CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 22 mei 2008 [1]

1. De onderhavige verwijzing van het Bundesarbeitsgericht (Duitsland) heeft betrekking op een beding in een bedrijfspensioenregeling volgens hetwelk een weduwe/weduwnaar van een werknemer in de particuliere sector die is overleden terwijl hij/zij in dienst was, geen recht heeft op een nabestaandenpensioen indien die weduwe/weduwnaar meer dan 15 jaar jonger is dan de overleden werknemer. Het Bundesarbeitsgericht wenst van het Hof te vernemen of een dergelijk beding in strijd is met het door het Hof in het arrest Mangold [2] erkende algemene beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, en verzoekt het Hof te verduidelijken in welke omstandigheden dat beginsel van toepassing kan zijn.

Gemeenschapsrecht

Verdrag betreffende de Europese Unie

2. Artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie luidt:

„1. De Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben.

2. De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het [...] Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht.

[...]”

EG-Verdrag

3. Artikel 13 EG, ingevoegd bij het Verdrag van Amsterdam, bepaalt:

„1. Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Arrest van 22 november 2005, C-144/04, Jurispr. blz. I-9981. De premisse dat dit beginsel vaststaat, wordt rechtstreeks bestreden door het Verenigd Koninkrijk en eerder indirect door Duitsland en Nederland: zie punt 29 hieronder.

van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.

2. […]”

Richtlijn 2000/78 [3]

4. In de considerans van richtlijn 2000/78 wordt artikel 6, leden 1 en 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie genoemd [4] en zijn enkele internationale instrumenten vermeld die eenieders universele recht op gelijkheid voor de wet en bescherming tegen discriminatie erkennen. [5] Met betrekking tot discriminatie op grond van leeftijd staat in de considerans dat het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden [6] ouderen sociaal en economisch tracht te integreren en dat de door de Europese Raad van Helsinki op 10 en 11 december 1999 goedgekeurde werkgelegenheidsrichtsnoeren voor 2000 de noodzaak benadrukken om bijzondere aandacht te schenken aan de steun voor oudere werknemers. [7]

5. Punt 25 van de considerans gaat specifiek in op de mogelijkheid om verschillen in behandeling op grond van leeftijd te rechtvaardigen. Het luidt:

„Het verbod op discriminatie op grond van leeftijd vormt een fundamenteel element om de in de werkgelegenheidsrichtsnoeren gestelde doelen te bereiken en de diversiteit bij de arbeid te bevorderen; niettemin kunnen verschillen in behandeling op grond van leeftijd in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd zijn en derhalve specifieke bepalingen nodig maken die naargelang de situatie in de lidstaten kunnen verschillen; het is derhalve van essentieel belang onderscheid te maken tussen verschillen in behandeling die gerechtvaardigd zijn, met name door legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding, en discriminatie die verboden moet worden.”

6. Artikel 1 bepaalt dat de richtlijn tot doel heeft, met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op de vermelde

3 — Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB L 303, blz. 16). Richtlijn 2000/78 is een van twee krachtens artikel 13 EG vastgestelde uitvoeringsrichtlijnen, de andere is richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (PB L 180, blz. 22; hierna: „rassendiscriminatierichtlijn”).

4 — Punt 1.

5 — Punt 4, dat melding maakt van de Universele Verklaring van de rechten van de mens, die is aangenomen en afgekondigd door resolutie 217 A (III) van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties van 10 december 1948, het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „Europees Verdrag voor de rechten van de mens”), en het op 25 juni 1958 aangenomen Verdrag nr. 111 van de Internationale Arbeidsorganisatie betreffende discriminatie in beroep en beroepsuitoefening.

6 — Aangenomen op 9 december 1989 in de Europese Raad van Straatsburg.

7 — Punten 6 en 8.

gronden, zodat het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden.

7. Artikel 2, lid 1, luidt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden."

8. Luidens artikel 2, lid 2, sub a, is er „‚directe discriminatie', wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld […]". Volgens artikel 2, lid 2, sub b, is er „‚indirecte discriminatie', wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met [onder meer] een bepaalde […] leeftijd […] in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, i) tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn […]".

9. Ingevolge artikel 3, lid 1, is de richtlijn „zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot […] c) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van […] beloning".

10. Artikel 6, lid 1, gaat over de rechtvaardiging van verschillen in behandeling op grond van leeftijd:

„Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn."

In de subparagrafen a tot en met c worden voorbeelden gegeven van dergelijke verschillen in behandeling. Het gaat daarbij onder meer om, in bepaalde omstandigheden, het creëren van bijzondere voorwaarden voor jongeren en oudere werknemers, de vaststelling van minimumvoorwaarden met betrekking tot leeftijd, beroepservaring of -anciënniteit, en de vaststelling van een maximumleeftijd voor aanwerving.

11. Op basis van artikel 6, lid 2, kunnen de lidstaten niettegenstaande artikel 2, lid 2, bepalen dat de vaststelling van bepaalde leeftijdsgebonden voorwaarden voor ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, en het gebruik, in het kader van die regelingen, van leeftijdscriteria in de actuariële berekeningen, geen discriminatie op grond van leeftijd vormt, mits dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht.

12. Ingevolge artikel 18 moesten de lidstaten richtlijn 2000/78 uiterlijk op 2 december 2003 uitvoeren. De lidstaten mochten die periode echter met drie jaar verlengen voor de uitvoering van de bepalingen van de richtlijn met betrekking tot discriminatie op grond van leeftijd en handicap. Duitsland heeft van die mogelijkheid gebruikgemaakt en hoefde die bepalingen dus pas uiterlijk op 2 december 2006 in nationaal recht om te zetten.

Bestreden richtsnoeren [8]

13. Verweerder in het hoofdgeding beheert de bedrijfspensioenregeling van Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH (hierna: „BSH"). [9] § 6 van de richtsnoeren bij de regeling (hierna: „richtsnoeren") legt de voorwaarden voor ouderdomspensioenen vast. Ingevolge § 6, lid 4, wordt een pensioen betaald aan de weduwe/weduwnaar van een werknemer die tijdens zijn/haar arbeidsverhouding is overleden, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Er wordt evenwel geen pensioen betaald indien „de weduwe/weduwnaar meer dan 15 jaar jonger is dan de voormalige werknemer […]" (hierna: „leeftijdsverschilbeding").

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

14. Mevrouw Bartsch, verzoekster in het hoofdgeding, is in 1965 geboren. Zij is de weduwe van de heer Bartsch, die in 1944 was geboren en in 2004 is overleden. Bij zijn overlijden was de heer Bartsch in dienst bij BSH. Op het leeftijdsverschilbeding na, voldeed mevrouw Bartsch aan de in § 6, lid 4, van de richtsnoeren gestelde voorwaarden om een weduwepensioen te ontvangen.

15. Mevrouw Bartsch heeft BSH tevergeefs verzocht om een pensioen. Haar eis bij het

8 — Richtsnoeren van Bosch-Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH van 1 januari 1984 in de versie van 1 april 1992.

9 — In de onderhavige conclusie gebruik ik de afkorting „BSH" zowel voor verweerster in het hoofdgeding (Bosch-Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH) als voor de vennootschap Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH.

Arbeitsgericht is afgewezen, en het Landesarbeitsgericht heeft haar hoger beroep verworpen.

16. In haar beroep tot „Revision" bij de verwijzende rechter heeft mevrouw Bartsch onder meer betoogd dat het leeftijdsverschilbeding in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling en dus ongeldig is.

17. De verwijzende rechter is van oordeel dat het beroep van mevrouw Bartsch naar nationaal recht niet kan slagen. In het bijzonder is het algemene beginsel van gelijke behandeling weliswaar in het Duitse arbeidsrecht opgenomen, maar het leeftijdsverschilbeding berust op een legitiem doel, namelijk de beperking van de risico's die vrijwillige pensioenregelingen op zich nemen en de doelstelling om die risico's beter meetbaar te maken. [10] Deze overwegingen houden nauw verband met het leeftijdsverschilbeding.

18. De verwijzende rechter vraagt zich evenwel af of, gelet op het door het Hof in het arrest Mangold erkende beginsel van nondiscriminatie op grond van leeftijd, de in het Duitse arbeidsrecht vastgelegde beperkingen van het algemene beginsel van gelijke behandeling kunnen blijven bestaan.

19. De verwijzende rechter heeft, rekening houdend met het arrest Mangold, twijfel over de vraag of het algemene beginsel van nondiscriminatie op grond van leeftijd steeds van toepassing is, ook al heeft de betrokken situatie geen band met het gemeenschapsrecht. Indien dat niet het geval is, wenst die rechter te vernemen of een band met het gemeenschapsrecht wordt bewerkstelligd door artikel 13 EG dan wel richtlijn 2000/78, zij het dat de gebeurtenissen die tot de verwijzing hebben geleid, vóór de uiterlijke termijn voor de uitvoering van die richtlijn hebben plaatsgevonden. [11]

20. De verwijzende rechter merkt op dat, aangezien de zaak Mangold een procedure tussen particulieren betrof, het beginsel „horizontaal" van toepassing is op dergelijke geschillen. In de zaak Mangold was echter een nationale regeling aan de orde waarin een uitzondering op het verbod van discriminatie op grond van leeftijd was opgenomen. De verwijzende rechter wenst te vernemen of het beginsel alleen met betrekking tot dergelijke afwijkende bepalingen horizontaal van toepassing is.

10 — In punt 107 van deze conclusie leg ik de door de verwijzende rechter gesuggereerde rechtvaardiging enigszins anders uit.

11 — Ik herformuleer die vraag in punt 27 hieronder.

21. Indien het beginsel van toepassing is, is het volgens de verwijzende rechter van toepassing op de overleden werknemer, niet op de nabestaande. Hij is van mening dat het leeftijdsverschilbeding aanleiding zou kunnen geven tot indirecte discriminatie op grond van leeftijd. Naarmate de werknemer ouder wordt, wordt het immers steeds waarschijnlijker dat hij of zij zal worden getroffen. Indien dat het geval is, zijn volgens de verwijzende rechter de rechtvaardigingen die naar Duits recht kunnen worden ingeroepen voor een dergelijk beding, ook toepasselijk naar gemeenschapsrecht.

22. Tot slot heeft de verwijzende rechter, gezien de aard van bedrijfspensioenregelingen en het vertrouwensbeginsel, vragen bij de mate waarin het algemene beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd terugwerkende kracht moet hebben.

23. De verwijzende rechter stelt het Hof daarom de volgende vragen:

„1) a) Bestaat er binnen het primaire recht van de EG een verbod op discriminatie op grond van leeftijd, waarvan de naleving door de rechters van de lidstaten ook gewaarborgd dient te worden indien de mogelijk discriminerende behandeling geen band met het gemeenschapsrecht heeft?

b) Indien de vraag sub a ontkennend wordt beantwoord:

Wordt een dergelijk gemeenschapsrechtelijke band bewerkstelligd door artikel 13 EG of — ook reeds vóór het verstrijken van de uitvoeringstermijn — door [richtlijn 2000/78]?

2) Is een uit de beantwoording van de eerste vraag voortvloeiend gemeenschapsrechtelijk verbod van discriminatie op grond van leeftijd ook van toepassing tussen particuliere werkgevers enerzijds en hun werknemers of pensioengerechtigden en de nabestaanden daarvan anderzijds?

3) Indien de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord:

a) Geldt een dergelijk verbod van discriminatie op grond van leeftijd voor een bedrijfspensioenregeling volgens welke geen nabestaandenpensioen aan de nabestaande echtgeno(o)t(e) wordt toegekend, indien hij/zij meer dan 15 jaar jonger is dan de overleden voormalig werknemer?

b) Indien de vraag sub a bevestigend wordt beantwoord:

Kan als rechtvaardiging voor een dergelijke regeling worden aangevoerd dat de werkgever belang heeft bij een beperking van de uit de bedrijfspensioenregeling voortvloeiende risico's?

c) Indien de vraag sub 3 b ontkennend wordt beantwoord:

Heeft het verbod van discriminatie op grond van leeftijd, dat mogelijk van toepassing is op het recht inzake bedrijfspensioenregelingen, onbeperkt terugwerkende kracht of is het voor het verleden beperkt en, zo ja, op welke manier?"

24. BSH, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Deze partijen en Nederland zijn ter terechtzitting van 10 oktober 2007 in hun pleidooien gehoord.

25. Op verzoek van het Verenigd Koninkrijk is de zaak verwezen naar de Grote kamer.

Eerste vraag

26. Met vraag 1, sub a, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of er binnen het gemeenschapsrecht een verbod van discriminatie op grond van leeftijd bestaat dat ook van toepassing is indien de beweerdelijk discriminerende behandeling geen band heeft met het gemeenschapsrecht.

27. Het lijkt nuttig om die vraag ruimer en in drie stappen te beantwoorden. In de eerste plaats, is er een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat specifiek discriminatie op grond van leeftijd verbiedt? In de tweede plaats, indien er een dergelijk beginsel is, kan het ook van toepassing zijn indien de situatie die tot de prejudiciële verwijzing aanleiding heeft gegeven, niet binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht valt (vraag 1, sub a)? In de derde plaats, valt de situatie die tot de prejudiciële verwijzing aanleiding heeft gegeven, binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht (vraag 1, sub b)?

Arrest Mangold en zijn opvolgers

28. Blijkens de verwijzingsbeslissing hebben de vragen van de verwijzende rechter als uitgangspunt — afgeleid uit het arrest van het Hof in de zaak Mangold — dat er in het gemeenschapsrecht een algemeen beginsel bestaat dat discriminatie op grond van leeftijd verbiedt.

