CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL W. VAN GERVEN
van 4 mei 1994 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Onderhavige prejudiciële zaken situeren zich in het verlengde van het arrest Barber waarin het Hof, zoals bekend, oordeelde dat

„artikel 119 van het Verdrag eraan in de weg staat, dat een man aan wie een gedwongen ontslag is verleend, slechts aanspraak heeft op een uitgesteld pensioen op de normale pensioengerechtigde leeftijd, terwijl een vrouw in dezelfde omstandigheden recht heeft op een onmiddellijk ingaand pensioen, doordat een naar geslacht verschillende leeftijdsvoorwaarde geldt, naar analogie van wat in de nationale wettelijke pensioenregeling is voorzien". [1]

Uit het arrest Barber vloeit derhalve voort dat dergelijke discriminaties in bedrijfspensioenstelsels moeten worden opgeheven. In deze zaken staat de vraag centraal *op welke wijze* zulks moet gebeuren. Beide in het geding staande pensioenstelsels hebben ervoor geopteerd om de normale pensioengerechtigde leeftijd voor vrouwelijke werknemers op het niveau te brengen van deze van mannelijke werknemers.

Achtergrond van zaak C-408/92, Smith e. a.

2. Mevrouw Smith en de andere verzoeksters in het bodemgeding van zaak C-408/92 zijn of waren aangesloten bij een vervangende bedrijfspensioenregeling, het Avdel Pension & Life Assurance Plan (hierna: „de regeling"), die beheerd wordt door hun werkgever, Avdel Systems Limited.

De regeling wordt deels gefinancierd door bijdragen van de werkgever, en deels door een bijdrage van de werknemer van 5% van de pensioengrondslag minus belastingvermindering. Krachtens de regeling hebben aangeslotenen op de normale pensioendatum recht op een pensioen of kunnen zij verkiezen een deel van het jaarlijkse pensioen om te zetten in een belastingvrije contante som. Onder bepaalde voorwaarden kunnen zij

* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

1 — Arrest van 17 mei 1990, zaak C-262/88, Barber, Jurispr. 1990, blz. I-1889, r. o. 35 en punt 3 van het dispositief.

ook de waarde van pensioenrechten die zij in een vorige dienstbetrekking hebben verworven, naar de regeling overdragen.

Vóór 1 juli 1991 bepaalde de regeling dat de normale pensioengerechtigde leeftijd voor mannen 65 jaar was en voor vrouwen 60 jaar. Met ingang van 1 juli 1991 werd de regeling in die zin gewijzigd, dat de normale pensioengerechtigde leeftijd voor mannen én vrouwen 65 jaar werd. Blijkens de verwijzingsbeschikking geldt de wijziging zowel voor uitkeringen verkregen uit hoofde van dienstjaren na 1 juli 1991 als voor uitkeringen verkregen uit hoofde van dienstjaren vóór 1 juli 1991. De gevolgen van de verandering zijn meer in het bijzonder:

a) indien een vrouw op 60-jarige leeftijd met pensioen gaat, wordt haar pensioen op actuariële wijze gekort met 4% per jaar voor elk jaar dat haar pensioenleeftijd onder de leeftijd van 65 jaar ligt. Onder de vroegere regeling zou zij een volledig pensioen hebben ontvangen;

b) indien een vrouw voor de normale pensioendatum, dit is voor haar 65 jaar, uit de regeling treedt, worden de verworven pensioenrechten die naar een andere erkende regeling konden worden overgedragen of die konden worden gebruikt voor de aankoop van een verzekeringspolis, berekend door ervan uit te gaan dat haar 65e verjaardag de normale pensioendatum zou zijn;

c) indien een vrouw op 60-jarige leeftijd met pensioen gaat, worden de pensioenuitkeringen die zij in haar vroegere dienstbetrekking had verworven op basis van een pensioengerechtigde leeftijd van 60 jaar, op actuariële wijze gekort met 4% voor elk jaar dat zij voor de leeftijd van 65 jaar met pensioen gaat. Het totale bedrag van deze pensioenuitkeringen mag echter niet onder het niveau van een geldelijke garantie komen die is gegeven op het moment dat de rechten in de regeling werden overgedragen. Dit kan tot gevolg hebben dat de totale nettokorting op deze pensioenrechten wordt beperkt.

3. 78 Vrouwelijke werknemers dienden tegen de nieuwe regeling een verzoekschrift in bij het Bedford Industrial Tribunal (hierna: „het Tribunal"). Hun klacht is met name gebaseerd op artikel 119 EG-Verdrag. In overeenstemming tussen de partijen werden vijf zaken geselecteerd voor een proefproces. Deze zaken kunnen worden ingedeeld in drie categorieën, namelijk:

a) vrouwelijke werknemers tussen de 60 en 65 jaar die sedert 1 juli 1991 gepensioneerd zijn. Dit is het geval met Smith, Ball en McHugh. Krachtens de nieuwe

regels zijn hun pensioenen met respectievelijk 20%, 8,3 % en 11,28% verminderd;

b) vrouwelijke werknemers die nog steeds werkzaam zijn en naar de regeling pensioenrechten hebben overgedragen die zij bij een vorige werkgever hebben verworven. Dit is het geval met Parker. Indien deze personen op pensioen gaan tussen de 60 en 65 jaar, worden hun pensioenrechten verminderd met de voormelde actuariële korting van 4% per jaar tot op hun 65e verjaardag onder voorbehoud van de hogergenoemde geldelijke garantie;

c) vrouwelijke werknemers die nog steeds werkzaam zijn maar niet meer zijn aangesloten bij de regeling. Dit is de situatie van Vance, die de regeling vrijwillig heeft verlaten. Zij kan aanspraak maken op een uitgesteld pensioen op basis van de rechten die zij heeft opgebouwd tijdens haar lidmaatschap van de regeling, maar de waarde van dit pensioen wordt berekend op grond van een normale pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar. [2]

4. Het Tribunal besloot bij beschikking van 2 november 1992 de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Indien een bedrijfspensioenregeling verschillende normale pensioengerechtigde leeftijden voor mannen en vrouwen hanteert (65 respectievelijk 60 jaar) en een werkgever dat onderscheid, gezien de uitspraak in de zaak Barber (arrest van 17 mei 1990, zaak C-262/88, Jurispr. 1990, blz. I-1889), wil opheffen, is het dan in strijd met artikel 119 EEG-Verdrag wanneer de werkgever de gemeenschappelijke pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen op 65 jaar stelt

i) voor de pensioenuitkeringen van werknemers, die gebaseerd zijn op dienstjaren na de gelijkstellingsdatum (1 juli 1991);

ii) voor de pensioenuitkeringen van werknemers, die gebaseerd zijn op dienstjaren vanaf 17 mei 1990, maar vóór de gelijkstellingsdatum, indien deze datum 1 juli 1991 was;

2 — De verwijzingsbeschikking vermeldt nog een vierde categorie, namelijk vrouwelijke werknemers die bij de regeling waren aangesloten maar inmiddels zijn overleden. Aangezien geen der zaken in het bodemgeding op deze hypothese betrekking heeft, laat ik deze categorie verder buiten beschouwing.

iii) voor pensioenuitkeringen van werknemers, die gebaseerd zijn op dienstjaren vóór 1990, indien de gelijkstellingsdatum 1 juli 1991 was?

2) Indien het antwoord op vraag 1 geheel of gedeeltelijk negatief luidt, verplicht artikel 119 de werkgever dan om de nadelige gevolgen voor vrouwen wier uitkeringen ongunstig worden beïnvloed door de beslissing van de werkgever om het verschil in pensioenleeftijd op te heffen, zo klein mogelijk te houden?

3) Indien het antwoord op vraag 1 geheel of gedeeltelijk bevestigend luidt, is het dan verenigbaar met artikel 119, dat de werkgever zich beroept op het beginsel van objectieve rechtvaardiging door te verwijzen naar de behoeften van de onderneming of van de bedrijfspensioenregeling ter rechtvaardiging van een verlaging van de uitkering voor vrouwen, en zo ja, welke factoren zijn van belang voor de vaststelling dat een dergelijke objectieve rechtvaardiging bestaat?"

