CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. TIZZANO van 27 maart 2001 [1]

1. Bij beschikking van 23 maart 1999 heeft het Bundesarbeitsgericht (Duitsland) het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van artikel 119 EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG). De Duitse rechter wenst in het bijzonder te vernemen of het begrip werkgever in dit artikel een pensioenfonds omvat dat door de werkgever is belast met het beheer van zijn bedrijfspensioenregeling en of dat fonds derhalve het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers van artikel 119 EG-Verdrag met al zijn gevolgen in acht moet nemen.

Rechtskader

Gemeenschapsrecht

2. Zoals bekend, is het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers verankerd in artikel 119 EG-Verdrag (thans artikel 141 EG). Volgens dit artikel moet iedere lidstaat de toepassing van dat beginsel voor gelijke of gelijkwaardige arbeid verzekeren.

Vervolgens bepaalt artikel 119, tweede alinea:

„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."

De Duitse wet ter verbetering van de bedrijfsregelingen inzake ouderdomsverzekering

3. Blijkens de verwijzingsbeschikking en de schriftelijke opmerkingen van de Duitse regering kunnen bedrijfspensioenen in

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

Duitsland op verschillende wijzen worden betaald. De eenvoudigste is dat de werkgever de pensioenen rechtstreeks betaalt. Hij kan de nakoming van de pensioenverplichtingen ook aan externe organen opdragen. De werkgever verricht dan geen uitkeringen, maar zorgt daarvoor indirect, in het bijzonder via een „Direktversicherung", een verzekering die de werkgever op de vrije markt voor de werknemer sluit, via een „Unterstützungskasse", een hulp- of steunfonds of — en dit geval is hier van belang — via een „Pensionskasse", een pensioenfonds dat de werkgever belast met het beheer van de bedrijfspensioenregeling van zijn onderneming en dat met door hem betaalde bijdragen wordt gefinancierd.

4. Met betrekking tot dit laatste geval dient er te worden op gewezen dat de Pensionskasse volgens § 1, lid 3, van het Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (wet ter verbetering van de bedrijfsregelingen inzake ouderdomsverzekering; hierna: „wet") een pensioeninstelling met eigen rechtspersoonlijkheid is, die de werknemer of zijn rechtverkrijgenden de hun toekomende uitkeringen betaalt, waarbij zij dezelfde socialezekerheidsrisico's als een verzekeraar overneemt.

5. Hoewel de werkgever de pensioenuitkeringen niet rechtstreeks betaalt, aangezien hij zich daarvoor van het pensioenfonds bedient, blijft hij toch de schuldenaar van deze uitkeringen, omdat hij zich daartoe in het kader van de arbeidsovereenkomst heeft verbonden. In het bijzonder moet de werkgever, zoals de verwijzende rechter zelf heeft opgemerkt, volgens § 1, lid 1, vierde zin, van de wet, wanneer de behandeling krachtens de in de statuten van de Pensionskasse vastgestelde verzekeringsvoorwaarden minder gunstig is dan krachtens de arbeidsovereenkomst, zelf het tekort bijpassen en daarbij zijn contractuele verplichtingen met inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling nakomen.

6. Ten slotte beklemtoont de verwijzende rechter dat het daaruit voortvloeiende recht van de werknemer krachtens § 7 van de wet beschermd is tegen insolventie van de werkgever. In een dergelijk geval moet het daartoe ingestelde overheidsorgaan, de Pensions-Sicherungs-Verein AG de verplichtingen van de werkgever nakomen.

De statuten van de Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse

7. In casu dient er ook te worden op gewezen dat § 11 van de statuten van de Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse (hierna: „Pensionskasse"),

die in casu de werkgever is, onder meer het volgende bepaalt:

„Soorten uitkeringen

De volgende uitkeringen worden toegekend aan aangeslotenen die wegens de gebeurtenis die pensioenrechten doet ontstaan hun werkzaamheid bij de Barmer Ersatzkasse beëindigen [...]:

1. [...]

2. pensioenen die worden betaald aan nabestaanden nadat de betaling van het pensioen of het salaris aan de aangeslotene is stopgezet:

   a) een weduwepensioen aan de weduwe van een overleden aangeslotene. Een weduwnaarspensioen aan de langstlevende echtgenoot na het overlijden van zijn aangesloten echtgenote, indien de overledene hoofdzakelijk voor het onderhoud van het gezin heeft gezorgd."