29. Het Verenigd Koninkrijk bestrijdt dat uitgangspunt. Het betoogt dat noch internationale instrumenten, noch de constitutionele tradities van de lidstaten voldoende basis bieden om een dergelijk beginsel te erkennen. De kennelijke bedoeling van de opstellers van artikel 13 EG, de gemeenschapswetgever in staat te stellen om maatregelen te nemen om onder meer discriminatie op grond van leeftijd te bestrijden, impliceert dat een dergelijk beginsel niet bestaat. Ook BSH vraagt zich af of er voldoende bronnen zijn die grondslag bieden voor een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd. Duitsland betoogt dat een dergelijk algemeen beginsel de vaststelling en de uitvoering van richtlijn 2000/78 overbodig zou maken. Ter terechtzitting is Nederland de schriftelijke opmerkingen van Duitsland en het Verenigd Koninkrijk bijgetreden.

30. In het arrest Mangold heeft het Hof opgemerkt dat het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep niet in richtlijn 2000/78 zelf is verankerd. Integendeel, die richtlijn creëert een algemeen kader voor de bestrijding van discriminatie op de in de richtlijn vermelde gronden, „terwijl het beginsel dat deze vormen van discriminatie verboden zijn, blijkens de punten 1 en 4 van de considerans van deze richtlijn zijn oorsprong vindt in diverse internationale instrumenten en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten”. [12] Het Hof ging verder:

„75. Het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd moet derhalve worden beschouwd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Wanneer een nationale wettelijke regeling binnen de werkingssfeer van dat recht komt, wat met [de aan de orde zijnde nationale regeling] als uitvoeringsmaatregel van richtlijn 1999/70[13], het geval is […], moet het Hof wanneer het om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, alle uitleggingsgegevens verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om te kunnen beoordelen of die regeling verenigbaar is met een dergelijk beginsel […].

12 — Punt 74. De Engelse taalversie van het arrest verwijst ten onrechte naar punt 3 van de considerans in plaats van naar punt 1 daarvan.

13 — Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (PB L 175, blz. 43).

76. Bijgevolg kan de inachtneming van het algemene beginsel van gelijke behandeling, met name op grond van leeftijd, als zodanig niet afhangen van het verstrijken van de termijn die de lidstaten is gelaten voor de omzetting van een richtlijn die ertoe strekt een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd […].

77. In deze omstandigheden dient de nationale rechter aan wie een geschil is voorgelegd waarbij het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd in geding is, in het kader van zijn bevoegdheid de voor de justitiabelen uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende rechtsbescherming te verzekeren en de volle werking daarvan te waarborgen, waarbij hij elke eventueel strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet laten […].

78. Het is aan de nationale rechter om de volle werking van het algemene beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd te verzekeren door elke strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing te laten, ook wanneer de termijn voor omzetting van [richtlijn 2000/78] nog niet is verstreken."

31. Het arrest Mangold is in de academische wereld bekritiseerd. De algemene kritiek luidt dat het Hof (uit eigen wil, zonder goede reden en tegen de wil van de wetgever) de werkingssfeer van een richtlijn heeft uitgebreid [14], teneinde vóór het einde van de overgangsperiode van die richtlijn en in horizontale omstandigheden daaraan uitvoering te geven aan de hand van een innovatieve verwijzing naar een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. [15] Een aantal commentatoren hebben dan ook te kennen gegeven dat het Hof volgens hen het met de toekenning van rechtstreekse werking beoogde doel heeft ondermijnd. [16] Voorts is de kritiek geuit dat het arrest aanzienlijke rechtsonzekerheid heeft veroorzaakt. [17]

32. Ook vier advocaten-generaal hebben het arrest Mangold becommentarieerd.

14 — Zie bijvoorbeeld J. Cavallini, „De la suppression des restrictions à la conclusion d'un contrat à durée déterminée lorsque le salarié est un senior", *La semaine juridique Social* 2005, blz. 25-28; O. Dubos, „La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives: de l'apostasie à l'hérésie?", *La Semaine juridique* 2006, blz. 1295-1297; O. LeClerc, „Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire", *Recueil Dalloz* 2006, blz. 557-561; M. Nicolella, „Une application anticipée des directives non transposées?", *Gazette du palais* 2006, blz. 22; E. Dubout over het arrest Mangold in *Revue des affaires européennes* 2005, blz. 723-733; A. Masson en C. Micheau, „The Werner Mangold Case: An Example of Legal Militancy", *European Public Law* 2007, blz. 587-593; Editorial Comments, *Common Market Law Review* 2006, blz. 1-8.

15 — Zie bijvoorbeeld K. Riesenhuber, noot in *European Review of Contract Law* 2007, blz. 62; J. Swift, „Pale, stale, male", *New Law Journal* 2007, blz. 532-534; Editorial Comments, *Common Market Law Review*, reeds aangehaald. Vanuit een rechtenperspectief wordt dit als positief ervaren in D. Schiek, „The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation", *Industrial Law Journal* 2006, blz. 329-341.

16 — Zie bijvoorbeeld Cavallini, Dubos, Editorial Comments, *Common Market Law Review*, allemaal aangehaald in voetnoot 14.

17 — Zie bijvoorbeeld Swift, Cavallini, Nicolella, Dubout, Masson/Micheau, (aangehaald in de voetnoten 14 en 15); D. Martin, „L'arrêt Mangold — Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire?", *Journal des tribunaux du travail* 2006, blz. 109-116.

33. In de zaak Chacón Navas [18] heeft advocaat-generaal Geelhoed gewezen op de potentieel verstrekkende economische en financiële consequenties van aanspraken op gelijke behandeling op grond van de in artikel 13 EG neergelegde verboden. De uitlegging van maatregelen die krachtens artikel 13 EG zijn genomen, mag niet met een beroep op de bewoordingen „binnen de grenzen van de door [het] Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden" in dat artikel worden opgerekt, en nog minder met een beroep op het algemene gelijkheidsbeginsel. Een dergelijke benadering zou inbreuk maken op beslissingen die de lidstaten hebben genomen in de uitoefening van bevoegdheden waarover zij nog beschikken. Bijgevolg stond hij een terughoudendere uitlegging voor dan die van het Hof in de zaak Mangold.

34. In de zaak Lindorfer [19] heb ik gesuggereerd dat het door het Hof in het arrest Mangold erkende beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd een specifieke uitdrukking van het algemene beginsel van gelijkheid voor de wet was. Ik was dus van mening dat het arrest Mangold beter aldus kon worden uitgelegd, dat het algemeen gelijkheidsbeginsel altijd aan discriminatie op grond van leeftijd in de weg had gestaan, en dat richtlijn 2000/78 een bijzonder, gedetailleerd kader had ingevoerd voor de bestrijding van onder meer die discriminatie. Ik licht deze door mij gesuggereerde uitlegging hieronder nader toe.

35. Advocaat-generaal Mazák heeft het arrest Mangold uitgebreid bekritiseerd in de zaak Palacios de la Villa. [20] Hij heeft erop gewezen dat in de internationale instrumenten en constitutionele tradities waaraan het arrest Mangold refereert, het algemene beginsel van gelijke behandeling verankerd is, maar dat het een gewaagd voorstel en een aanzienlijke stap was om daaruit het bestaan van een specifiek beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd af te leiden. Het algemene gelijkheidsbeginsel houdt *potentieel* een verbod in van discriminatie op elke grond die als onaanvaardbaar zou kunnen worden aangemerkt, zodat specifieke verboden de bijzondere uitdrukking zijn van dat algemene beginsel. Het is echter heel iets anders om uit het algemene gelijkheidsbeginsel het bestaan van een bijzonder discriminatieverbod af te leiden en de redenen om dat te doen, zijn verre van vanzelfsprekend. Bovendien heeft noch artikel 13 EG noch richtlijn 2000/78 noodzakelijkerwijs betrekking op een reeds bestaand verbod van de discriminatie waarop gedoeld wordt. In beide gevallen was de achterliggende gedachte veeleer, het aan de gemeenschapswetgever en de lidstaten over te laten om passende maatregelen te nemen teneinde de genoemde vormen van discriminatie tegen te gaan. Het Hof zelf lijkt dit te zeggen in het arrest Grant [21], waarin het concludeerde dat het gemeenschapsrecht bij zijn toenmalige stand niet toepasselijk was op discriminatie op grond van seksuele geaardheid.

36. Het meest recent heeft advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer zich in de zaak

18 — Zaak C-13/05, Jurispr. 2006, blz. I-6467, punten 46-56 van de conclusie.

19 — Zaak C-227/04 P, Jurispr. 2007, blz. I-6767, in het bijzonder de punten 52-58 van de conclusie.

20 — Zaak C-411/05, Jurispr. 2007, blz. I-8531, in het bijzonder de punten 87-97 en de punten 132-138 van de conclusie.

21 — Arrest van 17 februari 1998, C-249/96, Jurispr. blz. I-621.

Maruko [22] op het standpunt gesteld dat het „wezenlijke karakter" van het recht op non-discriminatie op grond van seksuele geaardheid een andere dimensie heeft dan die welke in het arrest Mangold is toegekend aan het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd.

37. Het Hof heeft thans zijn arresten in deze vier zaken gewezen. Ondanks (of wellicht gezien) de commentaren van zijn advocaten-generaal, heeft het Hof in geen van die arresten zijn beslissing in de zaak Mangold over het bestaan van een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat discriminatie op grond van leeftijd verbiedt, opnieuw bekeken of zelfs vermeld.

38. In het arrest Lindorfer had het Hof de heropening van de mondelinge behandeling bevolen en een nieuwe terechtzitting gehouden waarop het partijen had verzocht om hun standpunten kenbaar te maken over onder meer de werkingssfeer van het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd bij de berekening van actuariële waarden in de overschrijving naar het pensioenstelsel van de Gemeenschappen van uit hoofde van een nationale pensioenregeling verkregen rechten. Het Hof heeft de zaak echter zuiver met een beroep op discriminatie op grond van geslacht beslecht. Minder verrassend is dat het Hof niet naar discriminatie op grond van leeftijd heeft verwezen in de arresten Chacón Navas en Maruko, die respectievelijk betrekking hadden op discriminatie op grond van handicap en discriminatie op grond van seksuele geaardheid.

39. De zaak Palacios de la Villa had specifiek betrekking op discriminatie op grond van leeftijd. In die zaak heeft het Hof in de eerste plaats vastgesteld dat de aan de orde zijnde nationale regeling (volgens welke de omstandigheid dat een werknemer de in die regeling vastgelegde pensioengerechtigde leeftijd had bereikt, meebracht dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege werd ontbonden) een rechtstreeks op leeftijd gegrond verschil in behandeling meebracht. Het Hof heeft vervolgens vastgesteld dat richtlijn 2000/78, waarvan de uitvoeringstermijn ten tijde van de feiten reeds was verstreken, van toepassing was op de gebeurtenissen welke aanleiding hebben gegeven tot het bij de nationale rechter aanhangige geding. De zaak kon dus met een beroep op de richtlijn worden beslecht. Het Hof heeft geoordeeld dat de maatregel objectief en in redelijkheid werd gerechtvaardigd door een legitieme doelstelling van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid en een passend en noodzakelijk middel was om dat doel te bereiken. Het Hof heeft geen melding gemaakt van een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd.

40. De benadering van het Hof in het arrest Palacios de la Villa, volgens welke een

22 — Zaak C-267/06, Jurispr. 2008, blz. I-1757, punt 78 van de conclusie en de voetnoten daarbij.

nationale regeling die uitdrukkelijk voorziet in een ongunstige behandeling op grond van leeftijd, wordt getoetst aan richtlijn 2000/78 en aanvaardbaar wordt bevonden, verschilt in ruime mate van de benadering in het arrest Mangold, waarin het Hof heeft verklaard dat de nationale rechter elke met het verbod van discriminatie op grond van leeftijd strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet laten.

41. In de onderhavige zaak was (evenals in de zaak Mangold) de termijn voor uitvoering van richtlijn 2000/78 ten tijde van de feiten nog niet verstreken. Het Hof zal dus wellicht uitspraak moeten doen over de vraag of er een specifiek beginsel van gemeenschapsrecht bestaat dat discriminatie op grond van leeftijd verbiedt.

Bestaat er in het gemeenschapsrecht een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd?

42. Het algemene gelijkheidsbeginsel vormt een van de grondslagen van de Gemeenschap. [23] Bepalingen inzake gelijkheid voor de wet zijn te vinden in de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten. [24] Algemene verklaringen over gelijke behandeling staan ook in een aantal internationale instrumenten. [25] Meer bepaald luidt artikel 14 („Verbod van discriminatie") van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens: „Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status." [26] Het algemene gelijkheidsbeginsel kan dus worden beschouwd als de grondslag van „het beginsel dat deze [in artikel 13 EG genoemde] vormen van discriminatie verboden zijn" en het vindt inderdaad zijn „oorsprong" „in diverse internationale instrumenten en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten". [27]

23 — Zie arrest van 3 oktober 2006, Cadman, C-17/05, Jurispr. blz. I-9583, punt 28. De uitdrukking wordt, met kleine variaties, door heel de rechtspraak van het Hof gebruikt, de eerste keer kennelijk in het arrest van 19 oktober 1977, Ruckdeschel, 117/76 en 16/77, Jurispr. blz. 1753, punt 7.

24 — Zie het overzicht van de Commissie van de antidiscriminatiewetgeving van de lidstaten, online beschikbaar op http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/reportmsdiscrimination_en.pdf.

25 — Zie voetnoot 5 hierboven.

26 — Zoals uit de uitdrukking „die in dit Verdrag zijn vermeld" blijkt, is artikel 14 geen vrijstaande bepaling, maar hangt het samen met andere door het Verdrag gewaarborgde materiële rechten. Protocol 12 bevat echter een degelijk vrijstaand discriminatieverbod (van de EU-lidstaten hebben enkel Cyprus, Finland, Luxemburg, Nederland, Roemenië en Spanje het Protocol geratificeerd). Discriminatie op grond van leeftijd is in geen van deze lange (maar niet-uitputtende) lijsten vermeld.