Achtergrond van zaak C-28/93, Van den Akker e. a.

5. Mevrouw Van den Akker en de andere verzoeksters in het bodemgeding in zaak C-28/93 zijn allen in dienst van rechtspersonen die deel uitmaken van de Koninklijke Shell Groep. Uit dien hoofde zijn zij aangesloten bij de bedrijfspensioenregeling van Stichting Shell Pensioenfonds, verweerster in het bodemgeding (hierna: „het pensioenfonds").

Tot en met 31 december 1984 maakte het reglement van die pensioenregeling een onderscheid tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers, in die zin dat voor eerstgenoemden de normale pensioengerechtigde leeftijd was vastgesteld op 60 jaar, en voor laatstgenoemden op 55 jaar. Daardoor konden mannelijke werknemers vijf jaar langer in de regeling deelnemen dan hun vrouwelijke collega's en dus een hoger nominaal pensioen opbouwen, met dien verstande dat de opbouw van pensioenrechten voor beide groepen eindigde bij het bereiken van het maximale aantal pensioengevende dienstjaren.

Met ingang van 1 januari 1985 werd dat onderscheid ongedaan gemaakt: voor alle aangeslotenen werd de normale pensioengerechtigde leeftijd vastgesteld op 60 jaar. Volgende overgangsregeling werd daarbij getroffen. De vrouwelijke werknemers die op 1 januari 1985 reeds bij de regeling waren

aangesloten, hadden de keuze tussen deelneming in de nieuwe regeling met verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd van 55 tot 60 jaar, of deelneming in die regeling met handhaving van de pensioengerechtigde leeftijd op 55 jaar. Zij moesten die keuze uiterlijk op 31 december 1986 maken. Bij gebreke van een expliciete keuze voor een pensioengerechtigde leeftijd van 60 jaar werd men verondersteld te hebben geopteerd voor een pensioengerechtigde leeftijd van 55 jaar. Alle verzoeksters in het bodemgeding hebben expliciet of impliciet gekozen voor handhaving van de pensioengerechtigde leeftijd op 55 jaar.

6. Naar aanleiding van het arrest Barber achtte het pensioenfonds het noodzakelijk om het pensioenreglement zodanig te wijzigen, dat de bij de reglementswijziging van 1985 geboden mogelijkheid voor vrouwelijke werknemers om de pensioengerechtigde leeftijd van 55 jaar ook na 1 januari 1985 te handhaven, met ingang van 1 juni 1991 werd ingetrokken.

Bij de wijziging werd volgende compensatieregeling getroffen. Eerst wordt berekend wat de uit de wijziging voortvloeiende vermindering van de contante waarde van de in de periode gelegen vóór 17 mei 1990 opgebouwde pensioenuitspraken is. Vervolgens wordt die vermindering gecompenseerd, waarbij iedere deelnemer uiterlijk op 1 december 1991 kon opteren voor een (met die contante waarde corresponderende) vervroegde ingang van het pensioen zonder toepassing van de reglementaire vervroegingsaftrek. Werd alsdan geen verklaring ingediend, dan wordt er van uitgegaan dat de deelnemer voor die optie heeft gekozen.

Blijkens de verwijzingsbeschikking heeft het pensioenfonds toegezegd dat het zich opnieuw over de wijziging zal bezinnen voor zover mocht blijken dat het niet doorvoeren van de wijziging geen risico van schending van artikel 119 EG-Verdrag inhoudt. Het pensioenfonds vreest namelijk dat, bij vastgestelde schending, mannelijke werknemers in dezelfde positie, bij het niet doorvoeren van de wijziging alsnog aanspraak zouden maken op dezelfde rechten als die welke voor hun vrouwelijke collega's voortvloeien uit de in 1985 doorgevoerde overgangsregeling, en met name voor een pensioengerechtigde leeftijd van 55 jaar zouden opteren.

7. Verzoeksters in het bodemgeding zijn van mening dat artikel 119 en het arrest Barber hogergenoemde wijziging niet noodzakelijk maken, en dat de wijziging bijgevolg moet worden ongedaan gemaakt. Zij vorderen dienomtrent een verklaring voor recht voor het Kantongerecht te 's-Gravenhage (hierna: „het Kantongerecht").

Het Kantongerecht heeft het nodig geacht om het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„A) Is het in strijd met artikel 119 om in een in het kader van een arbeidsovereenkomst getroffen pensioenregeling waarin de pensioengerechtigde leeftijd sedert 1 januari 1985 voor zowel mannelijke als vrouwelijke deelnemers op 60 jaar is gesteld, de pensioengerechtigde

leeftijd voor een beperkte groep vrouwelijke deelnemers na 17 mei 1990 op 55 jaar te blijven stellen, indien

a) dit laatste voortvloeit uit een per 1 januari 1985 (toen bij reglementswijziging de pensioengerechtigde leeftijd welke voorheen voor mannelijke deelnemers op 60 jaar en voor vrouwelijke deelnemers op 55 jaar was gesteld, werd gelijk getrokken en op 60 jaar werd gesteld) getroffen overgangsregeling (‚de overgangsregeling'), en

b) de overgangsregeling uitsluitend van toepassing is voor die vrouwelijke (aspirant)deelnemers die zowel op 31 december 1984 alsmede op 1 januari 1985 bij een tot gedaagde toegetreden werkgever in dienst waren (‚de gedupeerden'), en

c) de overgangsregeling tevens inhield dat de gedupeerden konden kiezen tussen een pensioengerechtigde leeftijd van 55 dan wel 60 jaar, welke keuze diende te worden gemaakt tijdens een periode welke reeds (uiterlijk) op 31 december 1986 is geëxpireerd?

B) Maakt het voor het antwoord op vraag A verschil of de overgangsregeling voor gevallen waarin niet tijdig een expliciete keuze is kenbaar gemaakt, inhoudt dat alsdan de oorspronkelijke pensioengerechtigde leeftijd van 55 jaar van toepassing is, dan wel dat alsdan de algemene pensioengerechtigde leeftijd van 60 jaar van toepassing is?"

Is het optrekken van de pensioengerechtigde leeftijd van vrouwelijke werknemers tot die van mannelijke werknemers, in uitvoering van het arrest Barber, verenigbaar met artikel 119 EG-Verdrag?

8. Ondanks de verschilpunten tussen beide zaken is de kernvraag waarmee het Hof hier te maken krijgt dezelfde, namelijk of, en zo ja inhoeverre, een bedrijfspensioenregeling, ten einde rekening te houden met de gevolgen van het arrest Barber, de aanspraakgerechtigde leeftijd kan gelijkschakelen door de pensioengerechtigde leeftijd voor vrouwelijke werknemers te verhogen, veeleer dan deze voor mannelijke werknemers te verlagen. Met name uit de zaak Smith blijkt dat zulks voor vrouwelijke werknemers een nadeel inhoudt, aangezien deze voortaan langer in loondienst moeten zijn om aanspraak te kunnen maken op een volledig bedrijfspensioen.

Ik behandel de kernvraag eerst op het principiële vlak, om nadien een antwoord te verstrekken op de in beide zaken gestelde vragen.

9. Ofschoon het om een delicate aangelegenheid gaat, meen ik dat het *principiële* antwoord naar gemeenschapsrecht vrij duidelijk is. Ik wijs erop dat een gelijkaardige vraag aan het Hof is voorgelegd in zaak C-200/91, Coloroll: het High Court of Justice (Chancery Division) wenst daar te vernemen of de tenuitvoerlegging van het gelijkheidsbeginsel verlangt dat de uitkeringen van het benadeelde geslacht in alle gevallen worden verhoogd, dan wel of het daarentegen in overeenstemming is met artikel 119 wanneer de uitkeringen van het andere geslacht worden verlaagd. [3] In mijn conclusie van 28 april 1993 in de zaken Ten Oever, Moroni, Neath en Coloroll [4], heb ik op grond van de rechtspraak van het Hof een onderscheid gemaakt tussen pensioenuitkeringen al naargelang deze steunen op in het verleden (na het arrest Barber) opgelopen discriminaties dan wel betrekking hebben op arbeidsprestaties verstrekt na de uitvaardiging van een nieuwe, (ingevolge dat arrest) aan het beginsel van gelijke behandeling aangepaste regeling. Dit onderscheid dringt zich ook hier op.

