze recht op een *overheidspensioen*. De pensioengerechtigde leeftijd voor dit overheidspensioen is vastgesteld op 60 jaar voor vrouwen en 65 jaar voor mannen. Daarnaast heeft ze recht op betalingen vanwege een *bedrijfspensioen van Unilever*. [1] De pensioengerechtigde leeftijd onder deze bedrijfspensioenregeling was ten tijde van de feiten eveneens vastgesteld op 60 jaar voor vrouwen en 65 jaar voor mannen. [2] Ter zitting is gebleken dat ze ondertussen in die zin werd aangepast, dat vrouwen en mannen tussen 60 en 65 jaar onder dezelfde voorwaarden op pensioen kunnen gaan.

3. Naast het overheidspensioen en het Unilever-bedrijfspensioen, komt Roberts ook in aanmerking voor een volledig door Birds gefinancierd *aanvullend pensioen*, bestemd voor werknemers die het bedrijf om gezondheidsredenen moeten verlaten vooraleer ze de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt. Dit aanvullende pensioen heeft vooreerst tot doel, deze werknemers een zelfde pensioen te verzekeren als collega's die wel in staat zijn om tot aan de pensioengerechtigde leeftijd te blijven werken. Voorts wil het ervoor zorgen dat mannelijke en vrouwelijke werknemers een identiek totaal pen-

1 — Het betreft een bedrijfspensioen van het zogeheten „contributory contracted-out" type. Eigen aan „contracted-out" bedijfspensioenen is dat ze, althans voor de toegetreden werknemers, het wettelijk pensioen gedeeltelijk vervangen. Zie arrest van 3 december 1987, zaak 192/85, Newstead, Jurispr. 1987, blz. 4753, r. o. 3. Dat het om een „contributory" regeling gaat, betekent dat de werknemers het pensioen via bijdragen mee financieren.

2 — Niettemin blijkt uit het dossier dat Roberts reeds vóór het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd uitkeringen heeft ontvangen vanwege het Unilever-bedrijfspensioen. De voorwaarden waaronder dit gebeurde, zijn niet geheel duidelijk. Ze staan echter ook niet in geding (infra, punt 8).

* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

sioen (bedrijfspensioen plus overheidspensioen) ontvangen.

Alhoewel de betrokken werknemers strikt genomen geen recht kunnen laten gelden op dit aanvullende pensioen, dat ze ook niet mee financieren, wordt het hen in de praktijk op systematische basis toegekend. Geen van de gedingpartijen betwist overigens dat het aanvullende pensioen een „beloning" uitmaakt in de zin van artikel 119 van het Verdrag (infra, punt 11).

4. Ter bepaling van de omvang van de aanvullende pensioenbetalingen, berekent Birds voor elke begunstigde eerst een zogenaamd „Gross Retirement Pension" (hierna: „GRP"). Birds baseert zich daarbij op het laatstgenoten salaris van de betrokken werknemers en op de anciënniteit die deze zouden hebben verworven indien ze tot de normale pensioengerechtigde leeftijd in dienst zouden zijn gebleven. Via het GRP, dat vanzelfsprekend enkel in theorie bestaat, bepaalt Birds aldus op welke globale pensioensom werknemers die het bedrijf om gezondheidsredenen hebben moeten verlaten, recht zouden hebben gehad indien ze gewoon hadden kunnen blijven verder werken.

Daarbij draagt Birds er zorg voor dat het in aanmerking te nemen GRP precies even hoog ligt voor mannen als voor vrouwen. Indien het GRP van een welbepaalde begunstigde om welke reden dan ook lager uitvalt dan dat van een vergelijkbare collega van het andere geslacht, dan wordt het opgetrokken tot het niveau van die — reële of denkbeeldige — collega. [3]

5. Eenmaal het GRP berekend werd, betaalt Birds als aanvullend pensioen dat deel van het GRP uit, waarop de betrokkene niet reeds onder andere pensioenregelingen aanspraak kan maken. Aan werknemers die het bedrijf om gezondheidsredenen moeten verlaten, keert Birds aldus het verschil uit tussen enerzijds hun GRP en anderzijds de pensioenen die ze vanwege de overheid en/of vanwege Unilever kunnen bekomen.

6. De concrete uitwerking van dit principe verschilt echter naargelang het geslacht van de begunstigde. Om daarin klaar te zien, onderscheidt men binnen de volledige periode van pensionering, dat is de periode vanaf het ontslag om gezondheidsredenen tot aan het overlijden, drie deelperiodes.

