CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL F. CAPOTORTI VAN 30 MEI 1978 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Voor de derde maal krijgt ons Hof te maken met een zaak-Defrenne en heeft het een probleem tot oplossing te brengen, dat de uitlegging raakt van artikel 119 van het EEG-Verdrag, waarin het „beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid" is vastgelegd. Evenals in de beide eerdere zaken, is het een Belgische rechterlijke instantie (thans het Hof van Cassatie) dat om een prejudiciële uitspraak verzoekt, terwijl het wederom gaat om een zaak die door mejuffrouw Defrenne na beëindiging van haar dienstbetrekking bij de Sabena aanhangig is gemaakt.

Eerst een overzicht van de feiten.

In december 1951 als stewardess aangeworven, werd mejuffrouw Defrenne twaalf jaar later tot stewardess-hoofd cabine bevorderd; op 15 februari 1968 moest zij haar baan opgeven op grond van artikel 5, 6e alinea, van het arbeidscontract voor het vliegend boordpersoneel, volgens hetwelk het dienstverband van het vrouwelijk personeel in beginsel van rechtswege eindigt op de dag waarop betrokkene de leeftijd van veertig jaar bereikt. Op grond van hetzelfde contract ontving zij wegens beëindiging van haar loopbaan een uitkering overeenkomende met twaalf maanden salaris.

Op 13 mei 1968 kwam zij in beroep bij de Arbeidsrechtbank te Brussel; zij wenste de Sabena te zien veroordeeld tot betaling van achterstallig salaris en maakte voorts aanspraak op een aanvulling op haar uitkering wegens vertrek, althans op vergoeding van schade die zij, wat haar pensioenaanspraken betreft, zou hebben geleden. In een tot de Raad van State gericht beroepschrift van 9 februari 1970 vorderde zij voorts nietigverklaring van het Koninklijk Besluit van 3 november 1969, waarbij voor het vliegend burgerpersoneel de regels zijn vastgelegd volgens welke dat personeel, met uitzondering van de stewardessen, aanspraak op ouderdomspensioen mag maken.

In deze laatste procedure zijn ons Hof door de Raad van State drie vragen betreffende de uitlegging van artikel 119 van het EEG-Verdrag gesteld; de Raad van State wenste in de eerste plaats te zien uitgemaakt of het in het kader van een wettelijke regeling van sociale zekerheid toegekende rustpensioen „is ... te beschouwen als een voordeel dat de werkgever indirect aan de werkgever uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt". Het Hof heeft in zijn arrest van 25 mei 1971 alleen die vraag — en wel in ontkennende zin — beantwoord (zaak 80/70, Jurispr. 1971, blz. 445). Ofschoon „voordelen met het karakter van uitkeringen van sociale zekerheid ... in beginsel niet geheel los staan van het begrip beloning", meende het Hof toch dat onder dit begrip, zoals het in artikel 119 is afgebakend, „toch niet de stelsels of uitkeringen van sociale zekerheid en met name de ouderdomspensioenen [kunnen worden gebracht], 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', in verband waarmede voorts werd overwogen dat „deze stelsels de werknemers immers in het genot stellen van een wettelijke regeling die wordt gefinancierd door werknemers, werkgevers en eventueel door de over-

1 — Vertaald uit het Italiaans.

heid, wier bijdragen niet zozeer worden bepaald door de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer, als wel door overwegingen van sociaal beleid". Het Hof kwam dan ook tot de slotsom dat „de werkgeversbijdrage aan de financiering van dergelijke stelsels geen directe of indirecte betaling aan de werknemer vormt; dat laatstgenoemde overigens, niet op grond van de werkgeversbijdrage maar uitsluitend wegens het voldoen aan de wettelijke voorwaarden voor toekenning van de uitkering, normaal in aanmerking komt voor de wettelijk voorgeschreven uitkering".