De feiten en het procesverloop

8. De onderhavige prejudiciële vraag is gerezen in een voor het Duitse gerecht aanhangig geding tussen H. Menauer, verzoeker in eerste aanleg en verweerder in „Revision" (hierna: „verzoeker"), en de Pensionskasse betreffende de vraag of deze laatste verplicht is verzoeker een recht op een weduwnaarspensioen toe te kennen.

9. Verzoeker is weduwnaar van M. Menauer, die van 1 september 1956 tot haar overlijden op 12 november 1993 in dienst was van de regionale administratie van de Barmer Ersatzkasse in Straubing. Krachtens een bepaling in haar arbeidsovereenkomst was op haar dienstbetrekking de voor de Barmer Ersatzkasse geldende collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing. Volgens deze collectieve overeenkomst was de Barmer Ersatzkasse haar werkneemsters en werknemers bedrijfspensioenuitkeringen verschuldigd. Deze uitkeringen bestonden uit een ouderdomspensioen dat de werkgever zelf verschuldigd is, en een pensioen dat door de Pensionskasse aan de daarbij aangesloten werkneemster en werknemer wordt betaald. Ook moest volgens deze collectieve arbeidsovereenkomst de Barmer Ersatzkasse aan de Pensionskasse de bijdragen voor haar werkneemsters en werknemers betalen.

10. M. Menauer was de gehele duur van haar dienstbetrekking aangesloten bij de Pensionskasse. Na haar overlijden heeft

verzoeker als haar weduwnaar de Barmer Ersatzkasse en de Pensionskasse tevergeefs verzocht om betaling van een overlevingspensioen.

11. Daarop heeft verzoeker zich tot het Arbeitsgericht gewend om de betaling van dit pensioen door de Barmer Ersatzkasse en de Pensionskasse te vorderen. Hij stelde dat de voorwaarde voor de toekenning van het overlevingspensioen aan weduwnaars in de statuten van de Pensionskasse — namelijk dat de overleden werkneemster hoofdzakelijk voor het onderhoud van het gezin heeft gezorgd — wegens schending van het gelijkheidsbeginsel ongeldig is, omdat zij alleen geldt voor werkneemsters.

12. Het Arbeitsgericht wees de vordering tegen de Pensionskasse toe, maar wees die tegen de Barmer Ersatzkasse af. Het beroep van de Pensionskasse tegen dit arrest werd door het Landesarbeitsgericht evenwel verworpen. Daartegen richt zich het verzoek tot „Revision" van de Pensionskasse bij het Bundesarbeitsgericht.

De prejudiciële vraag

13. Wat de onverenigbaarheid van § 11, lid 2, sub a, van de statuten van de Pensionskasse betreft, voorzover daarin de uitkering aan de weduwnaar afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de overleden werkneemster hoofdzakelijk voor het onderhoud van het gezin heeft gezorgd, met het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers van artikel 119 EG-Verdrag heeft de Duitse rechter blijkbaar geen twijfel. Zodra vaststaat dat het overlevingspensioen een van de „overige voordelen" is, die de „beloning" in de zin van dit artikel vormen, ligt namelijk voor de hand dat § 11, lid 2, sub a, van de statuten van de Pensionskasse discriminerend is, aangezien deze bepaling het recht van de weduwnaar op het overlevingspensioen van de werkneemster aan een beperkende voorwaarde onderwerpt die niet geldt voor het overeenkomstige recht van de weduwe van een werknemer. De verwijzende rechter zelf heeft dus de onverenigbaarheid van de Duitse pensioenregeling met artikel 119 EG-Verdrag vastgesteld en is tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Hof[2] van oordeel dat deze regeling bij de beslechting van de onderhavige zaak buiten beschouwing moet blijven.