10. Wat betreft uitkeringen die gebaseerd zijn op *in het verleden* liggende tijdvakken van arbeid waarvoor een discriminerende regeling gold, moet, in afwachting van een maatregel die deze discriminatie ongedaan maakt, een *verhoging* worden doorgevoerd van de uitkeringen voor de benadeelde geslachtsgroep tot op het niveau van deze voor de begunstigde geslachtsgroep. Het is immers vaste rechtspraak van het Hof in zaken van geslachtsdiscriminatie dat de gunstiger regeling ook op de minder begunstigde geslachtsgroep moet worden toegepast aangezien die regeling het „enig bruikbare referentiekader" is voor een onmiddellijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling. [5]

Bij de toepassing van deze rechtspraak moet uiteraard rekening worden gehouden met de beperking in de tijd van het arrest Barber. Zoals het Hof recent in de arresten Ten Oever, Moroni en Neath heeft verduidelijkt, betekent dit dat

„op de rechtstreekse werking van artikel 119 EEG-Verdrag slechts een beroep (kan)

3 — Deze vraag is vervat in vraag 1, sub 2, iii), in de zaak Coloroll.

4 — Conclusie in zaken C-109/91, C-110/91, C-152/91 en C-200/91, Jurispr. 1993, blz. I-4932 en I-4933, nr. 60.

5 — Het Hof heeft dit criterium voor het eerst ontwikkeld in de zaak Razzouk en Beydoun met betrekking tot het recht op gelijke behandeling van vrouwelijke en mannelijke EG-ambtenaren (arrest van 20 maart 1984, gevoegde zaken 75/82 en 117/82, Jurispr. 1984, blz. 1509, r. o. 19). Het heeft dit vervolgens aangewend om toepassing te verzekeren van het door artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7/EEG (zie de volledige referentie in voetnoot 11) bekrachtigde beginsel van gelijke behandeling zolang aan deze richtlijn door de nationale wetgever geen (volledige) uitvoering is gegeven: zie onder meer arresten van 24 juni 1987, zaak 384/85, Borrie Clarke, Jurispr. 1987, blz. 2865, r. o. 12 en, recent, van 24 februari 1994, zaak C-343/92, Roks, Jurispr. 1994, blz. I-571, r. o. 18. In de arresten Kowalska en Nimz heeft het Hof deze rechtspraak ook doorgetrokken naar artikel 119 EG-Verdrag: arresten van 27 juni 1990, zaak C-33/89, Kowalska, Jurispr. 1990, blz. I-2591, r. o. 19, en 7 februari 1991, zaak C-184/89, Nimz, Jurispr. 1991, blz. I-297, r. o. 18.

worden gedaan ten einde gelijkheid van behandeling op het gebied van bedrijfspensioenen te eisen, wanneer het gaat om uitkeringen die verschuldigd zijn uit hoofde van na 17 mei 1990 vervulde tijdvakken van arbeid, behoudens de uitzondering ten gunste van werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsvordering hebben ingesteld of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingediend". [6]

Met andere woorden, op het gebied van bedrijfspensioenen kan voornoemde rechtspraak inzake het „enig bruikbare referentiekader" enkel worden toegepast voor tijdvakken van arbeid van na 17 mei 1990.

11. De zaken liggen fundamenteel verschillend voor uitkeringen die steunen op een nieuwe, aan het beginsel van gelijke behandeling aangepaste regeling en betrekking hebben op *toekomstige*, dit zijn na de inwerkingtreding van die regeling voorgekomen tijdvakken van arbeid. Met Avdel Systems Limited, de Britse en de Duitse regering en de Commissie ben ik het eens dat het gemeenschapsrecht zich niet verzet tegen een verlaging van dergelijke uitkeringen, zolang deze uitkeringen op een voor mannelijke en vrouwelijke werknemers gelijk niveau blijven vastgesteld. Er anders over oordelen, zou neerkomen op een onwenselijke communautaire inmenging in een beleidsdomein dat momenteel tot de bevoegdheid van de Lid-Staten behoort, welke, zoals het Hof herhaaldelijk heeft beklemtoond, „met betrekking tot de aard van de sociale beschermingsmaatregelen en de concrete uitvoeringsmaatregelen ervan over een redelijke beleidsmarge beschikken". [7]

Anders dan verzoeksters in beide zaken aanvoeren, doet het arrest Defrenne II aan deze stellingname niets af. Het is juist dat het Hof in dit arrest oordeelde dat, gelet op de sociale doelstelling die aan artikel 119 ten grondslag ligt — zoals deze haar uitdrukking vindt in de door artikel 117 voorgeschreven verbetering van de levensstandaard en de arbeids-

6 — Arresten van 6 oktober 1993, zaak C-109/91, Ten Oever, Jurispr. 1993, blz. I-4879, r. o. 20 en punt 2 van het dispositief; van 14 december 1993, zaak C-110/91, Moroni, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, r. o. 31 en punt 3 van het dispositief; van 22 december 1993, zaak C-152/91, Neath, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, r. o. 18 en punt 1 van het dispositief.

7 — Arresten van 12 juli 1984, zaak 184/83, Hofmann, Jurispr. 1984, blz. 3047, r. o. 27; 7 mei 1991, zaak C-229/89, Commissie/België, Jurispr. 1991, blz. I-2205, r. o. 22; 19 november 1992, zaak C-226/91, Molenbroek, Jurispr. 1992, blz. I-5943, r. o. 15. Cf. ook het recente arrest Roks van 24 februari 1994, aangehaald in voetnoot 5, waar het Hof met betrekking tot richtlijn 79/7 bevestigde dat deze „de ingevolge de artikelen 117 en 118 EEG-Verdrag aan de Lid-Staten toekomende bevoegdheid om, in het kader van een door de Commissie georganiseerde nauwe samenwerking, hun sociale beleid en, bijgevolg, de aard en de omvang van de sociale beschermingsmaatregelen, daaronder begrepen die op het gebied van de sociale zekerheid, alsmede de concrete uitvoeringsmaatregelen ervan te bepalen, (...) onverlet (laat)" (r. o. 28). Hetzelfde geldt mijns inziens onverminderd voor artikel 119 EG-Verdrag.

voorwaarden van de werknemers [8] —, „de tegenwerping dat deze bepaling ook op andere wijze dan door verhoging van de laagste lonen kan worden nageleefd, van de hand moet worden gewezen". [9] Zoals ik reeds in hogergenoemde conclusie van 28 april 1993 betoogde [10], moet men deze overweging in haar context lezen: het bodemgeding betrof een schadevergoedingseis van Defrenne tegenover haar voormalige werkgever, Sabena, omwille van loondiscriminaties met betrekking tot arbeid die in het voorafgaande decennium hadden plaats gehad. De overweging mag dan ook slechts worden geacht te slaan op *in het verleden* opgelopen discriminaties waarvoor, zoals gezegd, het Hof eist dat de gunstiger regeling ook zou gelden voor de minst begunstigde groep.