Vanaf het ogenblik dat ze het bedrijf verlaten tot aan hun 60ste verjaardag (eerste deelperiode) hebben mannen noch vrouwen recht op een overheidspensioen. De betalingen die ze eventueel vanwege het Unilever-bedrijfspensioen ontvangen [4], kunnen variëren naargelang het geslacht van de begunstigde. Het door Birds uitgekeerde aanvullende pensioen compenseert echter deze variatie, zodat mannelijke en vrouwelijke ex-werknemers uiteindelijk een identieke som aan (bedrijfs)pensioenbetalingen ontvangen.

3 — Bij de vaststelling van het GRP van Roberts heeft dergelijke aanpassing plaatsgevonden. Toen bleek dat haar GRP 1 295 UKL per jaar bedroeg, terwijl dat van een mannelijke collega in een vergelijkbare situatie 1 302 UKL zou bedragen, trok Birds haar GRP op tot 1 302 UKL.

4 — Supra, voetnoot 2.

Tussen 60 en 65 jaar (tweede deelperiode) hebben vrouwen reeds recht op een overheidspensioen maar mannen nog niet. Birds vermindert dan de aanvullende pensioenbetalingen aan vrouwelijke ex-werknemers met het bedrag dat zij aan overheidspensioen ontvangen, terwijl mannelijke gepensioneerden het aanvullend pensioen blijven ontvangen dat ze ook vóór hun 60ste genoten. Dit heeft tot gevolg dat vrouwelijke en vergelijkbare mannelijke ex-werknemers weliswaar eenzelfde totaal pensioen blijven ontvangen maar dat — in tegenstelling tot de vorige periode — mannen meer aanvullend pensioen ontvangen dan vrouwen.

Vanaf 65 jaar (derde deelperiode) hebben ook mannen recht op een overheidspensioen. Ook hun aanvullende pensioen vermindert Birds dan met het bedrag aan overheidspensioen waarop ze aanspraak kunnen maken. In de mate dat mannen tijdens deze periode een hoger overheidspensioen ontvangen dan hun vrouwelijke collega's in vergelijkbare omstandigheden, ontvangen ze vanwege Birds een lager aanvullend pensioen dan die vrouwelijke collega's.

7. Samenvattend stelt de Court of Appeal vast dat Birds, bij de toekenning van aanvullende pensioenen, een onmiskenbaar en rechtstreeks op het geslacht gebaseerd onderscheid hanteert tussen mannen en vrouwen. Nu echter tevens blijkt dat Birds handelwijze „ten doel en ten gevolge heeft, dat het totale pensioeninkomen (overheidspensioen plus beroepspensioen) van geïntimeerde wordt gelijkgetrokken met dat van een mannelijke collega in een gelijke situatie", is de eerste en centrale prejudiciële vraag erop gericht, van het Hof te vernemen of Birds handelwijze al dan niet in strijd is met artikel 119 van het Verdrag.

Vooraleer tot de behandeling van deze eerste vraag over te gaan, verwijs ik voor een verdere uiteenzetting van de feiten en voor een weergave in extenso van de prejudiciële vragen naar het rapport ter terechtzitting.

De eerste prejudiciële vraag

Draagwijdte van het geschil

8. Het lijkt me nodig te verduidelijken welke de precieze draagwijdte is van het bodemgeschil dat tot deze prejudiciële vraag heeft geleid.

Het bestaan van verschillen in pensioengerechtigde leeftijd tussen vrouwen en mannen, destijds gehanteerd in het kader van het Unilever-bedrijfspensioen en nog steeds van kracht inzake het overheidspensioen (supra, punt 2), staat hier niet in geding. Ook het concept en de berekening van het GRP, zoals ik die hiervoor heb uiteengezet, vecht Roberts niet aan. Ten slotte vecht ze evenmin de wijze aan waarop Birds aanvullende pensioe-

nen uitkeert aan ex-werknemers tot 60 jaar (eerste deelperiode, supra punt 6) en vanaf 65 jaar (derde deelperiode, supra, punt 6).

9. De wijze echter waarop Birds de hoogte berekent van het zogenaamde „bridging pension", dit is het pensioen voor ex-werknemers tussen 60 en 65 jaar (tweede deelperiode, supra punt 6), acht ze in strijd met artikel 119 van het Verdrag. Met name betoogt Roberts, aldus het verwijzende rechtscollege,

„dat de omstandigheid dat zij van een derde partij (in casu de staat) een pensioenuitkering ontvangt waarop een mannelijke collega in een gelijke situatie geen recht heeft, irrelevant is en geen afbreuk kan doen aan de krachtens artikel 119 op de werkgever rustende verplichting, haar en haar mannelijke collega's die in een gelijke situatie verkeren, gelijk te betalen".