14. In casu vraagt het Bundesarbeitsgericht zich evenwel af of verzoeker het recht op overlevingspensioen behalve tegen de werkgever ook tegen de Pensionskasse kan uitoefenen; meer in het algemeen vraagt het zich af of het beginsel van gelijke beloning van artikel 119 EG-Verdrag ook geldt tegenover een orgaan zoals de Pensionskasse en zulks niet alleen gelet op de juridische zelfstandigheid van de Pensionskasse, maar ook omdat zij, zoals gezegd, het karakter van een verzekeringsonderneming heeft; als zodanig is zij onderworpen

2 — Zie arresten van 8 april 1976, Defrenne II (43/75, Jurispr. blz. 455, punt 40), en 7 februari 1991, Nimz (C-184/89, Jurispr. blz. I-297, punt 21).

aan de controle van de organen die krachtens het Versicherungsaufsichtsgesetz toezicht houden op de verzekeringen, alsook aan het autonome verzekeringsrechtelijke beginsel van gelijke behandeling, dat gelijke bijdragen recht op dezelfde uitkeringen moeten geven.

15. Juist om deze redenen, aldus de verwijzende rechter, wordt in de Duitse rechtsleer meestal uitgesloten dat een pensioenfonds hoewel het als verzekeraar bepaalde socialezekerheidsrisico's overneemt in de zin van § 1, lid 3, van de wet (zie supra, punt 4), rechtstreeks kan worden aangesproken voor de uit schending van het beginsel van gelijke behandeling voortvloeiende verplichtingen. Indien de omvang van statutair vastgestelde verzekeringsverplichtingen van het fonds toeneemt, zouden de daaruit voortvloeiende extra kosten op grond van voormeld verzekeringsrechtelijk beginsel van gelijke behandeling namelijk moeten worden gecompenseerd door een overeenkomstige verhoging van de bijdragen; in de niet ongebruikelijke situatie dat de werkgever de betaling van de bijdragen van de aangesloten werknemers niet volledig heeft overgenomen, zouden deze kosten evenwel worden afgewenteld op de lonen van de aangeslotenen.

16. In dat geval zou een uitbreiding van de werkingssfeer van artikel 119 van het Verdrag tot de betrokken organen volgens het Bundesarbeitsgericht leiden tot ernstige ongerijmdheden in het Duitse recht, zonder dat deze uitbreiding werkelijk noodzakelijk is ter bescherming van de werknemer tegen discriminatie op grond van geslacht. In de Duitse rechtsorde moeten namelijk de basisverhouding tussen werkgever en werknemer, die onder het arbeidsrecht valt, en de verhouding tussen de werkgever en het pensioenfonds, dat onder het verzekeringsrecht valt, van elkaar worden onderscheiden. Juist dit onderscheid maakt het mogelijk het beginsel van artikel 119 van het Verdrag te garanderen, omdat de werkgever, zoals gezegd, hoe dan ook schuldenaar van de pensioenverplichtingen jegens de werknemer blijft. Telkens wanneer het verzekeringsorgaan prestaties verleent, die niet verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke beloning, zal de werkgever de uitkering zodanig moeten aanvullen dat het beginsel in acht wordt genomen. Bovendien is de werknemer — daarop is reeds gewezen — ook bij insolventie van de werkgever beschermd.

17. In dit geval is het dus niet noodzakelijk dat ook een orgaan dat buiten de verhouding tussen werkgever en werknemer staat, mede moet instaan voor de bescherming van de rechten van de werknemer tegen schending van artikel 119 van het Verdrag. Aangezien deze conclusie tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Hof in de arresten Coloroll Pension Trustees en Fisscher [3] allesbehalve vaststond, zoals wij straks zullen zien, heeft het Bundesarbeitsgericht het Hof krachtens artikel 177 EG-

3 — Arresten van 28 september 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Jurispr. blz. I-4389), en Fisscher (C-128/93, Jurispr. blz. I-4583).

Verdrag de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 119 EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat pensioenfondsen als werkgever moeten worden aangemerkt en verplicht zijn om bij uitkeringen op basis van de bedrijfsouderdomsverzekering mannen en vrouwen gelijk te behandelen, ofschoon de benadeelde werknemers tegenover degenen die de uitkering rechtstreeks verschuldigd zijn, namelijk de werkgevers als partijen bij de arbeidsovereenkomsten, een tegen insolventie beschermd recht hebben dat discriminatie uitsluit?"