Vier jaar na die uitspraak heeft het Arbeidshof te Brussel — in het kader van een burgerlijke zaak die door mejuffrouw Defrenne tegen de Sabena aanhangig is gemaakt — in verband met het feit dat zij aanspraak op bepaalde achterstallige salarisbedragen maakt, ons Hof twee prejudiciële vragen gesteld, die de rechtsgeldigheid en toepassing van genoemd artikel 119 betreffen. In het bekende arrest van 8 april 1976 heeft het Hof onder meer uitgesproken dat het in genoemd artikel omschreven beginsel van gelijke beloning kan worden ingeroepen voor de nationale rechter, die zijnerzijds heeft op te komen voor de rechten welke particulieren aan die bepaling ontlenen, met name wanneer er sprake is van discriminaties welke rechtstreeks hun oorsprong vinden in de wet of in collectieve arbeidsovereenkomsten, bij voorbeeld wanneer man en vrouw voor dezelfde arbeid, in eenzelfde — particuliere of openbare — onderneming of dienst verricht, ongelijk worden beloond (zaak 43/75, Jurispr. 1976, blz. 456). In de overwegingen welke tot die uitspraak leidden, heeft het Hof met betrekking tot de algemene werkingssfeer van artikel 119 onderscheiden tussen enerzijds rechtstreekse en openlijke discriminaties, die reeds met behulp van de in genoemd artikel vermelde criteria voor gelijke arbeid en gelijke beloning als zodanig zijn te herkennen, en anderzijds zijdelingse en verkapte discriminaties, die slechts met behulp van verduidelijkende — communautaire dan wel nationale — toepassingsvoorschriften kunnen worden opgespoord. De rechtstreekse toepasselijkheid van het in artikel 119, eerste alinea, omschreven beginsel van gelijke beloning blijft dus beperkt tot rechtstreekse en duidelijke discriminaties in vorenbedoelde zin, terwijl het Hof er tevens op wees dat de volledige verwezenlijking van de doelstelling van artikel 119 — geen discriminatie naar kunne — „in bepaalde gevallen de vaststelling van criteria kan inhouden, waarvoor de tussenkomst van passende communautaire en nationale maatregelen is vereist".

2. Het Arbeidshof te Brussel had intussen bij arrest van 23 april 1975 de overige vorderingen van mejuffrouw Defrenne — die de Sabena tot betaling van een aanvulling op de uitkering wegens beëindiging van de dienst en tot vergoeding van benadeling wat haar pensioensaanspraken had aangesproken — verworpen. Tegen die uitspraak heeft zij beroep in cassatie ingesteld. Het Belgische Hof van Cassatie heeft het Hof vervolgens bij arrest van 28 november 1977 de navolgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 119 EEG-Verdrag, waarin het beginsel van ‚gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid' is neergelegd, vanwege de zowel sociale als economische doelstelling van het Verdrag, aldus worden uitgelegd, dat het niet slechts gelijke beloning, maar ook gelijke arbeidsvoorwaarden voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voorschrijft, en meer in het bijzonder, vormt een clausule in de arbeidsovereenkomst van een stewardess, bepalende dat de overeenkomst afloopt wanneer de werknemer de leeftijd van veertig jaar heeft bereikt — zulks terwijl vaststaat dat een zodanige bepaling ontbreekt in de overeenkomst van mannelijke boordbedienden die dezelfde arbeid verrichten —, een verboden discriminatie ingevolge ge-

noemd artikel 119 EEG-Verdrag of een beginsel van gemeenschapsrecht, indien die clausule geldelijke gevolgen kan hebben, met name voor de uitkering wegens beëindiging van de loopbaan en het pensioen?"

Het gaat er derhalve om of in de communautaire rechtsorde, en wel met name in artikel 119 EEG-Verdrag, een rechtstreeks toepasselijke norm is te vinden waarbij het beginsel van gelijke behandeling van werknemers van beiderlei kunne tot andere arbeidsvoorwaarden dan de beloning wordt uitgebreid, met name ook tot voorwaarden waaraan geldelijke gevolgen verbonden zijn, zoals het geval is met clausules inzake beëindiging van het dienstverband op veertigjarige leeftijd — waaraan consequenties verbonden kunnen zijn voor de uitkering wegens beëindiging van de loopbaan en voor het pensioen —.