12. Voor de hier verdedigde stelling vind ik trouwens steun in het recente arrest Roks. Aan het Hof werd daarin gevraagd of het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de invoering van een nationale regeling die — door het behoud van het recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering afhankelijk te stellen van een inkomensvoorwaarde die voortaan zowel voor mannen als vrouwen geldt — tot gevolg heeft dat vrouwen voor de toekomst rechten worden ontnomen die zij tot dan toe ontleenden aan de rechtstreekse werking van artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7/EEG. [11] Onder verwijzing naar de bevoegdheid van de Lid-Staten inzake sociaal beleid antwoordde het Hof dat

„het gemeenschapsrecht zich niet ertegen verzet, dat een Lid-Staat ter beheersing van zijn sociale uitgaven maatregelen neemt als gevolg waarvan bepaalde categorieën van personen het recht op uitkeringen van sociale zekerheid wordt ontnomen, *op voorwaarde dat daarbij het in artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 geformuleerde beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in acht wordt genomen* (...)." [12]

Het voorgaande gaat ook op voor wat de toepassing van artikel 119 EG-Verdrag op bedrijfspensioenstelsels betreft: deze bepaling verlangt wel gelijke beloning voor mannen en vrouwen, doch legt niet een bepaald *niveau* van toekomstige bedrijfspensioenuitkeringen op.

8 — Het Hof heeft er herhaaldelijk op gewezen dat deze bepaling, ofschoon zij van belang kan zijn voor de uitlegging van andere communautaire bepalingen, in wezen van programmatische aard is en dat de verwezenlijking van de erin genoemde doelstellingen dient voort te vloeien uit een door de bevoegde autoriteiten te bepalen beleid: zie arrest van 29 september 1987, zaak 126/86, Giménez Zaera, Jurispr. 1987, blz. 3697, r. o. 13 en 14. Het Hof bevestigde dit meer recent in het arrest van 17 maart 1993, Sloman Neptun (gevoegde zaken C-72/91 en C-73/91, Jurispr. 1993, blz. I-887, r. o. 25 en 26), eraan toevoegend dat artikel 117 geen rechterlijke controle over het sociale beleid van de Lid-Staten toelaat (r. o. 27).

9 — Arrest van 8 april 1976, zaak 43/75, Defrenne II, Jurispr. 1976, blz. 455, r. o. 15.

10 — Nr. 60 van de conclusie.

11 — Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (PB 1979, L 6, blz. 24).

12 — Arrest Roks, r. o. 29 (cursivering van mij), met verwijzing naar het arrest van 11 juni 1987, Teuling (Jurispr. 1987, blz. 2497) en het in voetnoot 7 aangehaalde arrest Commissie/België in zaak C-229/89. Dit principe zit inderdaad reeds vervat in rechtsoverweging 22 van eerstgenoemd arrest en rechtsoverweging 24 van laatstgenoemd arrest, doch zonder de hier gecursiveerde zinssnede.

Antwoord op de vragen in de zaak Smith

13. Toegepast op de zaak Smith, geeft dit het volgende resultaat. Zoals het Tribunal in zijn eerste vraag terecht aangeeft, moet een onderscheid worden gemaakt tussen drie situaties.

Ik begin met de laatste, namelijk het op 65 jaar brengen van de pensioengerechtigde leeftijd voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor pensioenuitkeringen die gebaseerd zijn op *vóór 17 mei 1990 gelegen tijdvakken van arbeid.* Communautairrechtelijk zijn de zaken duidelijk: een dergelijke operatie wordt niet geraakt door artikel 119 EG-Verdrag aangezien deze bepaling — althans met betrekking tot discriminaties voortvloeiend uit verschillen in pensioengerechtigde leeftijd — voor die uitkeringen geen rechtstreekse werking heeft en ook geen andere regeling of beginsel van gemeenschapsrecht kan worden aangewezen die de aanpassing van bedrijfspensioenregelingen aan het gelijkheidsbeginsel, door het instellen van een algemene (hogere of lagere) pensioengerechtigde leeftijd noodzakelijk maakt. Ik heb weliswaar alle begrip voor het standpunt van de verzoeksters in het bodemgeding en van de Duitse regering, dat een verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd voor vrouwen kan neerkomen op een aantasting van in de nadien gewijzigde bedrijfspensioenregeling besloten verworven rechten. Gelet echter op de afwezigheid voor de betrokken periode van communautairrechtelijke regelen kan deze problematiek enkel naar nationaal recht worden opgelost. Uit de opmerkingen van de interveniërende regeringen blijkt trouwens dat onder nationaal recht een aantal mogelijkheden openstaan: de Britse regering maakt dienaangaande melding van in het Verenigd Koninkrijk vigerende regels van contracten-en trustrecht, terwijl de Duitse regering wijst op de naar Duits recht geldende beginselen van bescherming van het gewettigd vertrouwen en van verworven rechten („Prinzip des Vertrauens-und Bestandsschutz") alsook op rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht. [13] Daaraan weze toegevoegd dat Avdel Systems Limited zich als rechtvaardiging voor een retroactieve wijziging van de regeling geenszins kan beroepen op de financiële gevolgen van het arrest Barber, aangezien dit arrest juist niét geldt voor daaraan voorafgaande tijdvakken van arbeid.

14. Vervolgens is er de opwaartse gelijkschakeling van de pensioengerechtigde leeftijd voor mannelijke en vrouwelijke werknemers met betrekking tot pensioenuitkeringen die verworven zijn uit hoofde van *tijdvakken van arbeid die liggen tussen 17 mei 1990 en de datum van gelijkschakeling, in casu 1 juli 1991.* Aangezien deze tijdvakken van arbeid zich na het arrest Barber situeren, geldt hier onverkort de uit de rechtspraak

13 — In nummers 14 en 15 van haar schriftelijke opmerkingen verwijst de Duitse regering met name naar het zogenaamde „weduwpensioenen"-arrest („Witwerrenten-Urteil") van het Bundesarbeitsgericht van 5 september 1989 (3 AZR 575/88; onder meer ook gepubliceerd in *Betriebs-Berater,* 1989, blz. 2400 en in *Der Betrieb,* 1989, blz. 2615), waarin met betrekking tot de bescherming van verworven rechten bij de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling bij particuliere weduwpensioenverzekeringen een *„drie-trappen-theorie"* wordt toegepast. Krachtens die leer zou een werkgever enkel een retroactieve gelijkschakeling van de pensioengerechtigde leeftijd kunnen doorvoeren wanneer hij daarvoor concreet *dwingende redenen* („zwingende Gründe") kan aantonen, zoals het bestaan van een economische noodsituatie, de vermindering van een niet-geplande overvoorziening van uitkeringen en een ernstige schending van fiduciaire verplichtingen.

van het Hof voortvloeiende regel dat het beginsel van gelijke behandeling vereist dat de regeling die geldt voor de meer begunstigde geslachtsgroep (in casu vrouwen) op de minder begunstigde geslachtsgroep (in casu mannen) moet worden toegepast.

In tegenstelling tot de Commissie — die enkel de datum van uitbetaling van het pensioen relevant acht voor de beoordeling of artikel 119 EG-Verdrag is nageleefd [14] — meen ik derhalve dat artikel 119 EG-Verdrag voor uitkeringen *verworven* uit hoofde van deze tijdvakken van arbeid geen opwaartse gelijkschakeling van de pensioenleeftijden toestaat.

15. Wat ten slotte de opwaartse gelijkschakeling betreft van de pensioengerechtigde leeftijd voor uitkeringen verworven uit hoofde van *tijdvakken van arbeid na de gelijkstellingsdatum*: met de Britse en Duitse regering ben ik, om de hiervoor aangehaalde redenen (zie nrs. 11 en 12), van oordeel dat een dergelijke operatie niet in strijd is met artikel 119 EG-Verdrag, voor zover zij althans het beginsel van gelijke behandeling volledig respecteert.

14 — Ter zitting wees de raadsman van verzoeksters in de zaak Smith er terecht op dat het standpunt van de Commissie geen rekening houdt met de intrinsieke kenmerken van bedrijfspensioenregelingen. Immers, zoals het Hof in de in voetnoot 6 aangehaalde arresten Ten Oever (r. o. 17), Moroni (r. o. 29) en Neath (r. o. 14) opmerkte, hebben bedrijfspensioenregelingen in die zin een bijzonder karakter, „dat het recht op pensioen tijdens de gehele loopbaan van de werknemer geleidelijk wordt opgebouwd en losstaat in de tijd van de daadwerkelijke betaling ervan, die eerst na het bereiken van een bepaalde leeftijd plaatsvindt".