27 — Alle citaten komen uit het arrest Mangold, aangehaald in voetnoot 2, punt 74. De formule „de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten" wordt traditioneel gebruikt als basis voor de bepaling van een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht (zie artikel 6, lid 2, EU, dat de eerdere rechtspraak van het Hof codificeert).

43. De oorsprong van een duidelijk en specifiek verbod van discriminatie op grond van leeftijd gaat minder ver terug. Zoals ik in mijn conclusie in de zaak Lindorfer heb opgemerkt, is een dergelijk specifiek verbod zowel nationaal als internationaal te recent en te weinig uniform om onder deze omschrijving te kunnen vallen. [28] In 1999 pas heeft de Commissie publiekelijk verklaard: „Er bestaat in de lidstaten nauwelijks wetgeving op het gebied van discriminatie op grond van leeftijd." [29]

44. Het is de moeite waard stil te staan bij de vraag waarom dat zo zou moeten zijn. Een klassieke formulering van het gelijkheidsbeginsel, zoals Aristoteles' „gelijke gevallen moeten gelijk behandeld worden" [30], biedt geen antwoord op de cruciale vraag, welke aspecten relevant zijn voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel, en welke niet. [31] Een groep mensen zal in bepaalde opzichten op elkaar lijken en in andere opzichten van elkaar verschillen. Een stelregel zoals die van Aristoteles blijft daarom een lege regel totdat vaststaat welke verschillen relevant zijn voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Indien wij bijvoorbeeld oordelen dat een wet die roodharigen de toegang tot restaurants verbiedt, onrechtvaardig is, is dat gebaseerd op de premisse dat, wat het genot van een maaltijd in een restaurant betreft, haarkleur irrelevant is. Het is dan ook duidelijk dat de criteria inzake relevante gelijkenissen en verschillen variëren naargelang de fundamentele morele visie van een bepaalde persoon of een bepaalde samenleving. [32]

45. Een historische bespiegeling toont aan dat verklaringen over „gelijkheid", wanneer deze worden gedeconstrueerd, vaak hebben betekend „gelijkheid van behandeling, in bepaalde opzichten, voor degenen binnen de magische kring", en niet „gelijkheid van behandeling in elk relevant aspect voor absoluut iedereen". In het Athene van Pericles hadden de burgers van de polis recht op gelijke behandeling met betrekking tot toegang tot de rechter of burgerlijke vooruitgang [33], maar het concept van gelijkheid in die opzichten gold niet voor metoiken [34]

28 — Conclusie in de zaak Lindorfer, aangehaald in voetnoot 19, punt 55, waarin wordt verwezen naar het arrest Mangold, aangehaald in voetnoot 2, punt 74.

29 — Zie het overzicht van de Commissie van de antidiscriminatiewetgeving van de lidstaten, aangehaald in voetnoot 24, blz. 70; zie voorts M. Sargeant (ed.), *The Law on Age Discrimination in the EU* (2008).

30 — *Nicomachean Ethics*, V.3. 1131 a10-b15; *Politics*, III.9. 1280 a8-15, III.12. 1282 b18-23.

31 — Zie voorts S. Gosepath, „Equality", in E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2007 Edition), online beschikbaar te http://plato.stanford.edu/archives/fall2007/entries/equality/.

32 — Zie H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (2e ed., 1994), blz. 159-163.

33 — Zie Pericles' Begrafenisrede voor de Atheense doden in het eerste jaar van de (uiteindelijk desastreuze) oorlog tegen Sparta: „Onze vorm van bestuur rivaliseert niet met de instellingen van anderen. Ons bestuur kopieert dat van onze buren niet, maar is een voorbeeld voor hen. Wij worden een democratie genoemd omdat het bestuur in handen van het volk is, en niet van een kleine minderheid. Maar hoewel er voor allen gelijke gerechtigheid is in privégeschillen, wordt ook uitmuntendheid erkend; en wanneer een burger zich op enige wijze onderscheidt, wordt hij bevorderd tot de overheidsdienst, niet als een privilege, maar als beloning voor verdienste. Ook armoede is geen obstakel, een man kan goed doen voor zijn land ongeacht zijn maatschappelijke rang" (Thucydides, *Geschiedenis van de Peloponnesische Oorlog*, Boek II, blz. XXXV-XLVI, XXXVII).

34 — Inwonende vreemdelingen die over sommige, maar niet alle aan het burgerschap verbonden rechten beschikten.

of slaven. Evenzo waren bij de Spartaanse gelijkheid — een iets anders model — heloten en slaven uitgesloten.[35] Beide gelijkheidsmodellen golden (natuurlijk) niet voor vrouwen. Dichter bij onze tijden stond weliswaar in de Onafhankelijkheidsverklaring van de Verenigde Staten dat „alle mensen als gelijken worden geschapen"[36], maar pas na de Burgeroorlog en een tamelijk lange nasleep begonnen de afstammelingen van zwarte slaven een echt gelijke behandeling te genieten.[37] Discriminatie op grond van godsdienst leek volkomen normaal — door God gewild — gedurende grote gedeelten van de geschiedenis van Europa en de Mediterrane landen.

46. Kortom, de antwoorden op de vragen „wie heeft recht op gelijke behandeling" en „welke aspecten van het economische, sociale, politieke, burgerlijke en persoonlijke leven vallen onder het beginsel van gelijke behandeling" zijn niet onveranderlijk. Zij evolueren met de samenleving. Het recht weerspiegelt die evolutie door uitdrukkelijk te beginnen verklaren dat bepaalde vormen van discriminerende behandeling, die vroeger niet werden opgemerkt of (indien zij werden opgemerkt) werden getolereerd, niet langer zullen worden getolereerd. Dergelijke wettelijke veranderingen zijn een uitbreiding — een nieuwe en verdere uitdrukking — van het algemene gelijkheidsbeginsel.

47. Het arrest Marshall I[38] suggereert dat het gemeenschapsrecht leeftijd aanvankelijk niet beschouwde als een kennelijk verdachte grond om onderscheid te maken. In de zaak Marshall I had het Hof te maken met leeftijd als grond voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst. Het heeft geconstateerd dat bepaalde voorschriften van richtlijn 76/207 die de gelijke behandeling van mannen en vrouwen inzake arbeidsvoorwaarden waarborgen, rechtstreekse werking kunnen hebben, en dat, ook al had de richtlijn *geen* „horizontale" rechtstreekse werking, mevrouw Marshall er zich „verticaal" op kon beroepen omdat haar werkgever, de verwerende gezondheidsinstantie, een staatsorgaan was. Dat welbekende arrest lijkt erop te wijzen dat in 1986 een onderscheid op grond van leeftijd (anders dan op grond van geslacht) voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst werd aanvaard en dus niet in strijd werd geacht met het algemene gelijkheidsbeginsel van gemeenschapsrecht. Indien dat niet het geval was geweest, zou mevrouw Marshall zich waarschijnlijk op het

35 — Een klasse van slaven in het oude Sparta met een status tussen die van gewone slaaf en van vrije Spartaanse burger.

36 — „Wij beschouwen deze waarheden als vanzelfsprekend: dat alle mensen als gelijken worden geschapen, dat zij door hun schepper met zekere onvervreemdbare rechten zijn begiftigd, dat zich daaronder bevinden het leven, de vrijheid en het nastreven van geluk […]" (Onafhankelijkheidsverklaring, 4 juli 1776).

37 — De Supreme Court of the United States heeft een grote rol gespeeld in de evolutie die tot de vaststelling heeft geleid dat discriminatie op grond van ras onaanvaardbaar is. Zie bijvoorbeeld het arrest Brown/Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1954), waarin de Supreme Court is teruggekomen op haar eerdere uitspraak in de zaak Plessy/Ferguson, 163 U.S. 537 (1896), dat „afzonderlijke maar gelijke" voorzieningen, waaronder scholen, „voor het blanke en het zwarte ras" grondwettelijk waren. Alleen rechter John Marshall Harlan had een afwijkende mening in laatstgenoemde zaak, volgens welke de „Grondwet […] kleurenblind [was] en […] klassen tussen zijn burgers [kende noch tolereerde]".

38 — Arrest van 26 februari 1986, Marshall, C-152/84, Jurispr. blz. 723.

verbod van discriminatie op grond van leeftijd hebben beroepen om haar hoofdargument te onderbouwen.

48. Nu de mogelijke (nieuwe) werkingssfeer van het beginsel is gebleken, is de natuurlijke volgende stap, het meer nauwkeurig te definiëren, en vast te leggen welke de regels zijn om de vastgestelde discriminatie te bestrijden. [39]

49. Het is wellicht mogelijk om tegen bepaalde situaties (waarin sprake is van enige vorm van duidelijke, onbehouwen of willekeurige discriminatie op grond van leeftijd) op te treden door het beginsel van gelijke behandeling ongeacht leeftijd toe te passen in zijn naakte, onverbloemde vorm. Wanneer de situatie evenwel complexer is en de scheidingslijn tussen een onderscheid dat kan worden gerechtvaardigd, en discriminatie waarvoor geen rechtvaardiging bestaat, minder duidelijk is, houdt een doeltreffend optreden ter bestrijding van discriminatie noodzakelijkerwijs ook de vaststelling van passende definities in. Artikel 13 EG verschaft de rechtsgrondslag voor wetgevend optreden op gemeenschapsniveau om diverse vormen van onaanvaardbare ongelijke behandeling — onder meer discriminatie op grond van leeftijd — te „bestrijden". Het machtigt de gemeenschapswetgever dus om zowel (onder meer) discriminatie op grond van leeftijd nauwkeuriger te definiëren, als om regels vast te leggen om die vorm van discriminatie uit te bannen.

50. Om die reden is het fundamenteel onjuist om te stellen dat indien een beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd reeds had bestaan, artikel 13 EG of richtlijn 2000/78 overbodig zouden zijn geweest. Juist *omdat* thans wordt erkend dat het algemene gelijkheidsbeginsel ook gelijke behandeling ongeacht leeftijd omvat, *wordt* een machtigingsbepaling zoals artikel 13 EG noodzakelijk en wordt deze terecht gebruikt als de grondslag voor gedetailleerd wetgevend optreden.

51. De keerzijde daarvan is dat *gedetailleerde* specifieke verboden van „discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid" niet kunnen hebben bestaan op het tijdstip waarop artikel 13 EG in het EG-Verdrag werd opgenomen. Indien zij wel hadden bestaan, had artikel 13 EG inderdaad een overbodige

39 — Vergelijk R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), blz. 22-28, die het verschil tussen regels en beginselen definieert aan de hand van de aard van de richting die zij aangeven. Een beginsel geeft een reden op voor een bepaalde richting, maar verplicht niet tot een bepaalde beslissing. Een regel zet rechtsgevolgen uiteen die zich automatisch voordoen wanneer de vastgestelde voorwaarden zijn vervuld. Regels hebben daarentegen niet hetzelfde belang als beginselen: wanneer twee regels in tegenspraak zijn, moet één ervan niet-toepasselijk of ongeldig zijn, terwijl twee strijdige beginselen tegen elkaar kunnen worden afgewogen.

bepaling kunnen zijn. [40] Nog minder kunnen zij precies op dat tijdstip volledig uitgerust zijn ontstaan, zoals Athene uit het hoofd van Zeus.

52. Mijn analyse wordt onderbouwd door een nader onderzoek van de in artikel 13 EG vervatte machtigingsbepaling.

53. In de eerste plaats bepaalt artikel 13 EG dat het „onverminderd de andere bepalingen van [het] Verdrag" geldt (en dus, a fortiori, onverminderd de algemene beginselen van gemeenschapsrecht). Het gebruik ervan als rechtsgrondslag voor gedetailleerde maatregelen ter bestrijding van onder meer discriminatie op grond van leeftijd ondermijnt het algemene gelijkheidsbeginsel niet. Het maakt het daarentegen mogelijk om specifieke uitingen van dat algemene beginsel doeltreffender te ontwikkelen.

54. In de tweede plaats machtigt artikel 13 EG de Raad om (met eenparigheid van stemmen) na raadpleging van het Europees Parlement „passende maatregelen [te] nemen om discriminatie op grond van [diverse specifieke gronden] te bestrijden". Het definieert deze vormen van discriminatie zelf niet. Het gaat uit van de veronderstelling dat zij, jammer genoeg, bestaan en (krachtig) moeten worden bestreden. In navolging van artikel 13 EG, gaat ook richtlijn 2000/78 uit van de veronderstelling dat bepaalde vormen van discriminatie bestaan. Zij definieert — onder verwijzing, niet naar bestaande specifieke verboden van dergelijke vormen van discriminatie, maar (in algemene termen) naar de noodzaak om grondrechten te eerbiedigen — wat het beginsel van gelijke behandeling betekent in bepaalde contexten, hetgeen noodzakelijk is om de naleving van dat beginsel te kunnen waarborgen.

55. In de derde plaats is de gemeenschapswetgever ervan uitgegaan dat richtlijnen die krachtens artikel 13 EG zijn vastgesteld, niet alleen de toepassing van de verboden van discriminatie op de in dat verdragsartikel genoemde gronden vergemakkelijken. Zij definiëren ook de precieze werkingssfeer van die verboden in bepaalde contexten. [41] Ik beschouw dit niet als een ondermijning van de stelling dat het basisbeginsel (dat

40 — Nader gedetailleerd optreden ter bestrijding van specifieke vormen van discriminatie die elk reeds waren verboden als algemene beginselen van gemeenschapsrecht zou eventueel door de Raad kunnen zijn vastgesteld op basis van artikel 308 EG (ex artikel 235 EG-Verdrag) gelezen in samenhang met de in artikel 2 genoemde doelstellingen van de Gemeenschap. De lidstaten waren duidelijk van mening dat voor een dergelijk optreden een afzonderlijke rechtsgrondslag in het Verdrag noodzakelijk was en zij hebben deze verschaft in de vorm van artikel 13 EG.