10. Zoals bekend, dienen de Lid-Staten conform artikel 119 van het Verdrag de toepassing te verzekeren van het „beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid". Het Hof heeft zich meermaals uitgesproken over de precieze draagwijdte van artikel 119. Sinds het eerste arrest Defrenne van 25 mei 1971 heeft het Hof een ruime interpretatie gegeven aan het begrip „beloning" [5], terwijl het sinds het tweede arrest Defrenne van 8 april 1976 [6] vaststaat dat artikel 119 rechtstreeks kan worden ingeroepen tegen

„alle vormen van rechtstreekse en openlijke discriminaties, die reeds met behulp van de in genoemd artikel vermelde criteria ‚gelijke arbeid' en ‚gelijke beloning' als zodanig zijn te herkennen". [7]

Voorts oordeelde het Hof dat de in artikel 119 gestelde eisen niet gelden ten aanzien van discriminaties die voortvloeien uit sociale-zekerheidsstelsels en-uitkeringen, met name ouderdomspensioenen [8], maar wel gelden ten aanzien van „contracted-out" bedrijfspensioenregelingen. [9] Met betrekking tot deze laatste stelde het Hof dat

„de vaststelling van een naar geslacht verschillende leeftijd voor pensioenen die worden betaald in het kader van een vervangende regeling, in strijd [is] met artikel 119, zelfs indien het verschil in pensioengerechtigde leeftijd voor mannen en vrouwen is gebaseerd op het in de nationale wettelijke regeling voorziene verschil". [10]

11. Geen van de gedingpartijen betwist dat het nu in geding staande aanvullende pensioen een „beloning" uitmaakt in de zin van artikel 119 van het Verdrag en dat Roberts zich voor de nationale rechter rechtstreeks op artikel 119 kan beroepen om de wijze aan te vechten waarop Birds dat aanvullende pensioen toekent. Op grond van de overwe-

5 — Arrest van 25 mei 1971, zaak 80/70, Defrenne, Jurispr. 1971, blz. 445, r. o. 6, laatstelijk bevestigd in arrest van 17 februari 1993, zaak C-173/91, Commissie/België, Jurispr. 1993, blz. I-673, r. o. 13.

6 — Zaak 43/75, Defrenne, Jurispr. 1976, blz. 455.

7 — Arrest van 27 maart 1980, zaak 129/79, Macarthys, Jurispr. 1980, blz. 1275, r. o. 10, bevestigd in arrest van 17 mei 1990, zaak C-262/88, Barber, Jurispr. 1990, blz. I-1889.

8 — Arrest Defrenne I, r. o. 12.

9 — Arrest Barber, r. o. 28.

10 — Arrest Barber, r. o. 32. Het Hof beperkte evenwel de werking van zijn arrest in de tijd. De interpretatie van deze beperking in de tijd staat centraal in de hangende zaken C-109/91, Ten Oever, C-110/91, Moroni, C-152/91, Neath en C-200/91, Coloroll. Zie hierover mijn conclusie van 28 april 1993.

ging dat het Hof het begrip „beloning" ruim interpreteert en artikel 119 in het verleden reeds van toepassing heeft verklaard op bedrijfspensioenen van zowel het vervangende [11] als het niet-vervangende [12] type, kan ik me bij deze opvatting van partijen aansluiten.

Tussen partijen wordt er wel over getwist of de wijze waarop Birds een aanvullend pensioen toekent aan ex-werknemers die het bedrijf om gezondheidsredenen hebben moeten verlaten en tussen 60 en 65 jaar oud zijn, een directe dan wel een indirecte discriminatie van vrouwelijke ex-werknemers vormt en of deze discriminatie al dan niet te rechtvaardigen valt. Daarbij verdedigen Roberts en de Court of Appeal de opvatting dat alleen een indirecte discriminatie te rechtvaardigen zou zijn, terwijl de Commissie en Birds menen dat zowel directe als indirecte discriminaties gerechtvaardigd kunnen worden.

Mogelijkheid tot objectieve rechtvaardiging afhankelijk van het direct of indirect karakter van discriminatie?

12. De stelling volgens dewelke het direct of indirect karakter van een discriminatie [13] een doorslaggevende rol zou spelen ter bepaling van de mogelijkheid tot rechtvaardiging van die discriminatie [14], acht ik problematisch.