Juridische beoordeling

Opmerkingen vooraf

18. Alvorens de prejudiciële vraag te bespreken, wijs ik erop, zoals overigens ook de Commissie en de Nederlandse regering in hun opmerkingen doen, dat het antwoord op de in de verwijzingsbeschikking genoemde en de hiervoor samengevatte argumenten grotendeels in de rechtspraak van het Hof is te vinden, zoals het Bundesarbeitsgericht in zekere zin bevestigt. Ik zal deze argumenten dus grotendeels aan de hand van die rechtspraak bespreken.

De relevantie van het rechtskarakter van de pensioenfondsen

19. Zoals gezegd, houdt een van de hoofdargumenten van het Bundesarbeitsgericht — alsook van de Pensionskasse en de Duitse regering — om de toepassing van artikel 119 EG-Verdrag op de pensioenfondsen uit te sluiten, verband met het rechtskarakter van deze fondsen en met de negatieve gevolgen waartoe de toepassing van deze bepaling in de Duitse rechtsorde zou leiden.

20. In dit verband wil ik, zonder in bijzonderheden te treden, er in de eerste plaats aan herinneren dat dit argument, voorzover deze gevolgen zich voordoen, niet beslissend kan zijn, gelet op het vaste beginsel van gemeenschapsrecht dat de toepassing ervan in de rechtsorde van de lidstaten niet kan worden verhinderd door moeilijkheden of onverenigbaarheden waartoe deze toepassing kan leiden. [4]

4 — Zie specifiek met betrekking tot het betrokken argument, uit vele arresten, het arrest Coloroll Pension Trustees, reeds aangehaald, punten 41 e.v.

21. De rechtspraak van het Hof bevat evenwel nog specifiekere en geschiktere aanknopingspunten voor de stelling dat artikel 119 van het Verdrag op de pensioenfondsen toepasselijk is. In de eerste plaats herinner ik eraan dat volgens een vaste tendens in deze rechtspraak een ouderdomspensioen dat wordt betaald op basis van een bedrijfspensioenregeling die door een collectieve arbeidsovereenkomst in het leven is geroepen, een „beloning" in de zin van het discriminatieverbod van artikel 119 van het Verdrag vormt. Dit pensioen wordt namelijk verleend uit hoofde van het vroegere dienstverband, ongeacht of de bedrijfspensioenregeling de wettelijke regeling vervangt of aanvult. [5]

22. Ook volgens vaste rechtspraak valt het overlevingspensioen onder het in artikel 119 van het Verdrag vervatte begrip „overige voordelen" die de werkgever aan de werknemer uit hoofde van diens dienstverband via het instellen van een bedrijfspensioenregeling betaalt. Hoewel dit pensioen niet aan de werknemer, maar aan de overlevende echtgenoot moet worden betaald, is het namelijk een voordeel dat zijn oorsprong vindt in de aansluiting van de echtgenoot van de overlevende echtgenoot bij de bedrijfspensioenregeling. [6]

23. Ten slotte — en dit punt is voor ons interessanter — herinner ik eraan dat de omstandigheid dat het pensioen niet door de werkgever zelf, maar via een door hem gecreëerd extern en juridisch autonoom orgaan wordt betaald, evenmin uitsluit dat een prestatie in het kader van een bedrijfspensioenregeling een beloning is; een dergelijke pensioenregeling valt dus volgens het Hof eveneens binnen de werkingssfeer van artikel 119 van het Verdrag. [7]

24. Deze tendens komt tot uitdrukking in het arrest Barber waarin de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen ook is bevestigd met betrekking tot een particuliere bedrijfspensioenregeling die „is opgezet *in de vorm van een trust* en wordt beheerd door *trustees* die technisch onafhankelijk zijn van de werkgever, daar artikel 119 ook van toepassing is op een voordeel dat de werkgever indirect betaalt." [8] Deze tendens is vervolgens, zoals ook het Bundesarbeitsgericht opmerkt, bevestigd in de daaropvolgende arresten Coloroll Pension Trustees en Fisscher. Daarin verklaarde het Hof dat zowel de trustees naar het recht van het Verenigd Koninkrijk als de beheerders van een bedrijfspensioenregeling naar Nederlands recht, ofschoon zij formeel onafhankelijk zijn van de werkgever en „ofschoon zij buiten de arbeidsverhouding staan, uitkeringen moeten betalen die een beloning in de zin van artikel 119 vormen" met het gevolg dat zij deze bepaling (dienen) na te

5 — Zie arresten van 13 mei 1986, Bilka (170/84, Jurispr. blz. 1607, punt 20); 17 mei 1990, Barber (C-262/88, Jurispr. blz. I-1889, punt 28), en 14 december 1993, Moroni (C-110/91, Jurispr. blz. I-6591, punten 15 e.v.).