16. Dit laatste punt brengt mij bij de tweede vraag van het Tribunal: verplicht artikel 119 EG-Verdrag, zelfs indien het zich niet verzet tegen een opwaartse gelijkschakeling van de pensioengerechtigde leeftijden, de werkgever niettemin ertoe om de nadelige gevolgen voor vrouwen wier uitkeringen ongunstig worden beïnvloed door bedoelde gelijkschakeling, zo klein mogelijk te houden? Wat betreft de gelijkschakeling voor uitkeringen die betrekking hebben op *vóór 17 mei 1990* gelegen tijdvakken van arbeid, is het antwoord duidelijk: uit artikel 119 EG-Verdrag kunnen voor die periode geen verplichtingen voor de werkgever worden afgeleid.

Op de situatie van uitkeringen met betrekking tot tijdvakken van arbeid tussen 17 mei 1990 en de gelijkschakelingsdatum, hoef ik niet in te gaan: zoals gezegd, verzet artikel 119 zich hier tegen een opwaartse gelijkschakeling van de pensioengerechtigde leeftijd.

Maar wat dan, voor wat betreft de gelijkschakeling voor *toekomstige* dienstjaren (dit zijn de jaren na de in de regeling voorziene gelijkstellingsdatum van 1 juli 1991)? Smith en de andere verzoeksters in het bodemgeding betogen dat de werkgever hier gehouden is door het communautaire evenredigheidsbeginsel. De ter opheffing van de

verboden discriminatie gekozen methode zou de pensioenuitkeringen van vrouwen niet meer mogen verlagen dan strikt noodzakelijk is om aan de behoeften van de onderneming te voldoen. Rekening zou daarbij onder meer moeten worden gehouden met overschotten waarover het pensioenfonds beschikt, dan wel alternatieve financieringsmethoden zoals het verhogen van de bijdragen, en de mate waarin de werkgever in het verleden van de handhaving van een discriminerende pensioenregeling heeft geprofiteerd (hetgeen in casu het geval zou zijn, daar Avdel Systems Limited sedert 1 juni 1989 geen bijdragen meer heeft betaald).

Deze argumentatie gaat niet op. De werkgever is op grond van artikel 119 EG-Verdrag verplicht elke ongelijke beloning tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers ongedaan te maken. Het proportionaliteitsbeginsel kan mijns inziens niet worden ingeroepen om afbreuk te doen aan de tenuitvoerlegging van „een zo fundamenteel gemeenschapsrechtelijk beginsel als dat van gelijke behandeling van mannen en vrouwen". [15]

17. De derde vraag in de zaak Smith behoeft enkel een antwoord met betrekking tot de tweede situatie, namelijk deze van pensioenuitkeringen van werknemers die gebaseerd zijn op tijdvakken van arbeid vanaf 17 mei 1990 maar vóór de gelijkstellingsdatum van 1 juli 1991: kan de werkgever voor die periode de pensioengerechtigde leeftijd voor vrouwen niettemin verhogen en dienvolgens hun uitkeringen verlagen *indien* hij daarvoor een objectieve rechtvaardiging kan laten gelden, zoals de behoeften van de onderneming of van de bedrijfspensioenregeling?

Ik ben geneigd terzake een restrictief standpunt in te nemen. De duurtijd van de periode in kwestie en de daarmee verbonden kost is immers in de handen van de werkgever zelf: hoe sneller de pensioenregeling wordt aangepast aan het beginsel van gelijke behandeling, hoe korter de tijdspanne waarin de regel inzake het „enig bruikbare referentiekader" geldt en, derhalve, hoe kleiner de daaruit voor de werkgever en de pensioenregeling voortvloeiende kosten. Het lijkt mij dus niet gepast om, zoals door Avdel Systems Limited wordt bepleit, op dit punt een soepele toepassing te maken van de criteria die het Hof onder meer in het arrest Bilka heeft ontwikkeld voor de objectieve rechtvaardiging van *indirecte* discriminaties. [16] Wel ben ik het eens met de regering van het Verenigd Koninkrijk dat het Hof de mogelijkheid van objectief gerechtvaardigde uitzonderingen niet a priori mag uitsluiten.

18. Van een dergelijke mogelijkheid mag evenwel slechts onder uitzonderlijke situaties gebruik worden gemaakt, meer bepaaldelijk om rekening te houden met omstandigheden die volkomen losstaan van geslachtsdiscriminatie en die beantwoorden aan een *acute* behoefte welke het voortbestaan zelf van de onderneming betreft, dan wel de solventie

15 — De uitdrukking komt uit het arrest Roks, r. o. 36.

16 — Arrest van 13 mei 1986, zaak 170/84, Bilka, Jurispr. 1986, blz. 1607, r. o. 36. Die criteria zijn „het aan een werkelijke behoefte van de onderneming beantwoorden, geschikt zijn om het door haar beoogde doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk zijn".

van haar bedrijfspensioenregeling. Wat het voortbestaan van de *onderneming* betreft, lijken mij een aantal — maar niet alle [17] — van de door Avdel Systems Limited voor het Tribunal [18] aangevoerde factoren als een dergelijke acute behoefte te kunnen worden gekwalificeerd: ik denk bij voorbeeld aan de nood voor een onderneming om vitale investeringen te laten doorgang vinden, of om brutale schokken in haar personeelsbestand op te vangen. [19] Wat de *bedrijfspensioenregeling* aangaat, lijkt mij een uitzondering mogelijk wanneer een onverkorte tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling het financiële evenwicht [20] van de regeling in kwestie, en daarmee haar solvabiliteit, ernstig in het gedrang brengt. [21] Tevens wil ik niet uitsluiten dat een bedrijfspensioenregeling, omwille van de ingewikkelde actuariële berekeningen waartoe de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling aanleiding kan geven — in onderhavige gevallen bij voorbeeld zijn afzonderlijke berekeningen vereist voor drie onderscheiden perioden van tewerkstelling —, de voorkeur kan geven aan een vanuit administratief of actuarieel oogpunt minder complexe alternatieve aanpak om, met betrekking tot de hier aan de orde staande periode, het beginsel van gelijke behandeling ten uitvoer te leggen. Een dergelijke alternatieve aanpak moet dan wel ten volle rekening houden met de rechten die artikel 119 ten gunste van particulieren heeft doen ontstaan vanaf 17 mei 1990, datum van de uitspraak in de zaak Barber. [22]

Het spreekt vanzelf dat het aan de nationale rechter staat om deze elementen te beoordelen en te controleren en met name uit te maken of de door de werkgever en/of de bedrijfspensioenregeling ingeroepen rechtvaardigingsgronden losstaan van enige geslachtsdiscriminatie [23] en geen verdere beperking inhouden op het beginsel van gelijke behandeling dan strikt noodzakelijk is. [24]

17 — Zo komen mijns inziens kostfactoren met een algemene potentiële uitwerking niet in aanmerking, zoals de door Avdel Systems Limited genoemde potentiële kosten van een beperkte stijging van de prijsindexering en de vooruitzichten van een economische recessie.

18 — Punt 7.4 van de verwijzingsbeschikking.

19 — Avdel Systems Limited beroept zich dienaangaande op de gevolgen voor haar personeelsbestand wanneer mannelijke werknemers (in totaal zo'n 90% van haar personeel) in massale getale gebruik zouden maken van het hen toegestane recht om op 60-jarige leeftijd aanspraak te maken op een volledig pensioen.

20 — Dat het Hof bij de beoordeling van de rechtvaardiging van discriminaties bereid is het financiële evenwicht van het betrokken stelsel in acht te nemen, blijkt onder meer uit de arresten van 7 juli 1992, zaak C-9/91, Equal Opportunities Commission, Jurispr. 1992, blz. I-4297, r. o. 15-18 (wettelijke pensioenstelsels), en 27 oktober 1993, zaak C-338/91, Steenhorst-Neerings, Jurispr. 1993, blz. I-5475, r. o. 23 (wettelijke regeling inzake arbeidsongeschiktheidsuitkering).