41 — Ter vergelijking, zie de rassendiscriminatierichtlijn, in het bijzonder de artikelen 2 („Het begrip discriminatie") en 3 („Werkingssfeer").

discriminatie op grond van leeftijd verboden moet zijn) reeds bestond. Veeleer kan — om redenen van uitvoerbaarheid — een kwaad enkel doeltreffend worden bestreden indien het zorgvuldig en specifiek is gedefinieerd.

56. De reden daarvoor is in wezen dat het verschil tussen (aanvaardbare) verschillen in behandeling en (onaanvaardbare) discriminatie [42] niet daarin ligt, dat mensen verschillend worden behandeld, maar in de vraag of de samenleving de criteria waarvan de toepassing in een verschil in behandeling resulteert, als *gerechtvaardigd* aanvaardt, dan wel of zij daarentegen als willekeurig worden beschouwd. [43] Er zal gedetailleerde wetgeving nodig zijn om dit vraagstuk aan te pakken, namelijk om de toepassing van bepaalde criteria in bepaalde omstandigheden als aanvaardbaar of onaanvaardbaar te kwalificeren en om bindende rechtsgevolgen toe te kennen aan die kwalificatie.

57. Ik ben het daarom eens met het oordeel van het Hof in het arrest Mangold dat de oorsprong van het beginsel — dat wil zeggen van de *gedachte* dat het thans onaanvaardbaar is om te discrimineren op een van de in artikel 13 EG genoemde gronden — niet te vinden is in richtlijn 2000/78, een uitvoeringsrichtlijn, en inderdaad evenmin in artikel 13 EG op zich. Zij moet worden gevonden in een vroegere tijd en plaats. [44]

58. In mijn conclusie in de zaak Lindorfer [45] heb ik gesuggereerd dat discriminatie op grond van leeftijd steeds verboden is geweest op grond van het algemene gelijkheidsbeginsel, dat deel uitmaakt van het gemeenschapsrecht. Mijns inziens heeft het gemeenschapsrecht vanaf het begin bepaalde verschillen in behandeling op grond van leeftijd verboden. Gesteld dat in (laten we zeggen) 1960 een lidstaat vrij verkeer van werknemers van andere lidstaten had toegelaten, behalve voor werknemers tussen 28 en 29 en tussen 52 en 53 jaar. Een dergelijke (onwaarschijnlijke) regeling zou zeker in strijd zijn geweest met het algemene beginsel van gelijke behandeling, dat steeds deel heeft uitgemaakt van het gemeenschapsrecht. Een onderscheid tussen werknemers volgens

42 — Over dit terminologisch onderscheid, zie M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme* (1976), blz. 7-27.

43 — Zo is (bijvoorbeeld) het principe achter rationering, specifieke criteria toe te passen om een onderscheid te maken tussen potentiële ontvangers en dus om schaarse middelen toe te wijzen. Criteria die gerechtvaardigd worden geacht, worden aanvaard; andere criteria worden bestreden omdat zij willekeurig of onrechtvaardig zijn. Maar wat gerechtvaardigd is, wordt bepaald door de visie van een samenleving in die bepaalde tijd en plaats. Zie voorts de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro van 31 januari 2008 in de zaak C-303/06, Coleman, punt 16, en mijn conclusie van 24 april 2008 in de zaak C-353/06, Grunkin en Paul, punten 62 en 71, en zie, met betrekking tot het element van willekeurigheid in discriminatie: Bossuyt, aangehaald in voetnoot 42, blz. 37-39 en 97-128.

44 — De overgang van gedachte tot volledige uitvoering is, denk ik, vaker het resultaat van evolutie dan van een of andere „big bang". Het zou bijvoorbeeld moeilijk zijn om het precieze moment tussen (laten we zeggen) 1780 en 1807 aan te duiden wanneer het beginsel is ontstaan dat, dankzij het werk van hervormers zoals Peter Peckard, Thomas Clarkson en William Wilberforce, specifiek tot uitdrukking kwam in „An Act for the Abolition of the Slave Trade" (47 Georgii III, Session 1, cap. XXXVI).

45 — Aangehaald in voetnoot 19.

deze twee leeftijdscategorieën zou als willekeurig en ongerechtvaardigd zijn beschouwd. Gaandeweg is de visie van de samenleving op subtielere vormen van verschil in behandeling op grond van leeftijd veranderd. Deze worden niet langer zonder meer aanvaard, maar worden grondig onderzocht.

59. Om de uiteengezette redenen ben ik dan ook van mening dat het arrest Mangold aldus moet worden opgevat dat het bevestigt dat discriminatie op grond van leeftijd een specifieke uiting van discriminatie is, die verboden is op grond van het in het gemeenschapsrecht welbekende algemene beginsel van gelijke behandeling, welk beginsel dateert van lang vóór zowel artikel 13 EG als richtlijn 2000/78. Artikel 13 EG speelt dan zijn toebedeelde rol door bepaalde specifieke (nieuwe) vormen van discriminatie uitdrukkelijk te vermelden en door de gemeenschapswetgever te machtigen om deze op bepaalde wijzen en in bepaalde contexten te bestrijden.

60. Een dergelijke opvatting strookt ook met de rol en de systematiek van richtlijn 2000/78.

61. In de eerste plaats behandelt die richtlijn specifiek het vraagstuk van de bestrijding van discriminatie op basis van onder meer leeftijd in arbeid en beroep. [46] Uiteraard kan er in andere contexten sprake zijn van discriminatie op grond van leeftijd, maar deze zijn (nog) niet het voorwerp van een uitvoeringsrichtlijn op basis van artikel 13 EG.

62. In de tweede plaats voorzagen de lidstaten onbetwistbaar dat zodra de overgangsperiode was verstreken, gelijke behandeling *zoals afgeleid uit de richtlijn* inderdaad „horizontaal" moet worden toegepast, „zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen". [47]

63. In de derde plaats definieert de richtlijn weliswaar wat onder het beginsel van gelijke behandeling moet worden verstaan voor de gebieden die binnen haar werkingssfeer vallen [48] en definieert zij ook de begrippen directe en indirecte discriminatie [49], maar zij voorziet duidelijk dat een verschil in behandeling op grond van leeftijd in arbeid

46 — Zie de titel, de considerans en artikel 1.

47 — Artikel 3, lid 1.

48 — Artikel 2, lid 1.

49 — Respectievelijk in artikel 2, lid 2, sub a, en artikel 2, lid 2, sub b. De formulering van deze bepalingen is ontleend aan de vaste rechtspraak van het Hof inzake discriminatie op grond van geslacht.

en beroep *niet* steeds onrechtmatige discriminatie zal zijn. Zij maakt dus een onderscheid tussen „verschillen in behandeling die gerechtvaardigd zijn, met name door legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding, en discriminatie die verboden moet worden." [50] Cruciaal is dan ook dat zij een reeks specifieke regels bevat die vastleggen welke de kenmerken zijn van verschillen in behandeling op grond van (onder meer) leeftijd die aanvaardbaar zijn (en waarom dat zo is).

64. Dat een genuanceerde benadering van het verbod van discriminatie op grond van leeftijd werd beoogd, wordt bovendien bevestigd door de omstandigheid dat de gemeenschapswetgever voor een richtlijn heeft gekozen als maatregel krachtens artikel 13 EG. Bij een verordening is de regel van gemeenschapsrecht „verbindend in al haar onderdelen en […] rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat." [51] Een richtlijn daarentegen „is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen". [52] Een dergelijke maatregel laat per definitie een grotere flexibiliteit aan iedere lidstaat.

65. Hieronder zal ik dan ook suggereren dat het algemene gelijkheidsbeginsel in bepaalde omstandigheden discriminatie op grond van leeftijd verbiedt, maar dat er niet ab initio een afzonderlijk, gedetailleerd beginsel van gemeenschapsrecht bestond dat discriminatie op grond van leeftijd steeds verbood. Tevens zal ik aangeven hoe ik de afzonderlijke prejudiciële vragen zou benaderen, voor het geval dat ik mij ter zake mocht vergissen.

Kan een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht ook van toepassing zijn indien de situatie waarin de prejudiciële vraag is gerezen, niet onder het gemeenschapsrecht valt?

66. Die vraag kan vrij snel worden beantwoord. Alle partijen die opmerkingen hebben ingediend [53], zijn het erover eens dat

50 — Punt 25 van de considerans en de gedetailleerde materiële bepalingen van artikel 6, lid 1.

51 — Artikel 249 EG.

52 — Ibid. Zie de nadruk die het Hof op dat verschil heeft gelegd in het arrest van 14 juli 1994, Faccini Dori, C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punten 22-24, waarin het heeft geweigerd te erkennen dat een richtlijn ook horizontale rechtstreekse werking kan hebben (en dus de suggesties heeft afgewezen van drie advocaten-generaal: advocaat-generaal Van Gerven in de zaak Marshall II, C-271/91, Jurispr. 1993, blz. I-4367; advocaat-generaal Jacobs in de zaak Vaneetveld, C-316/93, Jurispr. 1994, blz. I-763, en advocaat-generaal Lenz in de zaak Faccini Dori zelf).

53 — Mevrouw Bartsch heeft geen schriftelijke opmerkingen bij het Hof ingediend en was niet vertegenwoordigd ter terechtzitting.

het antwoord nee is. In het bijzonder kan het Hof een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht in het kader van een prejudiciële verwijzing enkel uitleggen wanneer de situatie waarin de prejudiciële vraag is gerezen, onder het gemeenschapsrecht valt. [54]

Valt de situatie in het hoofdgeding onder het gemeenschapsrecht?

67. BSH, Duitsland, Nederland en het Verenigd Koninkrijk betogen alle dat noch artikel 13 EG, noch, vóór het einde van de termijn voor uitvoering daarvan, richtlijn 2000/78, de situatie in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht kon doen vallen. Artikel 13 EG is niet meer dan een machtigingsbepaling zonder rechtstreekse werking. Indien het de noodzakelijke band had kunnen verschaffen, zou het in feite zelf een rechtstreeks verbod van discriminatie op grond van geslacht bevatten, hetgeen in strijd zou zijn met de uitdrukkelijke bewoordingen ervan. Wat richtlijn 2000/78 betreft, betekenen de uitvoeringstermijn en het feit dat het om een richtlijn gaat, dat zij vóór het einde van die termijn geen band met het gemeenschapsrecht kan verschaffen. Gedurende de uitvoeringstermijn heeft een richtlijn enkel als effect dat een lidstaat geen onverenigbare maatregelen mag nemen. [55] De richtlijn verruimt de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht gedurende die periode echter niet. Een dergelijke werking zou afbreuk doen aan de beslissing van de wetgever. Tot slot gaf het in casu aan de orde zijnde leeftijdsverschilbeding, anders dan de bestreden nationale regeling in het arrest Mangold, geen uitvoering aan een bepaling van gemeenschapsrecht, en was het evenmin vastgesteld tijdens de termijn voor de uitvoering van richtlijn 2000/78.

68. De Commissie is het hier niet mee eens. Zij merkt op dat het Hof de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht zeer ruim heeft uitgelegd in situaties betreffende discriminatie op grond van nationaliteit met betrekking tot de verdragsvrijheden, hoewel zij aanvaardt dat de onderhavige zaak geen band heeft met de vrijheden of met die vorm van discriminatie. Volgens de Commissie staat de omstandigheid dat artikel 13 EG een machtigingsbepaling is, er niet aan in de weg dat het de nodige band verschaft met het gemeen-

54 — Zie bijvoorbeeld arresten van 15 juni 1978, Defrenne III, 149/77, Jurispr. blz. 1365, punten 27 en 30, en 29 mei 1977, Kremzow, C-299/95, Jurispr. blz. I-2629, punt 15. Over het algemene gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, zie arrest van 12 december 2002, Caballero, C-442/00, Jurispr. blz. I-11915, punten 30 en 32, en arrest Chacón Navas, aangehaald in voetnoot 18, punt 56. Zie ook arrest Mangold, aangehaald in voetnoot 2, punt 75.

55 — In het arrest van 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Jurispr. blz. I-7411, heeft het Hof vastgesteld dat artikel 10, lid 2, EG en artikel 249, lid 3, EG vereisen dat de lidstaten zich gedurende de uitvoeringstermijn onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen (punt 45) (zie naar analogie arrest van 14 september 2006, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, C-138/05, Jurispr. blz. I-8339, punt 42, en de punten 60-63 van mijn conclusie in die zaak). Bovendien moeten de nationale rechters zich gedurende de uitvoeringstermijn *zoveel mogelijk* onthouden van een uitlegging van het interne recht die, na het verstrijken van die termijn, de verwezenlijking van de met de richtlijn nagestreefde doelstelling ernstig in gevaar zou kunnen brengen. Die verplichting wordt echter begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, en kan niet dienen als grondslag voor een uitlegging contra legem: arrest van 4 juli 2006, Adeneler e.a., C-212/04, Jurispr. blz. I-6057, punten 119-123.

schapsrecht. In het arrest Saldanha [56] heeft het Hof vastgesteld dat een machtigingsbepaling van het Verdrag [57] een nationale regeling binnen de werkingssfeer van het Verdrag brengt. [58]

69. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat algemene beginselen van gemeenschapsrecht weliswaar fundamenteel zijn voor de goede werking van het gemeenschapsrecht, maar niet in abstracto gelden. [59] Meer bepaald kunnen nationale maatregelen alleen aan dergelijke algemene beginselen worden getoetst indien zij onder het gemeenschapsrecht vallen. [60] Dat is over het algemeen enkel het geval indien de aan de orde zijnde bepaling van nationaal recht [61] onder een van drie categorieën valt. Zij moet uitvoering geven aan het gemeenschapsrecht (ongeacht de omvang van de beoordelingsvrijheid waarover de lidstaat beschikt en los van de vraag of de nationale maatregel verder gaat dan hetgeen strikt noodzakelijk is voor de uitvoering) [62], zij moet zich beroepen op een krachtens het gemeenschapsrecht toegestane afwijking [63], of zij moet in andere opzichten onder het gemeenschapsrechtrecht vallen omdat een specifieke materiële regel van gemeenschapsrecht van toepassing is op de situatie. [64]

70. De in de zaak Mangold aan de orde zijnde nationale regeling was een publiekrechtelijke maatregel die de betrokken lidstaat (Duitsland) specifiek had getroffen om te voldoen aan een verplichting naar gemeenschapsrecht (de uitvoering van richtlijn 1999/70). De termijn voor uitvoering van die richtlijn was reeds lang verstreken. Er was dus een gemeenschapsrechtelijk kader van relevante bepalingen — richtlijn 1999/70 en de omzetting daarvan in nationaal recht — waarop het algemene beginsel van gelijke behandeling (waaronder gelijke behandeling ongeacht leeftijd) kon worden toegepast.