6 — Zie arresten van 6 oktober 1993, Ten Oever (C-109/91, Jurispr. blz. I-4879, punten 8 e.v.); Coloroll Pension Trustees, reeds aangehaald, punt 18, en 17 april 1997, Evrenopoulos (C-147/95, Jurispr. blz. I-2057, punt 22).

7 — Zie arresten Barber, reeds aangehaald, punten 28 en 29; Coloroll Pension Trustees, reeds aangehaald, punt 20, en Fisscher, reeds aangehaald, punt 31.

8 — Aangehaald arrest, punt 29; cursivering van mij.

leven door alles te doen „wat binnen hun bevoegdheden valt, om ter zake de naleving van het beginsel van gelijkheid van behandeling te verzekeren". [9]

25. Uit deze rechtspraak kan mijns inziens worden afgeleid dat de derde die de werkgever met het beheer van een bedrijfspensioenregeling heeft belast, ongeacht zijn rechtsvorm en de wijze waarop hij met het beheer van de voor de werknemer uit zijn dienstverband voortvloeiende pensioenrechten is belast, het beginsel van artikel 119 EG-Verdrag moet naleven. Ook in de geciteerde zaken is de derde die de werkgever met het beheer van het eigen bedrijfspensioenfonds heeft belast — zoals de Pensionskasse in de onderhavige zaak — ten opzichte van de werkgever formeel zelfstandig en onafhankelijk, maar dit is volgens het Hof geen afdoende grond om artikel 119 EG-Verdrag niet op hem van toepassing te verklaren. Evenmin is de rechtsvorm die het orgaan op basis van de bijzonderheden van het nationale rechtsstelsel kan aannemen, als beslissend te beschouwen. Daarentegen heeft het Hof als beslissend beschouwd dat deze organen „uitkeringen moeten betalen die een beloning in de zin van artikel 119 vormen." [10] Dat brengt mij tot de conclusie dat de juridische zelfstandigheid van de Pensionskasse ten opzichte van de werkgever en haar rechtskarakter als verzekeringsmaatschappij niet volstaan om haar te ontslaan van de verplichting dit fundamentele beginsel in acht te nemen, terwijl de omstandigheid dat de werkgever de Pensionskasse met de betaling van het bedrijfspensioen heeft belast, mij tot de vaststelling brengt dat de Pensionskasse bij de uitoefening van deze activiteit dit beginsel in acht moet nemen.

26. Mijns inziens wordt aan deze conclusie evenmin afgedaan door een ander reeds genoemd argument volgens hetwelk de toepassing van artikel 119 van het Verdrag op de Pensionskasse een verhoging van de bijdragen kan meebrengen aangezien het verzekeringsrechtelijke beginsel van gelijke behandeling verlangt dat de uitkeringen overeenkomen met de betaalde bijdragen. Dienaangaande herinner ik eraan dat dit bezwaar reeds is onderzocht en verworpen in voormeld arrest Coloroll Pension Trustees. In die zaak heeft het Hof namelijk vastgesteld dat „het feit dat de toepassing van het beginsel van gelijke beloning op moeilijkheden stuit als gevolg van de omstandigheid dat de geldmiddelen waarover de *trustees* beschikken, ontoereikend zijn, of de werkgever niet in staat is aanvullende geldmiddelen te verschaffen, een probleem is dat overeenkomstig het nationale recht moet worden opgelost" zodat „eventuele problemen als gevolg van het feit dat de financiële middelen waarover de *trustees* beschikken, ontoereikend zijn om de uitkeringen gelijk te trekken met inachtneming van het beginsel van gelijke beloning op basis van het nationale recht moet worden opgelost" en dus met volledige inachtneming van artikel 119 van het Verdrag. [11]

27. Mijns inziens zijn in casu geen argumenten aangevoerd op basis waarvan deze

9 — Arresten Fisscher, aangehaald, punt 31, en Coloroll Pension Trustees, aangehaald, punten 22 en 23.