3. Ik zal beginnen met aandacht te vragen voor een schijnbaar vanzelfsprekend aspect, dat mijns inziens goed in het oog moet worden gehouden: het gaat in artikel 119 om de beloning, niet om de arbeidsvoorwaarden in het algemeen. Dit volgt allereerst uit de tekst van het artikel: nadat in de eerste alinea het beginsel van gelijke *beloning* ter sprake is gekomen, wordt in de tweede alinea een nauwkeurige omschrijving van de term werknemer beproefd: „onder beloning in de zin van dit artikel dient te worden verstaan het gewone basis- of minimumloon of -salaris, en alle overige voordelen in geld of in natura die de werkgever direct of indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt". Tot eenzelfde slotsom leidt vergelijking van de artikelen 117 en 118 enerzijds, artikel 119 anderzijds: is in de eerste alinea van artikel 117 sprake van „verbetering van de levensstandaard en van de *arbeids*voorwaarden van de werknemers" (waarvan de Lid- Staten de noodzaak erkennen) en worden in de opsomming van artikel 118 „het arbeidsrecht en de arbeidsvoorwaarden" genoemd, in artikel 119 komen die arbeidsvoorwaarden in hun algemeenheid in het geheel niet meer ter sprake. Tot de arbeidsvoorwaarden behoort uiteraard de beloning; het blijkt ten overvloede uit 's Raads richtlijn van 21 januari 1974 betreffende een sociaal actieprogramma, waarin sub 4 onder meer acties voorzien zijn ten einde de gelijkheid van mannen en vrouwen te verwezenlijken voor wat betreft ... de arbeidsvoorwaarden, *met inbegrip van de bezoldiging*". Maar komen andere arbeidsvoorwaarden dan de beloning en verdere voordelen uit hoofde van de dienstbetrekking genoten, alleen in de artikelen 117 en 118 ter sprake, om de beloning gaat het met name in artikel 119, en om andere geldelijke voordelen in artikel 120. Zo is het systeem van titel III (sociale politiek), hoofdstuk 1, van het EEG-Verdrag.

Dat het vraagstuk van de leeftijdsgrens bij overschrijding waarvan het dienstverband wordt beëindigd, iets heel anders is dan de kwestie der beloning, lijdt geen twijfel. Om zich op artikel 119 te kunnen beroepen, heeft mejuffrouw Defrenne de nadruk dan ook gelegd op de geldelijke gevolgen, die aan vaststelling van een lagere leeftijdsgrens voor vrouwen zijn verbonden — en op een lagere uitkering wegens beëindiging van de loopbaan en op een lager pensioen neerkomen —. Uit die gezichtshoek bekeken, zou er sprake zijn van een in artikel 119 verboden discriminatie ten aanzien van de beloning.

Ik merk in zoverre op dat het hier, voor zover er van een dergelijke discriminatie kan worden gesproken, veeleer om een indirecte discriminatie schijnt te gaan, hetgeen er toe leidt dat met het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de bezoldiging, zoals het in artikel 119 is omschreven, in ieder geval niet *rechtstreeks* kan worden gewerkt; dit ligt in de lijn van 's Hofs voormelde arrest Defrenne van 8 april 1976.

Maar het voornaamste bezwaar waarop betrokkenes standpunt moet afstuiten, is

een ander: wil er met betrekking tot vervroeging van de leeftijdsgrens van met artikel 119 strijdige, discriminerende gevolgen voor de beloning worden gesproken, dan moeten die consequenties ook onder de in artikel 119 gegeven omschrijving van het begrip beloning kunnen worden gebracht, en dan dient er telkens een discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers te kunnen worden vastgesteld. Deze beide voorwaarden zijn in casu niet vervuld. Wat het ouderdomspensioen (rustpensioen) betreft: in de eerste zaak Defrenne heeft het Hof op 25 mei 1971 uitgesproken dat het niet onder de in artikel 119 gebezigde term beloning valt. En wat de uitkering wegens beëindiging van de loopbaan betreft: zulk een uitkering is door Sabena uitsluitend voorzien voor het geval van verplichte beëindiging der dienstbetrekking bij het bereiken van de veertigjarige leeftijd, welke verplichting, naar wij weten, alleen voor vrouwelijke werknemers geldt. Ook al is er derhalve sprake van een „voordeel in geld dat de werkgever indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt" (in de zin van artikel 119, tweede alinea), een soortgelijk voordeel (tot een hoger bedrag) voor mannelijke werknemers — op grond waarvan van een discriminerende behandeling ten nadele van vrouwelijke werknemers zou kunnen worden gesproken — ontbreekt.

Van de zijde van mejuffrouw Defrenne heeft men getracht deze hindernis te nemen: het hierbedoelde voordeel zou op één lijn moeten worden gesteld met de andere uitkering, in het arbeidscontract van de Sabena voor al het — mannelijk en vrouwelijk — boordpersoneel voorzien voor gevallen waarin de werknemer na twaalf jaren diensttijd te hebben volbracht, om redenen van lichamelijke aard arbeidsongeschikt wordt. Contractueel heeft men dan recht op achttien maanden salaris, terwijl de uitkering wegens beëindiging van de loopbaan welke aan betrokkene wegens het bereiken van de leeftijdsgrens voor stewardessen werd toegekend, tot twaalf maanden salaris beperkt bleef.