Birds voert aan dat het Hof inzake op geslacht gebaseerde discriminatie het bestaan van rechtvaardigingsgronden tot nu toe slechts heeft aangenomen in het kader van gevallen van indirecte discriminatie [15], terwijl het Hof gevallen van directe discriminatie tot nu toe als niet te rechtvaardigen heeft beschouwd. [16] Ik wil dit niet tegenspreken maar ben, in tegenstelling tot Roberts, het verwijzende rechtscollege en de regering van het Verenigd Koninkrijk, van oordeel dat hieruit niet mag worden afgeleid dat een directe discriminatie *nooit* objectief te rechtvaardigen zou zijn. Het Hof zelf heeft dergelijke afleiding alleszins nooit gemaakt. Integendeel, al moge het Hof bij de *toepassing* van zijn discriminatiebegrip op concrete gevallen van op geslacht gebaseerde discriminatie enkel indirecte discriminaties als te rechtvaardigen hebben beschouwd, dan neemt dit niet weg dat het Hof bij de *definiëring* van datzelfde discriminatiebegrip juist in erg algemene termen naar de mogelijkheid tot rechtvaardiging verwijst. Inderdaad, conform vaste rechtspraak ligt een ongeoorloofde discriminatie slechts dan voor, wanneer

11 — Arrest Barber.

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

13 — Zie over dit onderscheid reeds het arrest Defrenne II, supra voetnoot 7, r. o. 18.

14 — Volgens de Commissie is het juister te spreken over de rechtvaardiging van een (al dan niet directe) ongelijkheid in behandeling dan over de rechtvaardiging van een discriminatie. Een discriminatie is volgens haar immers per definitie een ongelijke behandeling van vergelijkbare situaties (of een gelijke behandeling van onvergelijkbare situaties) *die niet objectief gerechtvaardigd kan worden*. Ik geef toe dat zulke terminologie inderdaad juister zou zijn, maar houd het hier toch bij het in de rechtspraak van het Hof ingeburgerde woordgebruik, volgens hetwelk de begrippen „ongelijke behandeling" en „discriminatie" als synoniemen worden gebruikt. Zie bij voorbeeld rechtsoverweging 32 van het arrest Barber, waar het Hof stelt dat „artikel 119 elke *discriminatie* tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers op het gebied van de beloning verbiedt, ongeacht het stelsel waarvan *deze ongelijkheid* het gevolg is" (cursivering van mij).

15 — Arrest van 31 maart 1981, zaak 96/80, Jenkins, Jurispr. 1981, blz. 911, r. o. 10-15; arrest Bilka, r. o. 29 e. v.; arresten van 13 juli 1989, zaak 171/88, Rinner-Kühn, Jurispr. 1989, blz. 2757, r. o. 12, en 27 juni 1990, zaak C-33/89, Kowalska, Jurispr. 1990, blz. I-2591, r. o. 15 en 16.

16 — Zie arrest Barber, r. o. 32 en arrest van 8 november 1990, zaak C-177/88, Dekker, Jurispr. 1990, blz. I-3941, r. o. 12.

„vergelijkbare situaties op verschillende wijzen behandel[d] en daardoor bepaalde betrokkenen in vergelijking met anderen benadeel[d worden], zonder dat dit onderscheid in behandeling door het bestaan van objectieve verschillen van een zeker gewicht wordt gerechtvaardigd". [17]

Overigens oordeelde het Hof in het arrest Ruckdeschel van 19 oktober 1977 [18] met betrekking tot een in het EEG-Verdrag opgenomen discriminatieverbod [19]

„dat niettemin het in genoemd artikel vervatte discriminatieverbod slechts een bijzondere uitdrukking is van het algemene gelijkheidsbeginsel, dat een der grondprincipes van het gemeenschapsrecht is".

Recent nog, in een arrest van 7 juli 1993, omschreef het Hof dit gelijkheidsbeginsel als volgt:

„Volgens vaste rechtspraak vereist het beginsel van gelijke behandeling als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld en dat verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij dat verschil objectief gerechtvaardigd is." [20]

13. Redelijkerwijze kan men dus niet stellen dat het Hof de mogelijkheid tot rechtvaardiging van een discriminatie in het verleden tot gevallen van indirecte discriminatie heeft beperkt. Het lijkt me evenmin wenselijk dat het Hof zulks voor de toekomst zou doen, met name omdat directe en indirecte discriminaties niet altijd even duidelijk van elkaar te onderscheiden zijn. De nu voorliggende zaak biedt daarvan een mooi voorbeeld. Zoals de Commissie aangeeft, kan Birds pensioenpolitiek immers als een directe maar ook als een indirecte ongelijkheid in behandeling worden geanalyseerd. Men kan immers benadrukken dat Birds aan alle vrouwelijke ex-werknemers tussen 60 en 65 jaar een lager aanvullend pensioen uitbetaalt dan aan vergelijkbare mannelijke collega's, hetgeen een directe discriminatie doet veronderstellen. Men kan er echter evenzeer de nadruk op kunnen leggen dat Birds het aanvullend pensioen van al zijn ex-werknemers op een identieke manier berekent, namelijk door van hun GRP die pensioenuitkeringen af te houden waarop ze bij de overheid of bij Unilever aanspraak kunnen maken. Alleen valt deze berekeningswijze „toevalligerwijze" zo uit dat vrouwen gedurende vijf jaar een lager aanvullend pensioen ontvan-