56 — Arrest van 2 oktober 1997, C-122/96, Jurispr. blz. I-5325, punt 23.

57 — Artikel 54, lid 3, sub g, van het EG-Verdrag (thans artikel 44, lid 2, sub g, EG).

58 — De Commissie maakt geen dergelijke opmerkingen met betrekking tot richtlijn 2000/78.

59 — Zie voorts T. Tridimas, *The General Principles of EU Law* (2e ed., 2006), blz. 36-42, en J. Temple Lang, „The Sphere in which Member States are Obliged to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles", *Legal Issues of European Integration* 1991, blz. 23-35.

60 — Zie bijvoorbeeld arrest van 30 september 1987, Demirel, Jurispr. blz. 3719, punt 28, en arrest Kremzow, aangehaald in voetnoot 54, punten 15-19.

61 — Onder „bepaling van nationaal recht" versta ik een regel van publiek recht of (indien de relevante regel van publiek recht niet meer doet dan regelgevende bevoegdheden overdragen aan een semi-overheidsorgaan of aan een particuliere instantie) een regel die in wezen is ontleend aan het publiek recht en waarvan de sociale en politieke keuzes redelijkerwijs mogen worden geacht de richtsnoeren van de overheidsinstanties van de lidstaat te weerspiegelen (zie het zorgvuldige criterium dat het Hof heeft bepaald in het arrest van 12 juli 1990, Foster, C-188/89, Jurispr. blz. I-3313, punt 22, dat geldt wanneer een instantie wordt geacht deel uit te maken van „de overheid" voor de verticale rechtstreekse werking).

62 — Zie bijvoorbeeld arresten van 27 september 1979, Eridania, 230/78, Jurispr. blz. 2749, punt 31; 18 februari 1982, Zuckerfabrik Franken, Jurispr. blz. 681, punten 22-28; 25 november 1986, Klensch, 201/85 en 202/85, Jurispr. blz. 3477, punten 10 en 11; 13 juli 1989, Wachauf, Jurispr. blz. 2609, punten 17-22, en 10 juli 2003, Booker Aquaculture and Hydro Seafood, C-20/00 en C-64/00, Jurispr. blz. I-7411, punten 88-93.

63 — Zie bijvoorbeeld arresten van 18 juni 1991, ERT, C-260/89, Jurispr. blz. I-2925, punten 41-45, en 26 juni 1997, Familiapress, C-368/95, Jurispr. blz. I-3689, punt 24.

64 — Zie bijvoorbeeld arresten van 25 maart 2004, Karner, C-71/02, Jurispr. blz. I-3025, punten 48-53 (potentiële belemmering van de intracommunautaire handel); 5 mei 1981, Commissie/Verenigd Koninkrijk, 804/79, Jurispr. blz. 1045, punten 23-30 (lidstaten die optreden als beheerders van de Gemeenschap op een gebied waarvoor de Gemeenschap exclusief bevoegd is), en 18 december 1997, Garage Molenheide e.a., C-286/94, C-340/95, C-401/95 en C-47/96, Jurispr. blz. I-7281, punten 45-48 (maatregelen die een lidstaat heeft vastgesteld bij de uitoefening van zijn bevoegdheden inzake btw).

71. Tegen die achtergrond kunnen de sleutelpunten van het arrest van het Hof in de zaak Mangold gemakkelijker worden begrepen. Nadat het Hof had vastgesteld dat het algemene gelijkheidsbeginsel een verbod van discriminatie op grond van leeftijd omvat [65], heeft het er eerst aan herinnerd dat het, „alle uitleggingsgegevens [dient te] verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om te kunnen beoordelen of [een nationale] regeling verenigbaar is met een dergelijk beginsel" wanneer „[die] regeling binnen de werkingssfeer van dat recht komt". [66] De betrokken nationale regeling was een „uitvoeringsmaatregel van richtlijn 1999/70". [67] Zij viel dus onder het gemeenschapsrecht en verschafte tevens iets waarop de toepassing van het algemene gelijkheidsbeginsel — in casu in de vorm van een verbod van (willekeurige) discriminatie op grond van leeftijd — kon steunen.

72. Aangezien de algemene beginselen fundamenteel zijn voor het gehele stelsel van gemeenschapsrecht, kon dus „de inachtneming van het algemene beginsel van gelijke behandeling, met name op grond van leeftijd, als zodanig niet afhangen van het verstrijken van de termijn die de lidstaten is gelaten voor de omzetting van [richtlijn 2000/78]". [68] Richtlijn 2000/78 strekte er enkel toe „een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd". [69] In de bijzondere context van de zaak Mangold kon het algemene beginsel echter worden toegepast zonder verdere uitvoerige behandeling van de nationale regeling ter uitvoering van richtlijn 1999/70. Het stond dan ook aan de nationale rechter om het fundamentele beginsel toe te passen op het bij hem aanhangige geding, en om zo nodig een bepaling van nationaal recht buiten toepassing te laten teneinde doeltreffende bescherming te waarborgen. [70]

73. In casu is er *geen* op de situatie toepasselijke relevante specifieke materiële bepaling van gemeenschapsrecht waarop de toepassing van het algemene gelijkheidsbeginsel kan steunen. Anders dan in de zaak Mangold, is er geen nationale regeling die uitvoering geeft aan een richtlijn waarvan de termijn voor uitvoering reeds is verstreken. Er is geen relevante verdragsbepaling of ander secundair gemeenschapsrecht. Er is enkel artikel 13 EG [71] (een machtigingsbepaling zonder rechtstreekse werking) en richtlijn 2000/78 (waarvan ten tijde van de feiten de uitvoeringstermijn nog niet was verstreken

65 — Punt 74.

66 — Beide citaten komen uit punt 75.

67 — Ibid.

68 — Punt 76.

69 — Ibid.

70 — Punten 77 en 78. De hier ingeroepen regel van effectieve bescherming gaat terug tot het arrest van 9 maart 1978, Simmenthal, 106/77, Jurispr. blz. 629, en werd bevestigd in het arrest van 19 juni 1990, Factortame, C-231/89, Jurispr. blz. I-2433.

71 — Anders dan de Commissie betoogt, verschilt de situatie in de onderhavige zaak van die in de zaak Saldanha, aangehaald in voetnoot 56. In laatstgenoemde zaak heeft het Hof geoordeeld dat de regels die op het gebied van het vennootschapsrecht de bescherming van de vennoten beogen, binnen de werkingssfeer van het Verdrag vallen en dus zijn onderworpen aan het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Dat was het geval omdat artikel 44, lid 2, sub g, EG „de Raad en de Commissie de bevoegdheid [verleent], ter verwezenlijking van de vrijheid van vestiging, voor zover nodig, de waarborgen te coördineren welke in de lidstaten worden verlangd van de rechtspersonen in de zin van artikel [48 EG] om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in de rechtspersonen als van derden, teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken" (punt 23). Die verklaring moet worden gelezen in de context van een volledig hoofdstuk van het EG-Verdrag over het recht van vestiging (titel III, hoofdstuk 2), alsmede van, tegen de tijd dat het arrest in de zaak Saldanha werd gewezen (1997), een ruim wetgevend kader van richtlijnen: zie in het algemeen V. Edwards, *EC Company Law* (1999) en, specifiek over de werkingssfeer van artikel 44, lid 2, sub g, EG, blz. 5-9. Deze situatie is duidelijk anders dan die in de onderhavige zaak.

en die dus buiten beschouwing moet worden gelaten).

74. In die omstandigheden kan geen beroep worden gedaan op het algemene gelijkheidsbeginsel om een toepasselijke materiële bepaling van gemeenschapsrecht te *creëren* en om *vast te stellen* hoe die materiële bepaling moet worden toegepast.

75. Ik ben daarom van mening dat er geen specifieke materiële bepaling van gemeenschapsrecht is op basis waarvan het algemene gelijkheidsbeginsel kan worden toegepast op de situatie waarin de prejudiciële vragen zijn gerezen. Ik zou vraag 1, sub b, in die zin beantwoorden.

76. Mijn analyse van die vraag zou dezelfde zijn indien er, anders dan ik hierboven heb uiteengezet, een specifiek beginsel van gemeenschapsrecht zou zijn dat discriminatie op grond van leeftijd verbiedt (in plaats van een algemeen beginsel van gelijke behandeling dat gelijke behandeling ongeacht leeftijd omvat).

77. Het voorgaande volstaat mijns inziens om de vragen van de nationale rechter te beantwoorden. In de rest van mijn conclusie zal ik de tweede en de derde vraag dan ook subsidiair onderzoeken (voor het geval dat het Hof de eerste vraag anders zou beantwoorden).

Tweede vraag

78. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het door het Hof in het arrest Mangold erkende verbod van discriminatie op grond van leeftijd horizontaal kan worden toegepast. [72]

72 — Mijns inziens wordt ten onrechte gebruik gemaakt van het begrip „rechtstreekse werking" (verticaal of horizontaal) om de impact van een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht te beschrijven. „Rechtstreeks werking" in een verdragsartikel of in een bepaling in een richtlijn betekent dat het individu zich op de duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke tekst van gemeenschapsrecht kan beroepen om een strijdige bepaling van gemeenschapsrecht terzijde te schuiven (of een leemte op te vullen). Daarentegen wordt een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht toegepast op een reeks wettelijke regelingen en heeft het een invloed op de uitlegging die daaraan moet worden gegeven. Soms kan het betekenen dat een bepaalde uitlegging ontoelaatbaar is. Maar het algemene beginsel is op zich geen substituut voor een bestaande wettekst. Mijns inziens heeft het dus geen „rechtstreekse werking", hoewel het de juiste juridische bevinding onmiskenbaar kan beïnvloeden, en dat soms ook doet.

Kunnen algemene beginselen van gemeenschapsrecht horizontaal worden toegepast?

79. Het is alom bekend gemeenschapsrecht dat algemene rechtsbeginselen *verticaal* kunnen worden ingeroepen tegen de staat. Zo heeft het Hof bijvoorbeeld ten aanzien van diverse nationale maatregelen geoordeeld dat zij door het gemeenschapsrecht verboden waren omdat zij onverenigbaar waren met het algemene beginsel van gelijke behandeling [73] of met specifieke uitingen van dat beginsel, zoals het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in diverse contexten [74], eerbiediging van de grondrechten [75], het vertrouwensbeginsel [76] en het evenredigheidsbeginsel. [77]

80. De vraag is of algemene beginselen van gemeenschapsrecht *horizontaal* toepassing kunnen, of zouden moeten kunnen, vinden.

81. In het arrest Bostock heeft het Hof geoordeeld dat het beginsel van gelijke behandeling in een uit de melkquotaregeling van de Gemeenschap voortvloeiende situatie niet met terugwerkende kracht de betrekkingen tussen de partijen bij de pachtovereenkomst ten nadele van de verpachter kon wijzigen, onder meer bij wege van rechtstreekse werking. [78] In het arrest Otto heeft het Hof geoordeeld dat de bescherming tegen de gevolgen van bekenning van een inbreuk op mededingingsregels van de Gemeenschap, als onderdeel van de rechten van verweer van een persoon, geen toepassing vond in een situatie tussen twee particulieren. [79]

82. Volgens mij tonen die twee arresten niet noodzakelijkerwijs aan dat algemene beginselen van gemeenschapsrecht nooit horizontale werking kunnen hebben. Indien het

73 — Zie bijvoorbeeld de arresten Klensch en Wachauf, beide aangehaald in voetnoot 62 (beide arresten hebben betrekking op de gemeenschappelijke organisatie van de sector melk en zuivelproducten); de door advocaat-generaal Tizzano in voetnoot 27 van zijn conclusie in de zaak Mangold, aangehaald in voetnoot 2, vermelde zaken, en de conclusie van advocaat-generaal Kokott van 13 december 2007 in de zaak Marks & Spencer, C-309/06 (teruggaaf van btw).

74 — Zie bijvoorbeeld arresten van 13 februari 1985, Gravier, 293/83, Jurispr. blz. 593 (toegang tot een beroepsopleiding); 2 februari 1988, Blaizot, 24/86, Jurispr. blz. 379 (toegang tot universitair onderwijs); 27 september 1988, Commissie/België, 42/87, Jurispr. blz. 5445 (schooltoelagen); 20 oktober 1993, Phil Collins, C-92/92 en C-326/92, Jurispr. blz. I-5145 (intellectuele-eigendomsrechten), en 26 september 1996, Data Delecta, C-43/95, Jurispr. blz. I-4661 (gerechtelijke procedure).