21 — Het loutere feit dat tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling financiële lasten meebrengt met een zekere impact op het financieel evenwicht van een bedrijfspensioenregeling, volstaat derhalve niet als rechtvaardigingsgrond: het moet gaan om *niet of nauwelijks te overkomen* moeilijkheden. Gaat het, gelet onder meer op de beperkte tijdspanne en de financiële positie van de pensioenregeling (bij voorbeeld aanwezigheid van overschotten, reserves en dergelijke), om inspanningen die overkomelijk zijn, dan kan per analogie verwezen worden naar wat het Hof in het arrest Roks, aangehaald in voetnoot 5, overwoog met betrekking tot wettelijke socialezekerheidsmaatregelen: „Ofschoon budgettaire overwegingen aan de basis kunnen liggen van de sociale beleidskeuzen van een Lid-Staat en de aard of de omvang van de sociale beschermingsmaatregelen die de Lid-Staat wenst vast te stellen, kunnen beïnvloeden, vormen zij op zichzelf evenwel niet een doelstelling van dat beleid en kunnen zij dus ook niet een discriminatie ten nadele van een der geslachten rechtvaardigen" (r. o. 35).

22 — Cf., met betrekking tot richtlijn 79/7, arrest van 8 maart 1988, zaak 80/87, Dik, Jurispr. 1988, blz. 1601, r. o. 14.

23 — Cf. arrest van 13 juli 1989, zaak 171/88, Rinner-Kühn, Jurispr. 1989, blz. 2743, r. o. 15.

24 — Vergelijk de proportionaliteitstest zoals die onder meer in het arrest Bilka (r. o. 36) en het arrest Teuling, aangehaald in voetnoot 12 (r. o. 18), is geformuleerd: de gekozen middelen moeten *geschikt* zijn om het gerechtvaardigde doel te bereiken en daarvoor ook *noodzakelijk* zijn. Zulks houdt niet alleen in dat de nationale rechter in casu moet nagaan of de door de werkgever en/of de bedrijfspensioenregeling getroffen maatregel pertinent is, dit wil zeggen een logisch verband vertoont met het nagestreefde doel (voor een geval waarin het Hof die pertinentie niet aanwezig achtte, zie arrest van 30 maart 1993, zaak C-328/91, Thomas e. a., Jurispr. 1993, blz. I-1247, r. o. 16), maar tevens of er voor de werkgever en/of de bedrijfspensioenregeling geen haalbaar alternatief bestaat dat het gelijke behandelingsprincipe minder beperkt.

Antwoord op de vragen in de zaak Van den Akker

19. Anders dan in de zaak Smith gaat het in de zaak Van den Akker om een *vóór* het arrest Barber, namelijk op 1 januari 1985, doorgevoerde gelijkschakeling van de pensioengerechtigde leeftijd van mannelijke en vrouwelijke werknemers, waarbij de toen aangesloten vrouwelijke deelnemers gedurende een beperkte periode (begin 1985-eind 1986) konden opteren voor het behoud van een lagere pensioengerechtigde leeftijd. De hiervoor (nr. 8) geformuleerde kernvraag vertoont hier derhalve een accentverschuiving, waarbij de klemtoon komt te liggen op de impact van het arrest Barber op een vóór dat arrest — en zelfs vóór het arrest Bilka [25] — overeengekomen overgangsregeling: moet een dergelijke overgangsregeling, die *ratione personae* en *ratione temporis* beperkt is, worden ingetrokken? Kunnen mannelijke werknemers, bij behoud van een dergelijke overgangsregeling, aanspraak maken op dezelfde rechten als diegene die gelden voor vrouwelijke werknemers die in het kader van de overgangsregeling van 1985 voor een pensioengerechtigde leeftijd van 55 jaar hebben geopteerd?

20. De standpunten van interveniënten voor het Hof zijn verdeeld. Verzoeksters in het bodemgeding en de Nederlandse regering menen dat artikel 119 EG-Verdrag zich niet verzet tegen de in het geding staande overgangsregeling. Eerstgenoemden beroepen zich daartoe met name op de overwegingen van het arrest Barber waarin het Hof verklaarde dat dwingende overwegingen van rechtszekerheid eraan in de weg staan dat rechtssituaties waarvan alle gevolgen in het verleden zijn uitgewerkt, weer in geding worden gebracht. [26] In onderhavige zaak zijn volgens hen de gevolgen van de betrokken rechtssituaties uitgewerkt door het verstrijken van de uiterste datum waarop voor de overgangsmaatregel geopteerd kon worden, dit is 31 december 1986. Een ander standpunt zou onvoldoende recht doen aan het fundamentele rechtszekerheidsbeginsel.

Volgens het pensioenfonds daarentegen vloeit uit het arrest Barber voort dat ook de hier aan de orde zijnde overgangsregeling thans verboden is. In acht genomen de wijze waarop het Hof de werking van het arrest Barber in de tijd heeft beperkt, is het volgens het pensioenfonds voor aanspraken die na 17 mei 1990 worden opgebouwd, niet meer toegestaan te discrimineren door de handhaving van een naar geslacht verschillende pensioengerechtigde leeftijd.

De Commissie treedt dit laatste standpunt bij. Zij meent dat verzoeksters in het bodemgeding zich niet tegen de opheffing van de overgangsregeling kunnen verweren met een beroep op artikel 119 EG-Verdrag. Deze bepaling verzet zich volgens haar niet tegen een voor de toekomst verlagen van de pensioenuitkeringen van de bevoordeelde groep tot het niveau van deze van de benadeelde groep, zolang het beginsel van gelijke behandeling maar geëerbiedigd blijft. Of er een

25 — Aangehaald in voetnoot 16.

26 — Zie arrest Barber, r. o. 41 en 44.

inbreuk is gemaakt op verzoeksters' verworven rechten, zou een andere vraag zijn die in beginsel naar nationaal recht moet worden beantwoord. De Commissie acht het overigens niet nodig haar standpunt te nuanceren in het licht van de door het Kantongerecht in sub a, b en c van zijn eerste vraag genoemde omstandigheden. Met name is zij van oordeel dat aan de jurisprudentie van het Hof inzake sociale-zekerheidsuitkeringen goede argumenten kunnen worden ontleend voor de stelling dat ook in het kader van de hier aan de orde zijnde overgangsregeling het beginsel van gelijke behandeling strikt dient te worden nageleefd.

21. Laat ik meteen de door de Commissie aangestipte rechtspraak onderzoeken. Het gaat om een aantal arresten (Borrie Clarke [27], Dik [28] en Johnson [29]) waarin het Hof zich heeft uitgesproken over de verenigbaarheid met richtlijn 79/7 van wettelijke overgangsbepalingen — doorgaans ingelast bij het aanpassen van de nationale wetgeving aan deze richtlijn — ten gevolge waarvan een bepaalde discriminerende regeling ook na de uitvoeringstermijn van bedoelde richtlijn (23 december 1984) haar werking behoudt. [30] Het Hof heeft zulks resoluut in strijd met richtlijn 79/7 verklaard. Het baseerde zich daartoe in de eerste plaats op de rechtstreekse werking van het in artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 vervatte discriminatieverbod en de in artikel 5 van die richtlijn vervatte verplichting voor de Lid-Staten om alle met het beginsel van gelijke behandeling strijdige bepalingen in te trekken. [31] Bovendien beklemtoonde het Hof dat

„de richtlijn niet voorziet in uitzonderingen op het in artikel 4, lid 1, van de richtlijn neergelegde beginsel van gelijke behandeling, op grond waarvan oudere nationale bepalingen hun discriminerende werking zouden mogen behouden. Bijgevolg mag een Lid-Staat na 23 december 1984 geen ongelijke behandelingen laten voortduren die te wijten zijn aan de omstandigheid, dat de aan het ontstaan van het recht op uitkering verbonden voorwaarden reeds vóór die datum golden. De omstandigheid dat die ongelijke behandelingen voortvloeien uit overgangsbepalingen die werden vastgesteld bij de invoering van een nieuwe uitkering, leidt niet tot een andere beoordeling." [32]

22. Moet, zoals de Commissie suggereert, deze rechtspraak, die de *onmiddellijke werking* in de tijd van het beginsel van gelijke behandeling eist, onverkort op de onderhavige problematiek worden toegepast? Ik heb

27 — Arrest van 24 juni 1987, zaak 384/85, Jurispr. 1987, blz. 2865.