17 — Arrest van 13 juli 1962, gevoegde zaken 17/61 en 20/61, Klöckner-Werke en Hoesch, Jurispr. 1962, blz. 643, 681 en 682. Dit arrest bevestigt eerdere arresten, zoals het arrest van 17 december 1959, zaak 14/59, Pont-à-Mousson, Jurispr. 1958-1959, blz. 481, 513. Het werd zelf bevestigd door bij voorbeeld het arrest van 13 november 1984, zaak 283/83, Racke, Jurispr. 1984, blz. 3791, r. o. 7.

18 — Gevoegde zaken 117/76 en 16/77, Jurispr. 1977, blz. 1753.

19 — Het ging in casu om het verbod uit artikel 40, lid 3, tweede alinea, EEG-Verdrag. Hetzelfde geldt echter voor het discriminatieverbod van artikel 119 EEG-Verdrag.

20 — Zaak C-217/91, Spanje/Commissie, Jurispr. 1993, blz. I-3923, r. o. 37.

gen. Zo voorgesteld, zou Birds pensioenpolitiek een indirecte discriminatie uitmaken. [21]

Het lijkt dan ook arbitrair om in gevallen als het nu voorliggende, de mogelijkheid tot rechtvaardiging van een vastgestelde ongelijkheid in behandeling afhankelijk te stellen van het direct of indirect karakter van die ongelijkheid.

14. Maar ook afgezien van de vage scheidingslijn tussen directe en indirecte discriminatie, meen ik niet dat het wenselijk is om categoriek te besluiten tot de onmogelijkheid om een direct op geslacht gebaseerde discriminatie te rechtvaardigen. In dat verband wijst de Commissie op de nog niet door het Hof behandelde prejudiciële vraagstelling in zaak C-32/93, Webb. Die zaak betreft het ontslag van een vrouw die, nadat ze was aangenomen ter vervanging van een zwangere werkneemster, tot de bevinding kwam dat ze zelf zwanger was. Alhoewel ontslag wegens zwangerschap onbetwistbaar een directe discriminatie uitmaakt [22], valt niet uit te sluiten dat die discriminatie in een zaak als Webb, gelet op de bijzondere omstandigheden, wellicht toch zou kunnen worden gerechtvaardigd.

Ter zitting werden andere voorbeelden aangehaald van situaties waarin een directe discriminatie op basis van geslacht niettemin gerechtvaardigd zou kunnen zijn. [23] Ook ik ben, samen met Birds en de Commissie, van oordeel dat dergelijke situaties zich, bij wijze van uitzondering, kunnen voordoen.

Bestaan van een objectieve rechtvaardiging

15. Wat nu de eigenlijke vraag naar objectieve rechtvaardigingsgronden betreft, wens ik eerst kort in te gaan op Roberts opvatting volgens dewelke de omstandigheid dat zij van een derde partij, in casu de staat, een pensioenuitkering ontvangt waarop een mannelijke collega in een gelijke situatie geen recht heeft (supra, punt 9), niet relevant is voor de interpretatie van de conform artikel 119 op de werkgever rustende verplichting een gelijk loon te betalen aan mannen en vrouwen. Ik kan deze opvatting niet bijtreden. Zij houdt immers een nieuwe ongelijkheid in die er namelijk in bestaat dat een bedrijf als Birds beduidend meer zou betalen voor het pensioen van ex-werkneemsters tussen 60 en 65 jaar dan voor het pensioen van vergelijkbare ex-werknemers. Inderdaad, het ouderdomspensioen dat Roberts vanwege de staat ontvangt wordt door Birds als werkgever in een belangrijke mate meegefinancierd.

21 — Birds houdt in hoofdorde zelfs vol dat er helemaal geen discriminatie voorligt. Ter ondersteuning van die stelling voerde het bedrijf ter zitting aan dat het ook het aanvullende pensioen zou inkorten van een mannelijke werknemer die vanaf 60 jaar recht zou krijgen op een — per hypothese buitenlands — overheidspensioen. Dat het hierbij om meer dan een loutere hypothese gaat, dat Birds dergelijke inkorting met andere woorden ooit effectief bij een mannelijke werknemer jonger dan 65 jaar heeft doorgevoerd, werd echter niet beweerd.

22 — Arrest Dekker, r. o. 12.