75 — Zie bijvoorbeeld arrest van 15 mei 1986, Johnston, 222/84, Jurispr. blz. 1651 (effectieve rechterlijke controle in het kader van het „beroepsvereiste" als rechtvaardiging voor een verschil in behandeling van mannen en vrouwen); arrest Wachauf, aangehaald in voetnoot 62 (recht op eigendom in het kader van de gemeenschappelijke organisatie van de sector melk en zuivelproducten), en arrest van 11 juli 2002, Carpenter, C-60/00, Jurispr. blz. I-6279 (recht op eerbiediging van het gezinsleven in het kader van een mogelijke beperking van het vrij verrichten van diensten).

76 — Zie bijvoorbeeld arrest van 11 juli 2002, Marks & Spencer, C-62/00, Jurispr. blz. I-6325 (gewettigd vertrouwen in het kader van een nieuwe nationale vervaltermijn waarbinnen om teruggaaf van in strijd met het gemeenschapsrecht betaalde bedragen kan worden verzocht).

77 — Zie bijvoorbeeld arrest van 19 juni 1980, Testa, 41/79, 121/79 en 796/79, Jurispr. blz. I-1979 (beoordelingsvrijheid van de lidstaten bij de verlenging van de duur van het recht op werkloosheidsuitkeringen krachtens artikel 69, lid 2, van verordening nr. 1408/71), en arrest Garage Molenheide, aangehaald in voetnoot 64.

78 — Arrest van 24 maart 1994, C-2/92, Jurispr. blz. I-955, punt 24. Voor een commentaar over het arrest Bostock en in het algemeen over de toepassing van algemene beginselen tegen individuen, zie Tridimas, aangehaald in voetnoot 59, blz. 47-50.

79 — Arrest van 10 november 1993, C-60/92, Jurispr. blz. I-5683, punt 16.

beginsel van gelijke behandeling in de zaak Bostock was toegepast, zou een nationale regeling terugwerkende kracht zijn verleend (en zouden dus andere fundamentele beginselen zijn geschonden). [80] Het in het arrest Otto ingeroepen beginsel beoogt een persoon te beschermen tegen bestuurlijke of strafrechtelijke sancties. Wanneer een procedure tussen particulieren zelfs niet indirect tot dergelijke sancties kan leiden, is de bescherming zonder voorwerp. [81]

83. Voor zover algemene beginselen verticaal worden toegepast, stellen zij personen in staat om grondrechten te doen gelden tegen de staat. Indien een beroep op die rechten echter enkel in verticale situaties mogelijk is, bestaat het gevaar dat hetzelfde (soms kunstmatige) onderscheid tussen de openbare en de particuliere sector wordt gemaakt dat bij richtlijnen gebruikelijk is. [82]

84. Bovendien heeft het Hof in incidentele gevallen erkend dat het algemene beginsel van gelijke behandeling horizontaal kan worden toegepast wanneer het in een materiële verdragsbepaling is opgenomen. Zo heeft het in het arrest Walrave en Koch geoordeeld dat het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, thans vervat in de artikelen 12 EG, 39 EG en 49 EG, niet alleen gold voor het optreden van het openbaar gezag, maar zich ook uitstrekte tot bepalingen van particuliere organisaties, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en dienstverrichtingen, en dat de non-discriminatieregel van toepassing was bij de beoordeling van alle rechtsbetrekkingen die op het grondgebied van de Gemeenschap konden worden gelokaliseerd. [83] De zaak Walrave en Koch had betrekking op een particuliere vereniging die regelgevende taken had en dus misschien kon worden vergeleken met een overheidsorgaan. Het Hof ging verder in de zaak Angonese, die toegang tot arbeid in een particuliere bank betrof, waarin het heeft geoordeeld dat „[h]et in [artikel 39 EG] geformuleerde verbod van discriminatie op grond van nationaliteit […] van toepassing [is] op particulieren”. [84]

85. In het arrest Mangold heeft het Hof het algemene beginsel van gelijke behandeling

80 — Zie punt 37 van de conclusie van advocaat-generaal Gulmann.

81 — Zie arrest Otto, aangehaald in voetnoot 79, punt 17.

82 — Sommige, maar niet alle, argumenten vóór en tegen horizontale werking van richtlijnen kunnen gelden voor algemene beginselen. Voor een bespreking van die argumenten, zie S. Prechal, *Directives in EC Law* (2e ed., 2005), blz. 255-261.

83 — Arrest van 12 december 1974, 36/74, Jurispr. blz. 1405, punten 17 en 18. Zie ook arresten van 11 december 2007, Viking, C-438/05, Jurispr. blz. I-10779, punten 33-38 en 57-66, en 18 december 2007, Laval, C-341/05, Jurispr. blz. I-11767, punten 86-111, waarin het Hof heeft geoordeeld dat de artikelen 43 EG en 49 EG van toepassing zijn tussen vakverenigingen en particuliere ondernemingen. In het arrest Viking heeft het Hof niet uitdrukkelijk verwezen naar het aan artikel 43 EG ten grondslag liggende verbod van discriminatie. In het arrest Laval heeft het echter zijn rechtspraak in herinnering gebracht volgens welke „artikel 12 EG, waarin het algemene beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit is neergelegd, slechts autonoom kan worden toegepast in onder het gemeenschapsrecht vallende situaties waarvoor het Verdrag niet in bijzondere discriminatieverboden voorziet […] Met betrekking tot het vrij verrichten van diensten is dit beginsel toegepast en geconcretiseerd in artikel 49 EG […]” (punten 54 en 55).

84 — Arrest van 6 juni 2000, C-281/98, Jurispr. blz. I-4139, punt 36.

(dat mede gelijke behandeling ongeacht leeftijd omvat) toegepast op een geding tussen particulieren, zij het dat daarop nationale publiekrechtelijke bepalingen toepassing vonden die waren ingevoerd om uitvoering te geven aan een verplichting van gemeenschapsrecht (richtlijn 1999/70). Ik ben derhalve van mening dat niet snel de mogelijkheid moet worden uitgesloten dat een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht in bepaalde omstandigheden horizontaal kan worden toegepast.

Horizontale toepassing in de onderhavige zaak?

86. Ik heb reeds te kennen gegeven dat de situatie waarin de prejudiciële vragen zijn gerezen, mijns inziens niet onder het gemeenschapsrecht valt. [85]

87. Ik ben dan ook van oordeel dat het algemene gelijkheidsbeginsel, meer bepaald het door het Hof in het arrest Mangold erkende beginsel van gelijke behandeling ongeacht leeftijd, niet horizontaal kan worden toegepast. Daarmee *aanvaard* ik dat een dergelijk beginsel (zowel verticaal als horizontaal) van toepassing kan zijn, voor zover dit binnen een specifiek gemeenschapsrechtelijk kader gebeurt. [86]

88. Wanneer dit kader echter niet bestaat, zoals in casu het geval is, kan de toepassing van het algemene gelijkheidsbeginsel, meer bepaald het beginsel van gelijke behandeling ongeacht leeftijd, nergens op steunen. Het kan dus niet (verticaal of horizontaal) worden toegepast tenzij en totdat de gemeenschapswetgever krachtens artikel 13 EG de nodige gedetailleerde maatregelen heeft vastgesteld en een eventuele uitvoeringstermijn is verstreken. Zodra dat is gebeurd, zal het algemene beginsel — zoals advocaat-generaal Mazák te kennen heeft gegeven [87] — niet zozeer autonoom toepassing vinden, maar worden gebruikt om de uitvoeringsregelgeving uit te leggen.

89. Bijgevolg wordt de exacte wijze waarop een lidstaat gebruik maakt van de in artikel 6, lid 1, van richtlijn 2000/78 bedoelde afwijking van het verbod van discriminatie op grond van leeftijd uiteraard door het Hof getoetst aan het algemene gelijkheidsbeginsel, meer bepaald aan het beginsel van gelijke behandeling ongeacht leeftijd. Die toetsing waarborgt dat de sociale en beleidskeuzes die de lidstaat maakt, voldoen aan de vereisten van de afwij-

85 — Zie de punten 67-75.

86 — Zie de bespreking in de punten 69-76 hierboven. Zoals ik deze lees, was de zaak Mangold een dergelijke zaak.

87 — In punt 136 van zijn conclusie in de zaak Palacios de la Villa, aangehaald in voetnoot 20.

king en dus binnen de beoordelingsmarge van de lidstaat vallen. [88]

90. Ik ben het ook met het Verenigd Koninkrijk eens dat niet van een particuliere werkgever kan worden verwacht dat hij zonder aanwijzingen de sociale en beleidskeuzes maakt die achter de afwijking van artikel 6, lid 1, steken. Het staat uitdrukkelijk aan de lidstaat om die keuzes te maken en daarvoor de verantwoordelijkheid te dragen.

91. Ik voeg hier onmiddellijk aan toe dat wanneer een lidstaat richtlijn 2000/78 heeft uitgevoerd, zowel de bepalingen die de lidstaat via zijn wetgeving invoert, als de wijze waarop een individuele werkgever die bepalingen toepast in zijn privaatrechtelijke overeenkomsten met zijn werknemers, door de nationale rechter en in voorkomend geval door het Hof zullen worden getoetst. Artikel 3, lid 1, van richtlijn 2000/78 laat er geen twijfel over bestaan dat het algemene gelijkheidsbeginsel, meer bepaald het beginsel van gelijke behandeling ongeacht leeftijd, via de richtlijn „zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing [zal zijn] met betrekking tot […] c) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van […] beloning”.

92. Op basis van deze analyse zou, wanneer de termijn voor uitvoering van richtlijn 2000/78 is verstreken [89], het algemene gelijkheidsbeginsel, en meer bepaald het beginsel van gelijke behandeling ongeacht leeftijd, „horizontaal” kunnen worden ingeroepen *via* richtlijn 2000/78, zonder dat een ander element noodzakelijk is dat de arbeidsverhouding binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht brengt. De keuzes die de lidstaten bij de uitvoering van die richtlijn hebben gemaakt, zullen tegen die achtergrond worden beoordeeld.

93. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging, in voorkomend geval de tweede vraag van de nationale rechter aldus te beantwoorden dat het algemene gelijkheidsbeginsel, meer bepaald het beginsel van gelijke behandeling

88 — De lidstaten „beschikken in dit verband onbetwistbaar over een ruime beoordelingsvrijheid bij hun keuze van de maatregelen die geschikt zijn voor het verwezenlijken van hun doelstellingen op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid”: zie arresten Mangold, aangehaald in voetnoot 2, punt 63, en Palacios de la Villa, aangehaald in voetnoot 20, punt 68. In het arrest Mangold heeft het Hof geconcludeerd dat de betrokken maatregelen niet evenredig waren (punt 65). In het arrest Palacios de la Villa was het echter van oordeel dat het standpunt van de nationale autoriteiten dat de bestreden maatregel noodzakelijk en passend kon zijn, niet onredelijk was (punt 72).

89 — Voor Duitsland was dat op 2 december 2006 het geval, zie punt 12.

ongeacht leeftijd, tussen particuliere werkgevers enerzijds en hun werknemers of pensioentrekkenden en de nabestaanden van deze laatsten anderzijds niet kan worden ingeroepen om een privaatrechtelijke regel die niet ter uitvoering van een verplichting van gemeenschapsrecht werd vastgesteld, aan te vechten of om misbruik te maken van een krachtens het gemeenschapsrecht toelaatbare afwijking, voor zover er geen andere materiële regel van gemeenschapsrecht van toepassing is.

Derde vraag

Analyse tegen de achtergrond van een algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd

Vraag 3, sub a

94. De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen of een bepaling zoals een leeftijdsverschilbeding in een bedrijfspensioenregeling, valt binnen de werkingssfeer van het algemene gelijkheidsbeginsel, meer bepaald van het beginsel van gelijke behandeling ongeacht leeftijd.

95. Die vraag kan op twee wijzen worden geanalyseerd. In de eerste plaats, welke vormen van discriminatie op grond van leeftijd vallen binnen de werkingssfeer van het algemene gelijkheidsbeginsel, en meer bepaald van het beginsel van gelijke behandeling ongeacht leeftijd? In de tweede plaats, wat heeft de gemeenschapswetgever beoogd te doen vallen onder het in richtlijn 2000/78 geformuleerde beginsel van gelijke behandeling ongeacht leeftijd?

96. In de eerste plaats rijst de vraag of het algemene beginsel zowel relatieve als absolute leeftijden dekt. Het antwoord op die vraag hangt af van de betekenis van het begrip „discriminatie op grond van relatieve leeftijd". Het begrip zou enkel kunnen zien op minder gunstige behandeling van A (een individu) omdat hij een bepaald aantal jaren ouder (of jonger) is dan B (een ander individu) of C (een groep van individuen). Ruimer zou het ook kunnen zien op minder gunstige behandeling van E en F (twee individuen samen) omdat het leeftijdsverschil tussen deze twee individuen groter of minder groot is dan het leeftijdsverschil tussen twee andere individuen (G en H, I en J, enzovoort) in een vergelijkbare situatie.

97. Mijns inziens heeft het begrip discriminatie op grond van relatieve leeftijd op beide situaties betrekking. In beide gevallen is leeftijd het criterium dat ter rechtvaardiging van een nadelig verschil in behandeling wordt gehanteerd, en ik kan geen aanvaardbare reden bedenken om een onderscheid tussen die situaties te maken. Dezelfde logica brengt mij tot de conclusie dat er geen reden is om discriminatie op grond van relatieve leeftijden uit te sluiten van de werkingssfeer van het algemene gelijkheidsbeginsel, meer bepaald van het beginsel van gelijke behandeling ongeacht leeftijd. De leeftijd van een persoon blijft, ook wanneer hij in relatieve en niet in absolute termen is uitgedrukt, de basis voor de beslissing die deze persoon benadeelt.