Haars inziens moet de situatie van een stewardess die op veertigjarige leeftijd haar baan moet opgeven, gelijk worden gesteld met die van een mannelijke collega die definitief arbeidsongeschikt wordt. Ik kan dit standpunt niet delen. De aan werknemers van beiderlei kunne toegekeerde uitkering wegens blijvende arbeidsongeschiktheid om lichamelijke redenen, geldt een accidenteel intredende situatie, met de physieke conditie van de werknemer verband houdende, en is als een soort verzekering tegen het invaliditeitsrisico te beschouwen. Het bereiken van de veertigjarige leeftijd is daarentegen (normale overlijdensrisico's daargelaten) geen toevalligheid, houdt geen verband met de lichamelijke conditie van de werknemer en staat los van het bereikte aantal dienstjaren. De beide uitkeringen zijn dus van onderscheiden aard: de uitkering wegens verplichte beëindiging van de dienstbetrekking op veertigjarige leeftijd is een vergoeding wegens het feit dat de dienstbetrekking van tijdelijke aard is — en derhalve een tegenwicht voor verlies van een baan op een leeftijd waarop men normaliter nog volkomen valide is —.

Op grond van een en ander is er mijns inziens geen sprake van dat de beweerdelijk discriminerende gevolgen — voor de beloning — van beëindiging van de dienstbetrekking op veertigjarige leeftijd, zoals ze zich met betrekking tot het pensioen en de uitkering wegens beëindiging van de loopbaan doen gelden, schending van artikel 119 van het EEG-Verdrag kunnen opleveren.

4. Wij zagen dat de verwijzende rechter niet alleen artikel 119 van het EEG-Verdrag ter sprake bracht; hij heeft ook de veronderstelling besproken dat het beginsel van gelijke arbeidsvoorwaarden — zonder discriminatie naar kunne — weer uit een algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht zou kunnen worden

afgeleid. Wij zullen dus ook naar die hypothese een onderzoek moeten instellen. Daarbij zou de volgende weg kunnen worden bewandeld: nagaan of het communautair non-discriminatiebeginsel, zoals het in tal van uitspraken van dit Hof is vastgelegd, inhoudelijk — en wat de adressaten betreft — medebrengt dat in de Gemeenschap tegen discriminaties naar kunne bij de omschrijving der arbeidsvoorwaarden door iedereen kan worden opgekomen.

Duidelijkheidshalve zij vooraf vastgesteld dat het verbod van discriminatie naar kunne bij de arbeidsvoorwaarden, noch langs deductieve weg noch per analogiam kan worden afgeleid uit het verbod van discriminatie naar nationaliteit, dat in verschillende verdragsartikelen met zoveel woorden is omschreven (in algemene bewoordingen in artikel 7; voor werknemers in het bijzonder in artikel 48, lid 2). Discriminatie naar nationaliteit is iets geheel anders dan discriminatie naar kunne; elk van beide discriminatieverboden kan zeer wel worden geëerbiedigd zonder dat zulks schending van het andere impliceert. Men bedenke dat het verbod van discriminatie naar nationaliteit, in de logica van de communautaire ordening, een specifiek karakter moet dragen; het ligt ten grondslag aan — en is een bestaansvoorwaarde van — de gemeenschappelijke markt. Ons er — in verband met het ons thans interesserend gezichtspunt — toe beperkend het verbod in samenhang met het vrije verkeer van werknemers te bezien, willen wij er kort en goed op wijzen dat het zijn bestaansgrond ten duidelijkste vindt in de omstandigheid dat het de behandeling welke in de onderscheiden Lid-Staat voor eigen werknemers is weggelegd, in beginsel tot buitenlandse werknemers uitbreidt; dat is de inhoud en het toepassingsgebied van het verbod. Het komt mij daarom voor dat van de zijde van partij Defrenne vruchteloos wordt getracht aan 's Hofs jurisprudentie betreffende het verbod tussen werknemers om redenen van nationaliteit te discrimineren, argumenten te ontlenen ten betoge dat het tot een analoge toepassing zou moeten komen van het beginsel dat werknemers van beiderlei kunne — binnen één en dezelfde staat — op voet van gelijkheid behoren te worden behandeld.

Nu wij dit hebben vooropgesteld, zal het mijns inziens meest hachelijke aspect van het probleem onder ogen moeten worden gezien: in hoeverre is het algemene discriminatieverbod, dat als een ongeschreven beginsel van het gemeenschapsrecht is te beschouwen, in casu van invloed?