23 — Deze voorbeelden betroffen ongelijke behandeling ingegeven door objectieve noden van een bepaalde beroepsuitoefening (niet-aanwerving van een hoogzwangere ballerina voor een optreden op een nabije datum of van vrouwelijke kandidaten voor de bewaking van gewelddadige mannelijke gevangenen: arrest van 15 mei 1986, zaak 222/84, Johnston, Jurispr. 1986, blz. 1651, punt 3 van het dispositief), dan wel door bijzondere objectieve omstandigheden die discriminatie op grond van geslacht noodzakelijk of aanvaardbaar maken (niet in aanmerking nemen van mannelijke kandidaten bij de aanwerving door een bejaarde dame van een gezelschapsdame; toekennen van een toelage voor het nemen van een taxi uitsluitend aan vrouwelijke werknemers die 's nachts werken, omdat blijkt dat zij in tegenstelling tot hun mannelijke collega's worden lastig gevallen op weg naar huis).

Het mag dus niet zomaar als een pensioenuitkering „van een derde partij" bestempeld worden. Indien Birds bij de uitkering van aanvullende pensioenen geen rekening zou mogen houden met het — nochtans door het bedrijf meegefinancierde — bedrag aan overheidspensioen dat de begunstigden ontvangen, dan zou Birds tweemaal betalen voor het pensioen van vrouwelijke ex-werkneemsters tussen 60 en 65 jaar (eenmaal voor het overheidspensioen en eenmaal voor een ongekort aanvullend pensioen), doch slechts eenmaal voor het pensioen van vergelijkbare mannelijke ex-werknemers (die nog geen recht hebben op een overheidspensioen).

16. Zo kom ik tot de beoordeling van de door Birds aangevoerde rechtvaardigingsgrond. Volgens Birds zouden de inhoudingen die het bedrijf doorvoert bij ex-werkneemsters vanaf 60 jaar, een toelaatbare ongelijke behandeling uitmaken omdat zij tot doel hebben te beletten dat deze werkneemsters een hoger totaal pensioen (bedrijfspensioen plus overheidspensioen) zouden ontvangen dan vergelijkbare mannelijke collega's. Via de inhoudingen, aldus Birds, wordt belet dat er inzake uitkeringen van pensioen aan ex-werknemers een ongelijkheid zou ontstaan tussen vrouwen en mannen.

Dit argument vind ik bijzonder overtuigend. Het komt me inderdaad voor dat een ongelijkheid in behandeling inzake het aanvullend pensioen die, zoals het verwijzende rechtscollege het uitdrukt, „ten doel en ten gevolge heeft" dat een andere ongelijkheid in behandeling, namelijk op het vlak van de totale som van de pensioenuitkeringen, wordt opgeheven of vermeden en die aldus resulteert in een effectieve gelijkheid van behandeling, objectief gerechtvaardigd is. Dit geldt in een zaak als de voorliggende des te meer, aangezien het in geding staande en door de overheid gehanteerde verschil in pensioengerechtigde leeftijd voor vrouwen en mannen, dat aan de oorsprong ligt van ongelijkheid in behandeling op het vlak van de totale som van de pensioenuitkeringen, niet meer vormt dan „een discriminatie die thans voor ouderdomspensioenen nog wordt geduld, maar aan de opheffing waarvan de Gemeenschap duidelijk, hoewel langzaam, werkt". [24] De Commissie heeft er tijdens de mondelinge behandeling terecht op gewezen dat alleszins vermeden moet worden dat dergelijke voorlopig toegestane afwijking van het principe van gelijke behandeling tot doelstelling van gemeenschapsrecht verheven wordt.

17. Aan het voorgaande wordt mijns inziens geen afbreuk gedaan door de stellingnamen van het Hof in het arrest Barber, dat

„artikel 119 elke discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers op het gebied van de beloning verbiedt, ongeacht het stelsel waarvan deze ongelijkheid het gevolg is" (r. o. 32)

en dat

„[d]e toepassing van het beginsel van gelijke beloning moet worden verzekerd ten aanzien van elk onderdeel van de beloning en niet

24 — Conclusie van advocaat-generaal Slynn bij het arrest van 26 februari 1986, zaak 151/84, Roberts, Jurispr. 1986, blz. 703, 710.

slechts door de aan de werknemers toegekende voordelen in hun totaliteit te beoordelen" (r. o. 35).