10 — Arrest Fisscher, aangehaald, punt 31.

11 — Arrest Coloroll Pension Trustees, aangehaald, punten 42 en 43; cursivering van mij.

conclusie zou moeten worden herzien. Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft gesteld, kan, ook al brengt de toepassing van het beginsel van artikel 119 van het Verdrag een verhoging van de bijdragen mee, dit geen beperking van de toepassing van het algemeen beginsel rechtvaardigen, en zal de Pensionskasse hoe dan ook kennis van dit gevolg moeten nemen en in andere financieringen moeten voorzien.

De personele werkingssfeer van artikel 119 van het Verdrag

28. Ter weerlegging van deze bezwaren voeren het Bundesarbeitsgericht en de Duitse regering vervolgens andere argumenten aan, die eveneens reeds zijn genoemd. Vooral beklemtonen zij dat de werkgever in het geval van de Pensionskasse hoe dan ook de schuldenaar van de pensioenuitkeringen blijft, aangezien hij zich daartoe in de arbeidsovereenkomst heeft verbonden. Wanneer de in de statuten van de Pensionskasse vastgestelde uitkeringen beneden het niveau van de door de werkgever in de arbeidsovereenkomst aangegane verbintenissen blijven, zal de werknemer betaling van een aanvullend pensioenbedrag kunnen eisen van de hoofdschuldenaar ervan, namelijk de werkgever zelf. Bovendien is erop gewezen dat het recht van de werknemer of zijn rechtverkrijgenden naar Duits recht ook tegen het risico van insolventie van de werkgever is beschermd.

29. Om te beginnen bij het eerste argument wijs ik er in het algemeen op dat de rechtspraak van het Hof duidelijk heeft bevestigd „dat het beginsel van gelijke beloning één van de grondslagen van de Gemeenschap is, en dat artikel 119 particulieren rechten verleent die de nationale rechter dient te beschermen." [12] Op basis hiervan heeft het Hof geconcludeerd dat de werking van deze bepaling niet is beperkt tot de verticale betrekkingen tussen de overheid en de particulieren, maar zich uitstrekt tot elke collectieve arbeidsovereenkomst alsook tot overeenkomsten tussen particulieren.

30. Wanneer men daarvan uitgaat, moeten dergelijke overeenkomsten mijns inziens ongetwijfeld worden geacht ook overeenkomsten te omvatten tussen de werkgever en derden die met het beheer van pensioenregelingen zijn belast. Het Hof heeft deze conclusie dan ook bevestigd, en verklaard dat „aan het nuttig effect van artikel 119 [...] aanmerkelijk afbreuk (zou) worden gedaan en de rechtsbescherming, die een daadwerkelijke gelijkheid vereist, [...] ernstig (zou) worden geschaad, indien een werknemer of zijn rechtverkrijgenden deze bepaling enkel tegenover zijn werkgever konden inroepen en niet tegenover de *trustees* die uitdrukkelijk zijn belast met de uitvoering van de verplichtingen van de werkgever." [13] Indien dat niet het geval was, kon de werkgever zich „aan de krachtens artikel 119 op hem rustende

12 — Zie arresten Defrenne II, aangehaald, punten 12 en 39; van 27 juni 1990, Kowalska (C-33/89, Jurispr. blz. I-2591, punt 12), en Coloroll Pension Trustees, reeds aangehaald, punt 26.