98. Die benadering biedt ook een antwoord op de vraag of alleen discriminatie als gevolg van het leeftijdsverschilbeding die de *overleden werknemer* treft, onder het verbod valt, dan wel of het verbod ook ziet op discriminatie die de *nabestaande echtgenoot* (in dit geval mevrouw Bartsch) treft. De discriminatie (ten opzichte van koppels die een minder groot leeftijdsverschil hebben) volgt uit hun samengevoegde kenmerken en houdt duidelijk verband met leeftijd. Het is evident dat iemand als mevrouw Bartsch, die *meer* dan vijftien jaar jonger is dan haar overleden echtgenoot, minder gunstig wordt behandeld dan het geval zou zijn indien zij zich bevond in een vergelijkbare situatie (namelijk die van weduwe), maar *minder* dan vijftien jaar jonger was dan haar overleden echtgenoot. Een dergelijke behandeling discrimineert rechtstreeks tussen verschillende categorieën weduwen van werknemers met betrekking tot het al dan niet in aanmerking komen voor pensioenrechten. Het nadelige resultaat vloeit duidelijk voort uit de toepassing van een leeftijdsgebonden criterium (een leeftijdsverschil van meer dan vijftien jaar) om te bepalen of iemand recht heeft op een pensioen. Mevrouw Bartsch wordt benadeeld doordat zij het pensioen niet ontvangt. De persoonlijke autonomie [90] van de heer Bartsch is nadelig beïnvloed doordat hij geen voorzieningen kon treffen voor zijn echtgenote na zijn dood, en doordat hij is bestraft voor het gebruik van zijn vrijheid om een echtgenote te kiezen die meer dan vijftien jaar jonger is dan hij.

99. Een analoge toepassing van de rechtspraak van het Hof inzake directe discriminatie op grond van geslacht zou tot de conclusie leiden dat aangezien directe discriminatie niet objectief kan worden gerechtvaardigd (zie bijvoorbeeld arrest Dekker [91]), elk verschil in behandeling dat rechtstreeks op grond van leeftijd is gebaseerd, verboden is. De gemeenschapswetgever heeft in richtlijn 2000/78 echter duidelijk voorzien dat bepaalde categorieën van dergelijke behandelingen objectief *moeten* kunnen worden gerechtvaardigd. [92] Mijns inziens bevestigt dit mijn analyse van de tweede vraag.

90 — Over het belang van keuze voor persoonlijke autonomie, zie de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak Coleman, aangehaald in voetnoot 43, punten 9-11, en de in de voetnoten daarbij vermelde werken.

91 — Arrest van 8 november 1990, C-177/88, Jurispr. blz. I-3941, punt 12. Zie voorts E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (2e ed., 2005), blz. 111-113.

92 — Zie punten 109 en 110 hieronder.

Analyse tegen de achtergrond van richtlijn 2000/78

100. Ingevolge artikel 3, lid 1, is de richtlijn „zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot […] c) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van […] beloning". Volgens vaste rechtspraak is een nabestaandenpensioen beloning in de zin van artikel 141 EG omdat het een voordeel is dat voortvloeit uit de arbeidsverhouding van de overleden echtgenoot. [93]

101. Ingevolge de arbeidsovereenkomst bestond er een arbeidsverhouding tussen de heer Bartsch en BSH. Het nabestaandenpensioen is „beloning" in de zin van artikel 141 EG en dus „beloning" in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2000/78. Na het verstrijken van de termijn voor uitvoering van richtlijn 2000/78 zou de geldigheid van het leeftijdsverschilbeding dus tegen de achtergrond van de richtlijn moeten worden beoordeeld.

102. Met betrekking tot de vraag welke vormen van discriminatie op grond van leeftijd zijn gedekt, gelden mijns inziens dezelfde argumenten in de analyse tegen de achtergrond van de richtlijn als in de analyse tegen de achtergrond van het algemene beginsel. Zij worden bevestigd door enkele bijzondere kenmerken van de richtlijn.

103. In de eerste plaats blijkt uit punt 25 van de considerans dat discriminatie op grond van leeftijd in de zin van de richtlijn een ruim begrip is. Dat strookt ook met de gebruikelijke uitleggingsbeginselen, volgens welke het begrip discriminatie in artikel 2 ruim moet worden opgevat, terwijl de in artikel 2, lid 2, sub b-i, en in artikel 6 vervatte rechtvaardigingen en afwijkingen eng moeten worden uitgelegd. Indien artikel 2 aldus zou worden opgevat dat het enkel betrekking heeft op absolute leeftijden („de werkgever behandelt een 50-jarige minder gunstig dan een 40-jarige"), zou het beginsel in dat artikel eng worden uitgelegd. Dat is niet de wijze waarop het Hof discriminatie op grond van geslacht [94] of de fundamentele verdragsvrijheden heeft uitgelegd.

93 — Zie arresten van 9 oktober 2001, Menauer, C-379/99, Jurispr. blz. I-7275, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 7 januari 2004, K.B., C-117/01, Jurispr. blz. I-541, punt 26.

94 — Zo omvat discriminatie op grond van geslacht ook discriminatie die berust op geslachtsverandering. Zie arresten van 30 april 1996, P./S., C-13/94, Jurispr. blz. I-2143, punten 17-20, en 27 april 2006, Richards, C-423/04, Jurispr. blz. I-3585, punt 24. In het arrest Grant, aangehaald in voetnoot 21, punt 42 (dat echter dateert van vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam en dus van vóór de invoeging van artikel 13 in het EG-Verdrag), was het Hof van oordeel dat zij zich niet uitstrekt tot verschillen in behandeling op grond van de seksuele geaardheid van een persoon.

104. In de tweede plaats zou, indien artikel 2 aldus wordt uitgelegd dat het enkel van toepassing is op absolute leeftijden, het in dat artikel vervatte discriminatieverbod gemakkelijker kunnen worden ontweken, zoals de Commissie opmerkt. Een slimme werkgever zou het verbod kunnen omzeilen door zijn bestaande discriminerende praktijken niet langer te baseren op absolute, maar op relatieve leeftijden.

Vraag 3, sub b

105. Mijns inziens moet de richtlijn dan ook aldus worden opgevat dat zij discriminatie op grond van zowel absolute als relatieve leeftijd verbiedt. In mijn analyse van het algemene beginsel heb ik gesuggereerd dat het begrip „discriminatie op grond van relatieve leeftijd" betrekking heeft op zowel discriminerende behandeling die de overleden werknemer treft, als discriminerende behandeling die de nabestaande treft. [95] Ik kan mij niet voorstellen dat het beginsel in artikel 2 van richtlijn 2000/78, welke richtlijn tot doel heeft ervoor te zorgen dat het beginsel van gelijke behandeling „toegepast kan worden" [96], in dit opzicht enger moet worden uitgelegd dan dat algemene beginsel.

106. Ik ga er daarom van uit dat een leeftijdsverschilbeding zoals dat in het hoofdgeding, directe discriminatie in de zin van artikel 2, lid 2, sub a, van richtlijn 2000/78 [97] kan vormen met betrekking tot zowel de heer Bartsch als de nabestaande, mevrouw Bartsch. Er zij evenwel aan herinnerd dat de termijn voor de omzetting van die richtlijn in Duits recht ten tijde van de feiten nog niet was verstreken.

107. De verwijzende rechter wenst te vernemen of, indien een bepaling zoals het leeftijdsverschilbeding een verschil in behandeling oplevert, die discriminatie gerechtvaardigd kan zijn door het belang van de werkgever bij beperking van de risico's die vrijwillige pensioenregelingen op zich nemen (en zijn wens om die risico's beter meetbaar te maken). [98] Mij lijkt het echter dat wanneer een risico meetbaar is geworden, het niet langer een „risico" is, maar een voorzienbare verplichting waarvoor maatregelen kunnen worden getroffen. Het lijkt ook duidelijk dat een actuariële beoordeling de verplichtingen die als gevolg van „leeftijdsverschillen" kunnen ontstaan, meetbaar zal maken. Ik ga er daarom van uit dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of discriminatie gerechtvaardigd kan zijn door het belang van de werkgever bij een algemene

95 — Zie punt 98.

96 — Artikel 1 van richtlijn 2000/78.

97 — Volgens die bepaling is er *directe* discriminatie „wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld" op grond van onder meer leeftijd. Indirecte discriminatie wordt omschreven in artikel 2, lid 2, sub b. Zie punt 109.

98 — Zie punt 17 hierboven.

beperking van de kosten van een vrijwillige pensioenregeling.

108. Richtlijn 2000/78 biedt een geschikt analytisch kader voor de behandeling van deze vraag. Had een leeftijdsverschilbeding in een particuliere aanvullende pensioenregeling zoals die van BSH gerechtvaardigd kunnen worden indien de situatie waarin de onderhavige prejudiciële vragen zijn gerezen, zich na het verstrijken van de termijn voor uitvoering van richtlijn 2000/78 had voorgedaan?

109. Richtlijn 2000/78 definieert in artikel 2 zowel directe als indirecte discriminatie. De twee in artikel 2, lid 2, vervatte definities beginnen op dezelfde wijze: „er [is] […] discriminatie, wanneer […]". Artikel 2, lid 2, sub a, definieert directe discriminatie zonder voorts te suggereren dat die vorm van discriminatie in beginsel kan worden gerechtvaardigd. Artikel 2, lid 2, sub b, daarentegen bepaalt dat „er indirecte discriminatie [is], wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde […] leeftijd […] bijzonder benadeelt, […] tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn […]". Met andere woorden, indien aan de vereisten van artikel 2, lid 2, sub b, is voldaan, is er geen indirecte discriminatie (anders wel). Op het eerste gezicht lijkt dit (a contrario) te suggereren dat discriminatie in de zin van artikel 2, lid 2, sub a, *niet* objectief gerechtvaardigd kan worden. Er is echter duidelijk een overlapping tussen de bewoordingen van artikel 2, lid 2, sub b, en de formulering van de (veelomvattende) rechtvaardiging om objectieve redenen van discriminatie op grond van leeftijd die in artikel 6 wordt bedoeld.

110. Artikel 6, lid 1, van richtlijn 2000/78 heeft uitsluitend betrekking op de rechtvaardiging van één bepaalde vorm van verschil in behandeling: discriminatie op grond van leeftijd. Het begint met de woorden „Niettegenstaande artikel 2, lid 2, kunnen de lidstaten bepalen […]". De wetgever heeft hier geen onderscheid gemaakt tussen artikel 2, lid 2, sub a (directe discriminatie) en artikel 2, lid 2, sub b (indirecte discriminatie). Veeleer mogen de lidstaten bepalen dat onder artikel 2, lid 2, vallende verschillen in behandeling „geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel […] en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn". Bepaalde specifieke „legitieme doelstellingen" zijn uitdrukkelijk vermeld („met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding") in een (gezien het gebruik van de woorden „met inbegrip van") niet-uitputtende lijst. Na deze inleiding vermelden de subparagrafen a, b en c vervolgens (eveneens niet-uitputtend) bepaalde vormen van verschil in behandeling die gedeeltelijk betrekking hebben op

directe discriminatie [99] en gedeeltelijk op indirecte discriminatie [100] op grond van leeftijd. Artikel 6, lid 2, staat bepaalde vormen van verschil in behandeling op grond van leeftijd toe bij ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid.

111. Er kan worden gesteld dat bij de meeste van de specifieke illustraties van „aanvaardbare" verschillen in behandeling in artikel 6, lid 1, sprake is van een *rechtstreeks* gebruik van leeftijd als beslissingscriterium („oudere werknemers", „minimumvoorwaarden met betrekking tot leeftijd", „een maximumleeftijd voor aanwerving"). [101] Het beslissende criterium is dus niet „een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze" (zoals in artikel 2, lid 2, sub b, in de definitie van indirecte discriminatie staat). Veeleer gaat het vaak om verschil in behandeling op grond van leeftijd zonder meer.

112. De enige logische conclusie die kan worden getrokken is dat richtlijn 2000/78 *bijzondere* vormen van verschil in behandeling die *rechtstreeks* berusten op leeftijd, uitdrukkelijk toestaat *op voorwaarde dat* zij „objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel […] en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn". Deze analyse wordt bevestigd door het arrest van het Hof in de zaak Palacios de la Villa [102], die betrekking had op een beding inzake gedwongen pensionering onder een nationale regeling. [103] In punt 14 van richtlijn 2000/78 staat dat „[d]eze richtlijn […] de nationale bepalingen waarin de pensioengerechtigde leeftijd wordt vastgesteld onverlet [laat] [104]". De richtlijn bevat echter geen materiële bepaling die pensioenbedingen van haar werkingssfeer uitsluit. Het Hof heeft vastgesteld dat het bedoelde beding onder de richtlijn viel en directe discriminatie op grond van leeftijd vormde. [105] Het heeft echter geoordeeld dat het doel van het beding krachtens artikel 6, lid 1, van de richtlijn een verschil in behandeling op grond van leeftijd redelijk en objectief kon rechtvaardigen. [106]

113. Het leeftijdsverschilbeding past niet keurig in een van de specifieke illustraties in

99 — Bijvoorbeeld de vaststelling van een maximumleeftijd voor aanwerving in bepaalde gevallen (artikel 6, lid 1, sub c).

100 — Bijvoorbeeld de vaststelling van minimumvoorwaarden met betrekking tot beroepsanciënniteit in een functie voor toegang tot bepaalde aan arbeid verbonden voordelen (artikel 6, lid 1, sub b). Beroepsanciënniteit is weliswaar een „ogenschijnlijk neutrale maatstaf", maar kan indirect fungeren als een criterium dat op leeftijd berust.