De problematiek die in het arrest Barber voorlag, verschilt immers van degene die nu aan de orde staat. Het arrest Barber had betrekking op de overname in een bedrijfspensioenregeling van een door de overheid gehanteerd en voorlopig toegelaten verschil in pensioengerechtigde leeftijd tussen mannen en vrouwen, een overname die door het Hof werd veroordeeld. Het ging daar met andere woorden over de voorwaarden inzake leeftijd voor toegang tot bedrijfspensioenregelingen, een problematiek die volledig los staat van de hier aan de orde staande problematiek van meervoudige betaling voor eenzelfde overheidspensioen. Bovendien, en vooral, had de door het Hof in die zaak veroordeelde praktijk tot gevolg dat de inzake overheidspensioenen gedoogde ongelijkheid tussen vrouwen en mannen nog werd *versterkt*. In het nu voorliggende geding gaat het daarentegen over een aanvullend bedrijfspensioen dat dermate berekend wordt dat deze ongelijkheid wordt *weggewerkt*. Dit lijkt me een fundamenteel verschil: zoals moge blijken uit de voorgaande bespreking heeft de in geding staande berekeningswijze tot doel mannelijke en vrouwelijke werknemers gelijke pensioenuitkeringen te verzekeren (hiervoor, punt 16) en tevens te voorkomen dat hun werkgever tweemaal bijdraagt voor het pensioen van een vrouwelijke en slechts eenmaal voor dat van een mannelijke werknemer (hiervoor, punt 15). Zodoende wordt precies bewerkstelligd dat het principe van gelijke behandeling wordt doorgevoerd ten aanzien van elk onderdeel van de pensioenregeling en meer bepaald zowel inzake bijdragen van de werkgever als inzake uitkeringen aan de werknemer.

Conclusie

18. Aangezien ik van oordeel ben dat Birds de in geding staande pensioenpolitiek objectief kan rechtvaardigen, concludeer ik in antwoord op de eerste prejudiciële vraag, dat een werkgever niet in strijd handelt met artikel 119 EEG-Verdrag, indien hij, rekening houdend met door de overheid gehanteerde en vooralsnog toelaatbare verschillen in pensioengerechtigde leeftijd tussen mannen en vrouwen, in het kader van een aanvullende bedrijfspensioenregeling een berekeningsformule toepast die ertoe strekt vrouwelijke en mannelijke ex-werknemers eenzelfde totaal ouderdomspensioen (bedrijfspensioen plus overheidspensioen) te verzekeren.

De tweede en de derde prejudiciële vraag

19. De tweede prejudiciële vraag houdt verband met de keuzemogelijkheid die het Engelse sociale-zekerheidssysteem aan gehuwde vrouwen laat, om ofwel hun pensioenbijdragen volledig te storten, in welk geval ze recht hebben op een volledig ouderdomspensioen, ofwel betalingen te verrichten tegen een verminderd tarief, hetgeen dan enkel recht geeft op een verminderd (of helemaal geen) ouderdomspensioen.

Bij vrouwen die, zoals Roberts, geopteerd hebben voor verminderde bijdragen en die dus geen volledig overheidspensioen ontvan-

gen, berekent Birds het aanvullend pensioen niettemin alsof zulks wel het geval is. Meer bepaald vermindert Birds het bedrag dat aan dergelijke vrouwen vanaf 60 jaar als aanvullend pensioen wordt uitbetaald niet met het bedrag dat de vrouwen *reëel* vanwege de overheid ontvangen, maar met het bedrag dat ze aan overheidspensioen *hadden kunnen* ontvangen indien ze pensioenbijdragen hadden betaald tegen het volle tarief. De Court of Appeal wenst te vernemen wat hiervan de invloed zou kunnen zijn op 's Hofs antwoord op de eerste prejudiciële vraag.

Alhoewel Roberts op grond van de door haar tijdens haar beroepsloopbaan gestorte pensioenbijdragen dus geen recht heeft op een ouderdomspensioen vanwege de overheid, ontvangt ze vanwege diezelfde overheid niettemin een weduwenpensioen waarvan het bedrag overeenstemt met dat van een volledig ouderdomspensioen. De derde prejudiciële vraag beoogt te vernemen of deze factor een rol kan spelen bij de beantwoording van de eerste twee prejudiciële vragen.

20. Na lezing van de derde prejudiciële vraag zou het Hof geneigd kunnen zijn de tweede vraag van de Court of Appeal als louter hypothetisch van de hand te wijzen. [25] De bedragen die Birds van Roberts aanvullende pensioen afhoudt, blijken immers wel degelijk te beantwoorden aan een door Roberts reëel ontvangen overheidspensioen, in casu een weduwenpensioen. Niettemin zal ik de tweede prejudiciële vraag behandelen. Aangezien de overheid ouderdoms- en weduwenpensioenen toekent op grond van een onderscheiden rechtsbasis [26], lijkt me aan deze vraag immers toch een meer dan hypothetisch belang toe te komen.