13 — Arrest Coloroll Pension Trustees, reeds aangehaald, punt 23, in dezelfde zin, met betrekking tot beheerders van pensioenregelingen, arrest Fisscher, reeds aangehaald, punt 31; cursivering van mij.

verplichtingen onttrekken, door de bedrijfspensioenregeling de rechtsvorm van een *trust* te geven." [14]

31. In het hier besproken geval worden deze verplichtingen niet ontweken, aangezien de werkgever, zoals gezegd, daarvoor hoe dan ook instaat; de rechtverkrijgende van het overlevingspensioen dwingen zich tot de werkgever te wenden, zal evenwel ongetwijfeld tot gevolg hebben dat de nuttige werking van artikel 119 van het Verdrag wordt verminderd. Zoals de Commissie immers opmerkt, is de Pensionskasse voor de werknemer (en zijn rechtverkrijgenden) enerzijds de logische en als het ware de natuurlijke schuldenaar van het pensioen zodat hij geneigd zal zijn zich rechtstreeks tot haar te wenden om betaling van het pensioen te verkrijgen; anderzijds kan van een uniforme en algemene toepassing van het beginsel van gelijke beloning slechts sprake zijn, wanneer het met de betaling van het pensioen belaste orgaan rechtstreeks en automatisch zorgt voor de naleving ervan, zonder dat de rechtverkrijgende betaling van het pensioen van de werkgever hoeft te eisen of zich zelfs tot de rechter moet wenden.

32. Evenmin relevant lijkt mij het andere reeds genoemde argument, dat ook bij insolventie van de werkgever de rechtsbescherming van een werknemer die tot de gediscrimineerde categorie behoort, niet wordt verzwakt of beperkt, aangezien het overheidsorgaan dat tegen insolventie van de werkgever rechtsbescherming moet bieden, namelijk het Pensions-Sicherungs-Verein AG, de prestaties van de insolvente werkgever moet overnemen. Dat de bescherming van het recht op pensioen van de werknemer ook in dat geval gegarandeerd blijft, lijkt mij in casu irrelevant en hoe dan ook niet beslissend om de Pensionskasse te ontslaan van de inachtneming van het beginsel van gelijke beloning van artikel 119 van het Verdrag. Veeleer moet voormeld systeem van rechtsbescherming tegen insolventie van de werkgever mijns inziens worden beschouwd als wat het werkelijk is, namelijk een extra garantie voor de rechten van de werknemer die overeenkomstig de toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht [15] en het interne recht in het leven is geroepen; dat heeft evenwel niets van doen met het probleem van de toepasselijkheid van artikel 119 EG-Verdrag op pensioenfondsen.

33. Ten slotte wordt de toepasselijkheid van deze bepaling — zoals de Nederlandse regering heeft opgemerkt — ook indirect bevestigd in artikel 6, lid 2, van richtlijn 86/378/EEG. [16] Dit artikel bepaalt namelijk dat wanneer de toekenning van aanvullende of vervangende prestaties krachtens

14 — Arrest Coloroll Pension Trustees, reeds aangehaald, punt 21; cursivering van mij.

15 — Zie richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (PB L 283, blz. 23).

16 — 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 sectorale regelingen inzake sociale zekerheid (PB L 225, blz. 40). Deze bepaling is in deze zin ook uitgelegd door advocaat-generaal Van Gerven in conclusie van 28 april 1993 in de reeds aangehaalde zaken Ten Oever en Coloroll Pension Trustees (Jurispr. 1993, blz. I-4893, punt 57). Ook in de versie van richtlijn 96/97/EG van de Raad van 20 december 1996 tot wijziging van richtlijn 86/378 (PB L 46, blz. 20) staat te lezen dat „deze zich (moeten) laten leiden door het beginsel van gelijke behandeling".

een ondernemingsregeling wordt overgelaten aan de beoordeling van de uitvoeringsorganen van de regeling, „[...] deze zich (moeten) laten leiden door het beginsel van gelijke behandeling".

34. Om al deze redenen moeten de werknemer en zijn rechtverkrijgenden zich mijns inziens niet alleen tegenover de werkgever, maar ook tegenover door hem met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, zoals de Pensionskasse, belaste derden op artikel 119 van het Verdrag kunnen beroepen.

Conclusie

35. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de vraag van het Bundesarbeitsgericht te beantwoorden als volgt:

„Artikel 119 EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG) moet aldus worden uitgelegd, dat pensioenfondsen die uitkeringen uit hoofde van de bedrijfsouderdomsverzekering betalen, als werkgever moeten worden beschouwd en het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers in acht moeten nemen, ook al blijft de werkgever hoe dan ook schuldenaar van het ouderdomspensioen en al beschikt de benadeelde werknemer over een recht dat tegen het risico van insolventie beschermt en dat elke discriminatie uitsluit."