Het behoeft mijns inziens geen uitvoerig betoog dat het nondiscriminatieprincipe een algemeen beginsel van de communautaire rechtsorde is. Meer dan eens heeft het Hof er aan gerefereerd, en het heeft ermee strijdige communautaire handelingen onrechtsgeldig verklaard. Het is een beginsel dat behoort tot de fundamentele rechten van de mens, zoals die binnen de Lid-Staten en in het raam van Europees Verdrag inzake de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden erkenning hebben gevonden; derhalve maakt het ook deel uit van het gemeenschapsrecht en moet het door ons Hof worden beschermd (vgl. arresten van 12 november 1969, gewezen in de zaak 29/69, Stauder — Jurispr. 1969, blz. 419; 17 december 1970, gewezen in de zaak 11/70, Internationale Handelsgesellschaft — Jurispr. 1970, blz. 1126; 14 mei 1974, gewezen in de zaak 4/73, Nold — Jurispr. 1974, blz. 491 en 28 oktober 1975, gewezen in de zaak 36/75, Rutili — Jurispr. 1975, blz. 1219). Ik voeg eraan toe dat het achterwege laten van discriminaties naar kunne positiefrechtelijk en voor het moderne rechtsbesef één der voornaamste aspecten van het hierbedoelde beginsel is.

Evenwel komt aan de bescherming van fundamentele rechten op communautair niveau niet dezelfde betekenis toe als op het niveau van het recht der onderschei-

den staten. In voormeld arrest Internationale Handelsgesellschaft heeft het Hof overwogen dat „de handhaving dezer rechten . . ., ofschoon zij uit de gemeenschappelijke constitutionele traditie der Lid-Staten voortvloeit, in het kader van het communautaire bestel en van de doelstellingen der Gemeenschap [moet] worden verzekerd". Dit standpunt zal mijns inziens tot tweeërlei consequentie moeten leiden. In de eerste plaats vormt de eerbiediging van de fundamentele rechten de grens van alle communautaire activiteiten: bij ieder handelen waarin de bevoegdheden van de communautaire instellingen tot uitdrukking komen, moet die grens in acht worden genomen — en in die zin geldt zij ook voor de interne structuur van de Gemeenschap —. In de tweede plaats geldt voor alle (krachtens het Verdrag of afgeleide handelingen) rechtstreeks toepasselijke regelen dat zij moeten worden uitgelegd in samenhang met het beginsel dat eerbiediging van de rechten van de mens verlangt. Verder kan men mijns inziens niet gaan. Met name moeten de rechtsbetrekkingen die aan de bevoegdheid van de nationale wetgever zijn overgelaten, geacht worden te worden bestreken door het constitutioneel beginsel inzake de eerbiediging van de rechten van de mens, zoals het in de betrokken staat geldt, zolang er ten minste geen rechtstreeks toepasselijke communautaire regel voor de nationale bepalingen in de plaats treedt.

Bezien wij het probleem dat ons bezig houdt van de andere kant, dan blijkt de regeling van arbeidsvoorwaarden die niet met de beloning (of uit hoofde van de dienstbetrekking genoten voordelen) verband houden, tot nu toe aan de nationale wetgevende macht te zijn overgelaten (terwijl de Gemeenschap alleen heeft ingegrepen met — 's Raads — richtlijn nr. 76/207 die nog ter sprake komt). Aan het communautair nondiscriminatiebeginsel kan dus niet een rechtstreeks toepasselijke regel worden ontleend volgens welke voor werknemers van beiderlei kunne dezelfde arbeidsvoorwaarden zouden hebben te gelden; integendeel, alleen wanneer aan een specifiek communautair besluit een voor de arbeidsvoorwaarden rechtstreeks geldende regel kan worden afgeleid, moet die regel, indien niet reeds op passende wijze in die zin geëxpliceerd, overeenkomstig het algemeen non-discriminatiebeginsel worden uitgelegd.