101 — Vergelijk de bespreking door advocaat-generaal Jacobs van twee types rechtvaardiging van verschillen in behandeling op grond van geslacht, en hun verband met directe en indirecte discriminatie, in de punten 34 en 35 van zijn conclusie van 6 juli 2000 in de zaak Schnorbus, C-79/99, Jurispr. blz. I-10997.

102 — Aangehaald in voetnoot 20.

103 — In de zaak Palacios de la Villa, aangehaald in voetnoot 20, was, anders dan in de onderhavige zaak, de uitvoeringstermijn uiteraard reeds verstreken. Zie punt 39 hierboven.

104 — In de Engelse versie wordt merkwaardig genoeg gebruikgemaakt van het woord „shall" (een beschikkende formulering — in het Nederlands zou het luiden „moet […] onverlet laten") in een considerans (die verklarend is). Zie punt 10 van het Interinstitutioneel Akkoord van 22 december 1998 betreffende de gemeenschappelijke richtsnoeren voor de redactionele kwaliteit van de communautaire wetgeving (PB 1999, C 73, blz. 1), waarnaar ik heb verwezen in mijn conclusie van 10 april 2008 in de zaak Heinrich, C-345/06, punten 28, 64 en 65.

105 — Punt 51.

106 — Punt 66.

artikel 6, lid 1, sub a, b of c. Het belang van de werkgever bij een algemene beperking van de kosten van een vrijwillige pensioenregeling [107], doet denken aan de factoren achter de afwijking van artikel 6, lid 2. Afwijkingen moeten restrictief worden uitgelegd, wat een algemeen uitleggingsbeginsel is. Tegelijkertijd is het duidelijk dat artikel 6 geen uitputtende lijst van toegestane afwijkingen bevat.

114. Indien de lidstaat richtlijn 2000/78 reeds zou hebben omgezet, zou hij (waarschijnlijk) enkele beleidskeuzes hebben gemaakt. Indien hij ervoor zou hebben gekozen om zich op artikel 6, lid 2, van de richtlijn te beroepen om een particuliere werkgever toe te staan, een bepaling zoals het leeftijdsverschilbeding in zijn bedrijfspensioenregeling op te nemen, zou het Hof eerst moeten beslissen of het gebruik van het leeftijdsverschilbeding onder de afwijking viel en vervolgens (indien dat het geval was) moeten beoordelen of de regeling evenredig was.

115. Aan de ene kant beschikken de lidstaten en, in voorkomend geval, de sociale partners bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht op nationaal niveau over een redelijk ruime beoordelingsvrijheid, niet alleen bij de beslissing of zij een bepaalde doelstelling van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt. [108]

116. Aan de andere kant heeft het Hof pensioenregelingen die, zoals in casu, bepaalde categorieën personen *uitsluiten*, in tegenstelling tot die welke verschillende voordelen toekennen, steeds streng benaderd. In het bijzonder heeft het de niet-terugwerkende kracht van zijn arrest in de zaak Barber [109] zodanig afgebakend dat zij niet geldt voor het eerste type regeling. [110] Het Hof is ook terughoudend geweest bij het aanvaarden van op actuariële berekeningen berustende

107 — Zie punt 107 hierboven.

108 — Zie arrest Palacios de la Villa, aangehaald in voetnoot 20, punt 68. Zie ook punt 25 van de considerans van richtlijn 2000/78.

109 — Arrest van 17 mei 1990, C-262/88, Jurispr. blz. I-1889. De beperking van dat arrest in de tijd werd opgenomen in Protocol (nr. 17) ad artikel 141 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (1992).

110 — Zie bijvoorbeeld arresten van 28 september 1994, Vroege, C-57/93, Jurispr. blz. I-4541, punten 27 en 28, en Fisscher, C-128/93, Jurispr. blz. I-4583, punten 49 en 50; 11 december 1997, Magorrian en Cunningham, C-246/96, Jurispr. blz. I-7153, punten 27-29, en 10 februari 2000, Sievers en Schrage, C-270/97 en C-271/97, Jurispr. blz. I-929, punten 39-41.

gronden om verschillen in behandeling te rechtvaardigen. [111]

117. Volgens de verwijzende rechter is het leeftijdsverschilbeding verenigbaar met het nationale recht omdat het een „legitiem doel" heeft, namelijk het belang van de werkgever bij een algemene beperking van de kosten van vrijwillige pensioenregelingen. [112] Voorts houden die overwegingen nauw verband met het leeftijdsverschilbeding. De kostenbeperking berust op een demografisch criterium: hoe jonger de nabestaanden zijn in verhouding tot de werknemers aan wie een bedrijfspensioen is toegekend, hoe langer het tijdvak is waarin de werkgever doorgaans een nabestaandenpensioen moet betalen.

118. Gezien de ruime beoordelingsvrijheid waarover de lidstaten op het gebied van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid beschikken, ben ik bereid te aanvaarden dat een beleidskeuze van een lidstaat volgens welke particuliere pensioenregelingen een soort leeftijdsverschilbeding mogen bevatten, in beginsel een legitiem doel kan dienen in de zin van artikel 6, lid 1, van richtlijn 2000/78.

119. Mijns inziens is het echter mogelijk dat een regeling — zoals die van BSH — die een weduwe in mevrouw Bartsch' situatie [113] van elke betaling uit hoofde van de regeling uitsluit, niet voldoet aan het in artikel 6, lid 1, gestelde vereiste van evenredigheid, volgens hetwelk de middelen voor het bereiken van legitieme doelstellingen „passend en noodzakelijk" moeten zijn.

120. In de eerste plaats blijkt uit het antwoord van BSH's vertegenwoordiger ter terechtzitting, dat het bedrijf bij de aanvankelijke invoering van de pensioenregeling enkel aandacht had besteed aan de vraag, hoe de (beschikbare) fondsen moesten worden verdeeld.

111 — In het arrest Lindorfer, aangehaald in voetnoot 19, punt 56, heeft het Hof geoordeeld dat de noodzaak van een gezond financieel beheer van een pensioenstelsel niet kon worden aangevoerd ter verdediging van de noodzaak van hogere actuariële waarden voor vrouwen. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Jacobs, punten 49-69, en mijn conclusie, punten 43-50, in die zaak. In de arresten van 22 december 1993, Neath, C-152/91, Jurispr. blz. I-6935, en 28 september 1994, Coloroll, C-200/91, Jurispr. blz. I-4389, heeft het Hof geoordeeld dat de ongelijkheid van bijdragen die door de *werkgever* worden betaald in het kader van door kapitalisatie gefinancierde pensioenregelingen met vaststaande uitkeringsniveaus als gevolg van het gebruik van actuariële gegevens niet onder (het huidige) artikel 141 EG viel. In zijn gevoegde conclusies van 28 april 1993 in onder meer die zaken (Jurispr. blz. I-4879) heeft advocaat-generaal Van Gerven geoordeeld dat de noodzaak van handhaving van het financiële evenwicht van bedrijfspensioenregelingen geen rechtvaardiging kon zijn voor verschillen in *werknemers*bijdragen en uitkeringen op basis van actuariële gegevens. Zie ook arresten van 16 juli 1998, ICI, C-264/96, Jurispr. blz. I-4695; 21 september 1999, Saint-Gobain & ZN, C-307/97, Jurispr. blz. I-2651; 21 november 2002, X & Y, C-436/00, Jurispr. blz. I-10829; 11 maart 2004, de Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Jurispr. blz. I-2409, en 28 september 2006, Commissie/Nederland, C-282/04 en C-283/04, Jurispr. blz. I-9141 (waarin het Hof heeft geoordeeld dat het verlies aan belastinginkomsten een met artikel 43 EG strijdige discriminatie niet kan rechtvaardigen).

112 — Zie punt 107 hierboven.

113 — Dat wil zeggen een weduwe die meer dan vijftien jaar jonger is dan haar echtgenoot die tijdens zijn arbeidsverhouding met BSH is overleden. Het leeftijdsverschilbeding geldt niet bij het overlijden van voormalige werknemers die reeds met pensioen zijn: zie punt 13.

121. In de tweede plaats is het niet moeilijk om manieren te bedenken die minder extreem zijn dan de volledige uitsluiting van nabestaanden, om de door vrijwillige pensioenregelingen gedragen kosten te beperken. Zo zou een lagere uitkering kunnen worden betaald aan jongere nabestaanden, misschien bepaald op een glijdende schaal, of de betalingen zouden pas kunnen beginnen wanneer de nabestaanden een bepaalde leeftijd hebben bereikt.

122. In de derde plaats suggereert niets in de aan het Hof voorgelegde stukken dat een nabestaandenpensioen enkel wordt betaald indien de *werknemer* op of na een bepaalde leeftijd overlijdt. In een situatie waarin de werknemer en zijn/haar echtgeno(o)t(e) even oud zijn en de werknemer op veertigjarige leeftijd sterft, zal de nabestaande dus een pensioen ontvangen. Een nabestaande die zestien jaar jonger is dan zijn/haar echtgeno(o)t(e) (de werknemer) die op zesenvijftigjarige leeftijd sterft, zal niets ontvangen. Er is echter geen relevant onderscheid tussen deze twee nabestaanden (die beiden veertig jaar zijn) in termen van hun eigen levensverwachting en dus de lengte van het tijdvak waarin zij een nabestaandenpensioen kunnen ontvangen.

123. Indien vraag 3, sub b, wordt geanalyseerd tegen de achtergrond van het algemene beginsel van non-discriminatie, toegepast op de specifieke discriminatiegrond leeftijd, valt moeilijk in te zien hoe zulke discriminatie op grond van leeftijd gerechtvaardigd zou kunnen worden. De regeling zou hoe dan ook niet evenredig zijn.

124. Ik zou daarom in voorkomend geval concluderen dat een bepaling zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde leeftijdsverschilbeding, niet kan worden gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de werkgever belang heeft bij een beperking van de algemene kosten van een vrijwillige pensioenregeling.

Vraag 3, sub c

125. De verwijzende rechter wenst te vernemen of het mogelijke verbod van discriminatie op grond van leeftijd onbeperkt terugwerkende kracht heeft met betrekking tot het recht inzake vrijwillige pensioenregelingen. Indien dat niet het geval is, op welke wijze is het beperkt?

126. Hoewel de nationale rechter in de verwijzingsbeslissing vraagt vanaf welk tijdstip het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd precies van toepassing is en hoe de toepassing van dat beginsel moet worden verzoend met de bescherming van het gewettigd vertrouwen, is het duidelijk dat met vraag 3, sub c, in werkelijkheid wordt gevraagd of de werking van het arrest

in de onderhavige zaak in de tijd kan worden beperkt. [114] Ik zal de vraag dan ook tegen die achtergrond beantwoorden.

127. De terugwerkende kracht van een arrest wordt alleen in uitzonderlijke gevallen en onder twee voorwaarden beperkt. In de eerste plaats moet er anders gevaar bestaan voor ernstige economische repercussies; in de tweede plaats moeten particulieren en de nationale autoriteiten tot een met het gemeenschapsrecht strijdig gedrag zijn gebracht op grond van een objectieve, grote onzekerheid over de strekking van de communautaire bepalingen. [115] Die voorwaarden zijn cumulatief.

128. Een eventuele beperking van de werking van een arrest moet bovendien door het Hof worden uitgesproken in het eerste arrest waarin de gevraagde uitlegging wordt gegeven. [116]

129. Mijns inziens moet de terugwerkende kracht van het arrest in de onderhavige zaak niet worden beperkt.

130. In de eerste plaats blijkt niet uit de aan het Hof overgelegde stukken (noch uit de verwijzingsbeslissing noch uit de door BSH of Duitsland [117] ingediende documenten) dat er gevaar bestaat voor ernstige economische repercussies indien het Hof de werking in de tijd van zijn arrest niet zou beperken.

131. In de tweede plaats heeft het Hof in de zaak Mangold zijn arrest niet in de tijd beperkt. In dat arrest is het beginsel erkend dat (in dit geval) hier zou worden toegepast.

132. Gesteld al dat dit de eerste keer zou zijn dat het Hof uitspraak moet doen over de toepassing van het bedoelde beginsel op een particuliere bedrijfspensioenregeling, zou nog steeds niet voldaan zijn aan de eerste van de twee (cumulatieve) voorwaarden.

133. Bijgevolg moet de werking van het arrest in de onderhavige zaak niet worden beperkt in de tijd.

114 — Duitsland heeft uitdrukkelijk om een dergelijke beperking verzocht.

115 — Zie arrest Richards, aangehaald in voetnoot 94, punt 42, en arrest van 18 januari 2007, Brzeziński, C-313/05, Jurispr. blz. I-513, punt 57.

116 — Arresten Barber, aangehaald in voetnoot 109, punt 41, en Vroege, aangehaald in voetnoot 110, punt 31; arrest van 6 maart 2007, Meilicke, C-292/04, Jurispr. blz. I-1835, punten 36 en 37.

117 — Duitsland stelt dat een groot aantal overeenkomsten door een dergelijke uitspraak zouden kunnen worden getroffen, maar geeft toe dat het niet over statistisch bewijs beschikt om die stelling te onderbouwen.

Conclusie

134. Ik geef het Hof derhalve in overweging de prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„1) De lidstaten zijn niet verplicht om de naleving van het in het gemeenschapsrecht vervatte algemene gelijkheidsbeginsel (dat mede gelijke behandeling ongeacht leeftijd omvat) te waarborgen indien de mogelijk discriminerende behandeling niet binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht valt.

2) Er is geen bijzondere materiële bepaling van gemeenschapsrecht die als basis kan dienen voor de toepassing van het algemene gelijkheidsbeginsel (dat mede gelijke behandeling ongeacht leeftijd omvat) op de situatie waarin de prejudiciële vragen zijn gerezen."