28 — Arrest aangehaald in voetnoot 22.

29 — Arrest van 11 juli 1991, zaak C-31/90, Jurispr. 1991, blz. I-3723.

30 — In de zaak Borrie Clarke verdedigde het Verenigd Koninkrijk een dergelijke overgangsregeling op het stuk van invaliditeitsuitkeringen met het argument dat geen afbreuk mocht worden gedaan aan het gewettigd vertrouwen van de personen die onder de oude regeling een uitkering genoten, dat zij door de nieuwe regeling hun uitkering niet zouden verliezen: zie arrest Borrie Clarke, r. o. 4.

31 — Zie arresten Borrie Clarke, r. o. 9, en Dik, r. o. 8.

32 — Arrest Borrie Clarke, r. o. 10. Zie ook arresten Dik, r. o. 9, en Johnson, r. o. 32.

dienaangaande sterke twijfels. Deze worden onder meer hierdoor gevoed dat, in tegenstelling tot richtlijn 79/7, richtlijn 86/378/EEG, waarin het beginsel van gelijke behandeling op het gebied van ondernemings-en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid wordt toegepast [33], in artikel 8, lid 2, volgende overgangsbepaling bevat:

„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."

Anders dan richtlijn 79/7 bevat richtlijn 86/378 dus een uitdrukkelijke bepaling waarin de *eerbiedigende werking* wordt gestipuleerd van de nieuwe wet. [34]

23. Waarom bevat richtlijn 79/7 een dergelijke uitzondering niet, en richtlijn 86/378 wel? Mijns inziens is dit voornamelijk te verklaren doordat het bij eerstgenoemde richtlijn gaat om *wettelijke* [35] regelingen inzake sociale zekerheid, dit is, in de woorden van het Hof,

„stelsels of uitkeringen van sociale zekerheid, zoals bij voorbeeld ouderdomspensioenen, die zonder enig overleg binnen de betrokken onderneming of bedrijfstak rechtstreeks bij wet worden vastgesteld en die verplicht van toepassing zijn op algemene categorieën werknemers". [36]

Bij dergelijke regelingen geldt steevast het beginsel van onmiddellijke werking van de nieuwe wet. [37] Daarnaast mag men niet uit het oog verliezen i) dat de Lid-Staten zes jaar de tijd kregen om hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aan te passen [38], en ii) dat deze richtlijn, op het domein van de ouderdoms-en rustpensioenen, in een

33 — Richtlijn 86/378/EEG van de Raad van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid (PB 1986, L 225, blz. 40).

34 — Het oorspronkelijke voorstel van de Commissie bevatte deze overgangsregeling niet. Wel bevatte het voorstel in artikel 10 een gelijkaardige overgangsregeling met betrekking tot het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële berekeningselementen.

35 — Zie artikel 3, lid 1, sub a, van richtlijn 79/7 en tweede overwegende van de preambule van deze richtlijn. Artikel 3, lid 1, sub b, bepaalt dat de richtlijn eveneens geldt voor de sociale-bijstandsregelingen, voor zover deze een aanvulling vormen op of in de plaats komen van de sub a bedoelde regelingen.

36 — Arrest Ten Oever, aangehaald in voetnoot 6, r. o. 9, met verwijzing naar arrest van 25 mei 1971, zaak 80/70, Defrenne I, r. o. 7. Zie ook arrest Moroni, aangehaald in voetnoot 6, r. o. 14. Vergelijk de omschrijving die het Hof in vaste rechtspraak aan het begrip „sociale-zekerheidsuitkering" geeft in de zin van verordening nr. 1408/71, namelijk een uitkering die, „zonder individuele en discretionaire beoordeling van de persoonlijke behoeften, aan de rechthebbenden wordt toegekend op grond van een wettelijk omschreven positie en verband houdt met één van de in artikel 4, lid 1, van verordening nr. 1408/71 uitdrukkelijk genoemde eventualiteiten": zie onder meer arresten van 16 juli 1992, zaak C-78/91, Hughes, Jurispr. 1992, blz. I-4839, r. o. 15; en 10 maart 1993, zaak C-111/91, Commissie/Luxemburg, Jurispr. 1993, blz. I-817, r. o. 29.

37 — Voor de ratio van deze onmiddellijke toepasselijkheid, zie de „klassieker" van P. Roubier, *Le droit transitoire*, Parijs, Dalloz, 1960, blz. 340 en volgende.

38 — Zie artikel 8, lid 1, van richtlijn 79/7.

uitzondering voorziet inzake de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd waarvan het Hof de geldigheid nooit in twijfel heeft getrokken. [39]

Bij bedrijfspensioenregelingen daarentegen bevindt men zich op *conventioneel* domein. Inzake overgangsrecht spelen daar andere overwegingen mee dan bij wettelijke regelingen met een algemene strekking, zoals eerbied voor de wilsvrijheid van partijen en voor het contractueel tot stand gekomen evenwicht. Algemeen wordt met betrekking tot overeenkomsten de eerbiedigende werking van de nieuwe wet ten opzichte van de oude aanvaard; onmiddellijke toepassing van de nieuwe regel moet enkel worden gewaarborgd voor zover het algemeen belang ernstig wordt aangetast door het verderzetten van situaties die onder het oude recht ontstonden. [40]

24. Het beginsel van de eerbiedigende werking van een nieuwe wet ten aanzien van conventionele situaties die zich tot in de toekomst uitstrekken, spreekt mij ten zeerste aan. Toch meen ik dat het hier geen toepassing moet vinden, gelet op de rechtspraak van het Hof, meer bepaaldelijk de arresten Defrenne II en Barber. In het eerste arrest heeft het Hof gesteld dat artikel 119

„dwingend recht is, zodat het verbod van discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers niet slechts geldt voor overheidshandelingen, doch eveneens van toepassing is op alle overeenkomsten die een collectieve regeling van arbeid in loondienst inhouden, alsmede op contracten tussen particulieren". [41]

Zodoende werd de directe (en in principe onmiddellijke) toepassing van artikel 119 op horizontale, met name conventionele regelingen aanvaard.

In het arrest Barber, zoals overigens ook in het arrest Defrenne II, heeft het Hof deze onmiddellijke uitwerking evenwel ingeperkt door de werking van dat arrest in de tijd te beperken, waardoor aan deze bepaling een tijdelijke eerbiedigende werking werd toegekend. Het komt mij voor dat het Hof aldus, door het instellen van een jurisprudentiële overgangsregeling, de aan het principe van de eerbiedigende werking ten grondslag liggende afweging van algemeen communautair belang (met name de nood aan een eenvormige en algemene toepassing van het gemeenschapsrecht) ten opzichte van particulier belang (in het bijzonder de rechtszekerheid en bescherming van te goeder trouw tot stand gekomen contractuele rechtsbetrekkingen) zelf heeft doorgevoerd. Het is dan ook deze in het arrest Barber besloten overgangsregeling die bij de uitlegging van

39 — Zie arrest Equal Opportunities Commission, aangehaald in voetnoot 20, bevestigd in het arrest Thomas e. a., aangehaald in voetnoot 24, r. o. 9.

40 — Zie onder meer P. Chabas, in Mazeaud, Mazeaud en Chabas, *Leçons de droit civil, I, Introduction à l'étude du droit*, Parijs, Montchrestien, 1991, nr. 147, blz. 197 en 198; J. Ghestin en G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Parijs, L. G. D. J., 1990, nr. 373, blz. 333 en 334; P. Roubier, *Le droit transitoire*, blz. 380 en volgende.