5. Tot staving van haar standpunt inzake de rechtstreekse werking — voor alle aspecten der dienstverhouding — van het verbod van discriminatie naar kunne, heeft partij Defrenne ook gewezen op 's Hofs jurisprudentie waarin — in het kader van de toepassing van het Statuut van de ambtenaren van de Gemeenschap — een gelijke behandeling van ambtenaren van beiderlei kunne is gewaarborgd. In de arresten van 7 juni 1972, gewezen in de zaken 20/71 (Sabbatini Bertoni/Europees Parlement) en 32/71 (Bauduin Chollet/Commissie), Jurispr. 1972, blz. 345 en 363 — waarin het telkens ging om de behandeling van de ontheemdingstoelage in geval van huwelijk — heeft het Hof uitgesproken dat er in zoverre uniforme, van het geslacht van betrokkenen onafhankelijke criteria hebben te gelden; door het behoud van de toelage afhankelijk te stellen van de vraag of men de hoedanigheid van gezinshoofd heeft verworven — het Statuut neemt daarbij normaliter de gehuwde mannelijke ambtenaar als maatstaf —, had de Raad het dan ook tot een willekeurige ongelijkheid van behandeling laten komen. Eveneens met betrekking tot de ontheemdingstoelage is in de arresten van 20 februari 1975, gewezen in de zaken 21/74 (Airola/Commissie) en 37/74 (Van den Broeck/Commissie), Jurispr. 1975, blz. 221 en 235, uitgesproken dat het nationaliteitsbegrip van het Statuut dient te worden uitgelegd op een wijze die een ongerechtvaardigde ongelijkheid van behandeling van mannelijke en vrouwelijke ambtenaren die zich in soortgelijke situaties bevin-

den, voorkomt. Men zou zich dus aan willekeurige discriminatie schuldig maken, indien in de term nationaliteit — waarvan de toekenning en het behoud van de ontheemdingstoelage afhankelijk is — ook de nationaliteit zou meespelen die met buitenlanders huwende personeelsleden bij wet krijgen „opgelegd".

Deze uitspraken logenstraffen de hiervóór uitdrukkelijk bepleite opvatting niet. Zij betreffen allemaal een geheel door het gemeenschapsrecht beheerste dienstbetrekking, ten aanzien waarvan door de communautaire instellingen besluiten waren genomen. Daaraan kan worden toegevoegd dat het telkens ging om een uitkering — zoals die wegens ontheemding — welke in een percentage van het basissalaris is uitgedrukt en wordt toegekend aan de werknemer die gedurende zijn gehele dienstbetrekking aan de statutaire voorwaarden voldoet — zodat zij er als een bestanddeel van de bezoldiging uitziet —. Het achterwege laten van een naar kunne gedifferentieerde behandeling is dan als een in artikel 119 van het Verdrag gestelde eis te beschouwen.

6. Ik had reeds gelegenheid erop te wijzen dat de arbeidsvoorwaarden in de artikelen 117 en 118 van het Verdrag van Rome met zoveel woorden worden genoemd. Ik acht het daarom nodig bij die artikelen stil te staan, hun betekenis en gevolgen vast te stellen alsook na te gaan in hoeverre zij tot een oplossing van het onderhavig probleem kunnen bijdragen.

Artikel 117 luidt als volgt: „De Lid-Staten erkennen de noodzaak, verbetering van de levensstandaard en van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers te bevorderen, zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang wordt mogelijk gemaakt. Zij zijn van mening dat een dergelijke ontwikkeling zal voortvloeien, zowel uit de werking van de gemeenschappelijke markt waardoor de harmonisatie der sociale stelsels zal worden bevorderd, als uit de in dit verdrag bepaalde procedure en het nader tot elkaar brengen van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen".

In artikel 118 wordt van de Commissie verlangd dat zij „onverminderd de overige bepalingen van dit verdrag en overeenkomstig de algemene doelstellingen daarvan" tussen de Lid-Staten „een nauwe samenwerking op sociaal gebied [zal] bevorderen", met name op terreinen als „het arbeidsrecht en de arbeidsvoorwaarden". Volgens de derde alinea is de Commissie te dien einde „in nauw contact met de Lid-Staten werkzaam door het verrichten van studies, het uitbrengen van adviezen en het organiseren van overleg . . .".

Met betrekking tot deze bepalingen zij allereerst opgemerkt dat in geen hunner een beginsel, in de zin van een richtsnoer, is neergelegd. Mijns inziens dient er, wat artikel 117 betreft, veeleer van een *doelstelling* te worden gesproken; daarop wijst ook de terminologie van de tweede alinea, waarin met de woorden „een dergelijke ontwikkeling" aan de bedoeling van de eerste alinea wordt vastgeknoopt. Te minder mag aan een rechtstreeks toepasselijk beginsel worden gedacht, waar in de bepaling met zoveel woorden wordt gewezen op de noodzaak om die doelstelling via communautaire en nationale procedures te bereiken: uit artikel 117 spreekt zo goed als uit artikel 118 ten duidelijkste de bedoeling dat er ten deze geleidelijkheid zal worden betracht, en, anders dan in artikel 119, worden er ook geen termijnen gesteld binnen welke die verwezenlijking zal moeten hebben plaatsgevonden.