21. Indien een bedrijf als Birds van het aanvullende pensioen dat aan een ex-werkneemster als Roberts wordt uitbetaald, enkel dat bedrag zou mogen afhouden dat die ex-werkneemster *reëel* aan overheidspensioen ontvangt, dan wordt dit bedrijf er in feite toe verplicht om uit hoofde van de ex-werkneemster het verlies aan overheidspensioen te compenseren dat direct voortvloeit uit haar keuze voor het stelsel van de verminderde bijdragen.

Ik ben het met Birds, de Commissie en het verwijzende rechtscollege eens dat zulks een onrechtmatige bevoordeling zou inhouden van die gehuwde ex-werkneemsters die ervoor geopteerd hebben om bijdragen tegen een verminderd tarief te betalen. Zij zouden immers, al hebben ze beduidend minder bijdragen betaald, eenzelfde totaal ouderdomspensioen (bedrijfspensioen plus overheidspensioen) ontvangen als diegenen — mannen, niet-gehuwde vrouwen en een deel van de gehuwde vrouwen — die steeds pensioenbijdragen hebben betaald tegen het volle tarief. Een dergelijke interpretatie van artikel 119 van het Verdrag zou er alle gehuwde werkneemsters bij Birds en bij vergelijkbare bedrijven toe aanzetten om te opteren voor het verminderde tarief, hetgeen zeker niet de bedoeling van artikel 119 kan zijn. Bovendien zou ze strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel dat het Hof nochtans als „een der grondprincipes van het gemeenschapsrecht" beschouwt (supra, punt 12).

25 — Artikel 177 EEG-Verdrag laat het Hof niet toe te antwoorden op louter hypothetische vragen. Zie arrest van 16 juli 1992, zaak C-83/91, Meilicke, Jurispr. 1992, blz. I-4871, r. o. 25, 32 en 33.

26 — De vraag zou in ieder geval een meer dan hypothetisch belang hebben, indien zou blijken dat door de overheid toegekende ouderdoms- en weduwenpensioenen cumuleerbaar zijn. Het dossier biedt op dit punt echter geen uitsluitsel.

22. Het komt me dan ook voor dat een bedrijf als Birds bij de toekenning van een aanvullend pensioen aan gehuwde ex-werkneemsters die geopteerd hebben voor het stelsel van bijdragen tegen verminderd tarief, en die bijgevolg een verminderd overheidspensioen ontvangen, niettemin het bedrag in mindering mag brengen dat deze ex-werkneemsters aan overheidspensioen hadden kunnen ontvangen indien ze pensioenbijdragen hadden betaald tegen het volle tarief. Vanzelfsprekend mag het bedrijf zulks a fortiori doen indien de ex-werkneemster in kwestie vanwege de overheid een weduwenpensioen blijkt te ontvangen dat even hoog is als een volledig ouderdomspensioen.

23. In antwoord op de tweede en derde prejudiciële vraag concludeer ik derhalve dat het antwoord op de eerste prejudiciële vraag niet beïnvloed wordt door de omstandigheid dat een ex-werkneemster tijdens haar beroepsloopbaan geopteerd heeft voor het stelsel van bijdragen tegen verminderd tarief, en dientengevolge vanwege de overheid geen of slechts een verminderd ouderdomspensioen ontvangt, al dan niet vermeerderd met een weduwenpensioen.

Conclusie

24. Concluderend geef ik het Hof in overweging, de door de Court of Appeal gestelde prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„1) Een werkgever handelt niet in strijd met artikel 119 EEG-Verdrag, indien hij, rekening houdend met door de overheid gehanteerde en vooralsnog toelaatbare verschillen in pensioengerechtigde leeftijd tussen mannen en vrouwen, in het kader van een aanvullende bedrijfspensioenregeling een berekeningsformule toepast die ertoe strekt vrouwelijke en mannelijke ex-werknemers eenzelfde totaal ouderdomspensioen (bedrijfspensioen plus overheidspensioen) te verzekeren.

2) Indien een ex-werkneemster er tijdens haar beroepsloopbaan voor geopteerd heeft pensioenbijdragen te betalen tegen een verminderd tarief, handelt haar werkgever niet in strijd met artikel 119 EEG-Verdrag indien hij het in het vorige punt vermelde totale ouderdomspensioen niettemin berekent op basis van het overheidspensioen dat de betrokken ex-werkneemster had kunnen verwerven indien ze haar pensioenbijdragen tegen het volle tarief had betaald. Dit geldt a fortiori wanneer de betrokken ex-werkneemster een weduwenpensioen ontvangt dat gelijk is aan een ouderdomspensioen."