41 — Arrest Defrenne II, aangehaald in voetnoot 9, r. o. 39; nadien in een vaste rechtspraak bevestigd, onder meer in de arresten van 27 juni 1990, zaak C-33/89, Kowalska, Jurispr. 1990, blz. I-2591, r. o. 12, en van 7 februari 1991, zaak C-184/89, Nimz, Jurispr. 1991, blz. I-297, r. o. 17 (in dit laatste arrest enkel met betrekking tot collectieve arbeidsovereenkomsten).

artikel 119 EG-Verdrag op het gebied van bedrijfspensioenregelingen moet worden toegepast.

25. Concreet betekent dit het volgende. Aangezien krachtens het arrest Barber enkel voor tijdvakken van arbeid van na 17 mei 1990 een beroep op de rechtstreekse werking van artikel 119 EG-Verdrag openstaat, kunnen de mannelijke werknemers van de Koninklijke Shell Groep alleszins niet de onverenigbaarheid van de overgangsregeling met artikel 119 EG-Verdrag inroepen voor perioden van tewerkstelling die aan het arrest Barber voorafgaan. Ook spreekt het vanzelf dat vrouwelijke werknemers die in het kader van de overgangsregeling geopteerd hebben voor het behoud van de pensioengerechtigde leeftijd op 55 jaar en die vóór het arrest Barber deze leeftijd bereikt hebben, niet door voornoemd arrest worden geraakt: hun geval is juist datgene wat het Hof in rechtsoverweging 44 van het arrest Barber voor ogen stond, namelijk dat

„dwingende overwegingen van rechtszekerheid zich ertegen (verzetten), dat rechtssituaties waarvan alle gevolgen in het verleden zijn uitgewerkt, weer in geding worden gebracht".

26. Anders dan verzoeksters in het bodemgeding meen ik echter dat men de situatie van vrouwelijke werknemers die in het kader van de overgangsregeling voor een pensioengerechtigde leeftijd van 55 jaar hebben geopteerd doch ten tijde van het arrest Barber deze leeftijd nog niet hadden bereikt, *niet* kan beschouwen als een situatie „waarvan alle gevolgen in het verleden zijn uitgewerkt": hun pensioenrechten worden of werden immers ook na het arrest Barber verder opgebouwd. Voor de door deze werkneemsters en hun mannelijke collega's na 17 mei 1990 verrichte tijdvakken van arbeid geldt onverkort de laatste zin van rechtsoverweging 44 van het arrest Barber, waarin het Hof uitdrukkelijk een eerbiedigende werking van de nieuwe interpretatie van artikel 119 uitsloot:

„Ten slotte kan geen beperking van de gevolgen van genoemde uitlegging worden toegestaan ten aanzien van pensioenrechten die vanaf de datum van dit arrest ontstaan." [42]

27. De overgangsregeling moest dus, zoals het pensioenfonds terecht van oordeel was, worden aangepast om rekening te houden met de gevolgen van het arrest Barber. [43] Voor tijdvakken van arbeid tussen 17 mei 1990 en 1 juni 1991, datum van wijziging van het pensioenreglement, geldt de hiervoor aangehaalde regel van het „enig bruikbare referentiekader" (hoger, nr. 10). Voor daarna gelegen tijdvakken van arbeid is het optrekken van de pensioengerechtigde leeftijd van

42 — Het Hof heeft uitdrukkelijk naar de motivering van rechtsoverweging 44 van het arrest Barber verwezen bij de verduidelijking van de werking in de tijd van het arrest Barber die het verstrekte in de arresten Ten Oever (r. o. 19), Moroni (r. o. 31) en Neath (r. o. 16).

43 — Het pensioenfonds roept daartoe ook nog een ander argument in, namelijk dat het Hof in rechtsoverweging 32 van het arrest Barber oordeelde dat „artikel 119 EEG-Verdrag 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; cursivering van mij). Ik wil hier in het midden laten of aan deze passage de door het pensioenfonds gegeven interpretatie moet worden gegeven. Zij moet immers gelezen worden in samenhang met de tweede zin van deze rechtsoverweging, waaruit blijkt dat het Hof de omstandigheid dat een naar geslacht verschillende pensioengerechtigde leeftijd in het kader van vervangende bedrijfspensioenregelingen gebaseerd is op de wettelijke pensioenregeling, geen rechtvaardiging acht voor een dergelijke discriminatie.

vrouwelijke werknemers die onder de overgangsregeling vielen naar deze van mannelijke werknemers, verenigbaar met artikel 119 EG-Verdrag voor zover het beginsel van gelijke behandeling daarbij volledig wordt gerespecteerd (hoger, nr. 11).

28. Wat betreft de problematiek van een retroactieve verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd van de vrouwelijke werknemers met betrekking tot perioden van tewerkstelling gelegen tussen het arrest Barber en de datum van gelijkschakeling van de pensioengerechtigde leeftijd, kan ik verwijzen naar het antwoord in de zaak Smith (hoger, nr. 17). Van dit probleem is in onderhavige zaak door partijen geen gewag gemaakt, wellicht omwille van de door het pensioenfonds uitgewerkte compensatieregeling (hoger, nr. 6).

Conclusie

29. Ik geef het Hof in overweging de prejudiciële vragen in onderhavige zaken als volgt te beantwoorden:

In beide zaken:

„Het is niet in strijd met artikel 119 EG-Verdrag wanneer een werkgever in navolging van het arrest van het Hof van 17 mei 1990 in zaak C-262/88, Barber, Jurispr. 1990, blz. I-1889, in het kader van een bedrijfspensioenregeling de pensioengerechtigde leeftijd van vrouwelijke werknemers voor in de toekomst gelegen tijdvakken van arbeid optrekt naar deze van mannelijke werknemers, op voorwaarde althans dat het in voornoemde bepaling neergelegde beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen volledig wordt gerespecteerd. Gelet op de beperking in de tijd van de werking van het arrest Barber, staat het gemeenschapsrecht er evenmin aan in de weg dat dergelijke operatie wordt doorgevoerd met betrekking tot vóór 17 mei 1990 gelegen tijdvakken van arbeid. Het gemeenschapsrecht staat er echter wel aan in de weg, dat een dergelijke operatie wordt doorgevoerd met betrekking tot tussen 17 mei 1990 en de datum van gelijkschakeling gelegen tijdvakken van arbeid. Voor laatstgenoemde tijdvakken van arbeid moet het beginsel van gelijke behandeling worden gerealiseerd door de regeling die geldt voor de leden van de meer begunstigde geslachtsgroep toe te passen op de leden van de minder begunstigde geslachtsgroep."

In de zaak C-408/92, Smith e. a.:

„1) Artikel 119 EG-Verdrag houdt in geen enkele van de drie hogergenoemde situaties de door het Tribunal in zijn tweede vraag aangegeven verplichting in.

2) In de derde door het Tribunal geschetste situatie kan bij de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling enkel in uitzonderlijke situaties rekening worden gehouden met omstandigheden die volkomen losstaan van geslachtsdiscriminatie en die beantwoorden aan een acute behoefte welke het voortbestaan zelf van de onderneming betreft, dan wel de solventie van haar bedrijfspensioenregeling. Het staat aan de nationale rechter om deze elementen na te gaan en erover te waken dat het beginsel van gelijke behandeling niet verder wordt beperkt dan strikt noodzakelijk is."

In de zaak C-28/93, Van den Akker e. a.:

„Gelet op het arrest Barber is het in strijd met artikel 119 EG-Verdrag om in het kader van een bedrijfspensioenregeling met betrekking tot na 17 mei 1990 gelegen tijdvakken van arbeid de pensioengerechtigde leeftijd op 55 jaar te blijven stellen voor een beperkte groep vrouwelijke deelnemers die op die datum nog niet de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt, terwijl voor mannelijke werknemers de pensioengerechtigde leeftijd op 60 jaar is vastgelegd. Dat deze situatie deel uitmaakt van een vóór het arrest Barber overeengekomen overgangsregeling, doet daaraan niets af."