Een tweede opmerking — betreffende de omvang van de in artikel 117 omschreven doelstelling — lijkt mij op haar plaats. Ook al beperken wij ons tot de arbeidsvoorwaarden, dan nog impliceert de gedachte van een verbetering welke onderlinge aanpassing „op de weg van de vooruitgang" mogelijk maakt, ongetwijfeld tal van maatregelen. Met name

valt te denken aan een onderlinge aanpassing van de arbeidsvoorwaarden in verschillende Lid-Staten, en daarmede aan een uitschakeling — in de Gemeenschap — van labiele situaties op het stuk der arbeidsverhoudingen. Er bestaat, wel te verstaan, geen enkel bezwaar tegen dat bij onderlinge aanpassing ook wordt gedacht aan het beëindigen — binnen de onderscheiden Lid-Staten — van een naar kunne gedifferentieerde behandeling, en zulk een uitlegging verdraagt zich ook zeer wel met het binnen de rechtsorde van de Gemeenschap geldende algemene non-discriminatiebeginsel. Het neemt niet weg dat gelijkheid van arbeidsvoorwaarden voor werknemers van beiderlei kunne slechts een deel is van de in artikel 117 omschreven doelstelling.

Kortom, ook gezien inhoud en structuur van de artikelen 117 en 118 dient te worden geconcludeerd dat in de rechtsorde van de Gemeenschap niet een rechtstreeks geldend beginsel is aan te treffen, volgens hetwelk particulieren binnen de Gemeenschap aanspraak zoudern kunnen maken op gelijke arbeidsvoorwaarden — in die zin dat er niet naar kunne mag worden gediscrimineerd —.

7. Een zeer belangrijke ontwikkeling heeft zich twee jaar geleden — met 's Raads richtlijn van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 39 van 14 februari 1976, blz. 40) — voorgedaan. Met die richtlijn wordt een van de prioriteiten verwezenlijkt welke voorzien waren in genoemd sociaal actieprogram, vervat in 's Raads richtlijn van 21 januari 1974. Anderzijds houdt de richtlijn verband met artikel 117; dit blijkt wel uit de bewoordingen van de derde overweging der considerans, volgens welke „de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers een van de doelstellingen van de Gemeenschap vormt, voor zover hierdoor met name de onderlinge aanpassing op de weg van de vooruitgang van de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden van de werknemers wordt bevorderd".

Van de verdere nova die er in de richtlijn te vinden zijn, meen ik te moeten noemen: a) het feit dat een gelijke behandeling van mannen en vrouwen, wat de arbeid betreft, voor het eerst als een zelfstandig „beginsel" — en niet slechts als een doelstelling dan wel als deel van de ruime doelstelling van artikel 117 — wordt genoemd; b) de nauwkeurige aanwijzingen welke zowel met betrekking tot de inhoud van het beginsel ener gelijke behandeling in het algemeen (artikel 2, lid 1) als met betrekking tot hetzelfde beginsel, toegespitst op de arbeidsvoorwaarden (artikel 5) worden gegeven — opmerking verdient dat onder de arbeidsvoorwaarden, in artikel 5, lid 1, met name ook „de ontslagvoorwaarden" worden genoemd —; c) de op de Lid-Staten gelegde verplichting de nodige maatregelen te nemen teneinde het beginsel tot gelding te doen komen — met vermelding van de inzet van zulke maatregelen (vgl. o.m. artikel 5, lid 2) en de vaststelling van een termijn, meestal dertig maanden, soms langer (artikel 9) —; d) de vaststelling van een marge waarbinnen de Lid-Staten, wat sommige punten betreft, vrij zijn bij de uitstippeling van hun beleid. In zoverre zij vooral gewezen op artikel 2, lid 2, volgens hetwelk de richtlijn „geen belemmering [vormt] voor de bevoegdheid van de Lid-Staten om beroepsactiviteiten van de toepassing hiervan uit te sluiten en, in voorkomend geval, de hiervoor noodzakelijke opleidingen, waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is"; e) het feit dat de doorvoering van het beginsel van de gelijkheid op het terrein der sociale zekerheid naar een later tijdstip

wordt verschoven: artikel 1, lid 2, spreekt van een *geleidelijke* tenuitvoerlegging, en voorziet dat de Raad bepalingen zal vaststellen waarbij met name de inhoud, de draagwijdte en de wijze van toepassing van het beginsel nader worden omschreven.

Op grond van een en ander houdt richtlijn nr. 76/207 een bevestiging in van de voornaamste vaststellingen waartoe wij hiervoor, sprekende over artikel 117, kwamen. Met name wordt bevestigd dat er, om het beginsel van gelijke behandeling van werknemers van beiderlei kunne, wat de arbeidsvoorwaarden betreft, uit de verf te doen komen, communautaire maatregelen nodig waren, alsmede — om het beginsel in concreto tot gelding te brengen — vooralsnog ook maatregelen van de Lid-Staten. Indien het mogelijk zou zijn geweest aan artikel 117 rechtstreekse werking te doen toekomen, dan zou 's Raads richtlijn welbeschouwd geen hinderpaal hebben opgeleverd (zoals het Hof ten aanzien van richtlijn nr. 75/117, getoetst aan artikel 119, heeft aangenomen: men zie voormeld arrest Defrenne van 8 april 1976). Maar ik heb er reeds op gewezen dat er met betrekking tot artikel 117 geenszins van rechtstreekse werking kan worden gesproken. Veeleer zij aan het vorenstaande toegevoegd dat wanneer de Lid-Staten, als binnenkort de termijn zal zijn verstreken, een verplichting tot vaststelling van de maatregel in de richtlijn bedoeld niet mochten hebben geëerbiedigd, aan particulieren het pad zou zijn geëffend om, binnen de communautaire rechtsorde, met een beroep op de richtlijn zelf een subjectieve recht in te roepen, zulks uiteraard onverminderd de grenzen waarin de opzet van de onderscheiden bepalingen der richtlijn zulks toelaat. Ik doel met name op 's Hofs uitspraak van 6 oktober 1970, gewezen in de zaak 9/70 (Jurispr. 1970, blz. 825), waarop is voortgebouwd bij de arresten van 17 december 1970, gewezen in de zaak 30/70, Sace (ibidem, blz. 1213), 4 december 1974, gewezen in de zaak 41/74, Van Duyn (Jurispr. 1974, blz. 1337) en 1 februari 1977, gewezen in de zaak 51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen (Jurispr. 1977, blz. 113).

Ik zou er, wat dit laatste punt betreft, ten slotte op willen wijzen dat, nog steeds aangenomen dat de richtlijn van 9 februari 1976 niet zou worden nageleefd, er alle aanleiding bestaat zulks (zij het slechts gedeeltelijk) te verhelpen met het technisch middel der rechtstreekse werking. Indien inderdaad moet worden aangenomen dat de ingewikkeldheid van het probleem ener gelijke behandeling — qua arbeidsvoorwaarden — zowel naar gemeenschapsrecht als naar nationaal recht vraagt om uitvoeringsmaatregelen — die bovendien nodig zijn om uit te maken welke uitzonderingen of welke aanpassingen objectief gerechtvaardigd kunnen zijn —, dient anderzijds duidelijk te worden uitgesproken dat de geringe voortvarendheid welke de Gemeenschap en de Lid-Staten bij de doorvoering van het beginsel ener gelijke, niet naar kunne discriminerende behandeling aan de dag leggen, ernstig te betreuren is. Het is met name bevreemdend dat sommige Lid-Staten er nog steeds moeite mee hebben alle logische en praktische consequenties te verbinden aan een principe — zoals het beginsel dat er niet naar kunne mag worden gediscrimineerd —, dat in wezen bij niemand twijfel óf voorbehoud ontmoet.

8. Op grond van een en ander concludeer ik dat het Hof in antwoord op de vraag, door het Belgische Hof van Cassatie bij arrest van 28 november 1977 gesteld, zal verklaren voor recht:

1. dat de verwezenlijking van de doelstelling een gelijke behandeling van werknemers van beiderlei kunne wat betreft de niet met de beloning verband houdende arbeidsvoorwaarden, buiten het toepassingsgebied van artikel 119 van het EEG-Verdrag valt;

2. dat het stellen van verschillende leeftijdsgrenzen voor mannelijke en vrouwelijke werknemers die hetzelfde werk verrichten, naar de huidige stand van zaken niet afstuit op enig jegens particulieren rechtstreeks werkend communautair rechtsbeginsel;

3. dat het beginsel ener gelijke behandeling van werknemers van beiderlei kunne in de communautaire rechtsorde van belang is, voor zover het gaat om niet in de beloning gelegen arbeidsvoorwaarden, zowel in het bestek van de algemene doelstelling ener gelijke behandeling van werknemers die in artikel 117 van het EEG-Verdrag besloten ligt, als op grond van 's Raads richtlijn van 9 februari 1976 nr. 76/207 EEG, zij het dat het beginsel niet rechtstreeks jegens de onder de communautaire rechtsorde vallende particulieren werkt.