

# Gelijke behandeling mannen en vrouwen in pensioenregelingen

COMMENTAAR OP HOF VAN JUSTITIE EG 17 MEI 1990 (ZAAK  
BARBER)

Op 17 mei 1990 heeft het Hof van Justitie EG een belangrijk arrest gewezen over gelijke behandeling van mannen en vrouwen in pensioenregelingen (zaak C-262/88, Barber tegen Guardian Royal Exchange Assurance Group). Dit betreft een zogenaamde prejudiciële beslissing over de interpretatie van artikel 119 EEG-Verdrag. In de uitspraak gaat het Hof in op ongelijke pensioenleeftijden voor mannen en vrouwen, gelijke behandeling per beloningselement of voor het beloningspakket als geheel, rechtstreekse werking van artikel 119, beperking terugwerkende kracht artikel 119.<sup>1</sup>

\* Juridisch  
hoofdmedewer-  
ster op de afdeling  
bedrijfspensioen-  
fondsen algemene  
zaken van het  
GAK te Amster-  
dam.  
Zij bedankt Mevr.  
Drs. I.J. Koning  
en Mevr. Mr. M.  
Davidesko-van  
Laren voor hun  
kritische opmer-  
kingen en Dr. E.  
Luijens voor zijn  
begeleiding.

## De feiten

De heer Barber was werknemer bij de Guardian Royal Exchange Assurance Group (GRE) en nam deel in de pensioenregeling van zijn werkgever. Het betrof een 'contracted-out' regeling. In het Britse stelsel van sociale zekerheid bestaat het pensioen uit twee delen: een voor ieder gelijk basisbedrag en een inkomensgebonden bedrag. Dit inkomensgebonden bedrag kan onder bepaalde omstandigheden en na goedkeuring van overheidswege vervangen worden (contracted-out) door een pensioenregeling die een bedrijf ten behoeve van zijn werknemers heeft ingesteld. Zo'n regeling moet wel aan bepaalde door de wet vereiste voorwaarden voldoen. De regeling waaraan GRE deelnam was ondergebracht bij een onafhankelijk fonds.

In de pensioenregeling van GRE was de pensioenleeftijd voor mannen gesteld op 62 en voor vrouwen op 57 jaar. Voorts bevatte de arbeidsovereenkomst een clause die bepaalde dat bij gedwongen ontslag binnen 7 jaar voor de reglementaire pensioenleeftijd het pensioen vervroegd zou worden uitgekeerd.

Barber werd ontslagen op 52-jarige leeftijd en kreeg aanspraak op een uitgesteld pensioen ingaande op de leeftijd van 62 jaar. Voorts ontving hij een vergoeding van £ 18 597. Indien de heer Barber een vrouw zou zijn geweest, dan zou hij een onmiddellijk ingaand vervroegd pensioen hebben gekregen, maar een lagere vergoeding.

Barber vond dat hij het slachtoffer was van ongelijke behandeling gebaseerd op sexe en ging in beroep bij the Employment Appeal Tribunal. Deze wees het beroep af en de heer Barber ging in hoger beroep bij de Court of Appeal (Queen's Bench Division). De Court of Appeal stelde het Hof van Justitie EG een vijftal vragen.

## De overwegingen en beslissing van het Hof

Op deze vragen overweegt en beslist het Hof als volgt:

### *The first question*

10. In its first question the Court of Appeal seeks to

ascertain, in substance, whether the benefits paid by an employer to a worker in connexion with the latter's compulsory redundancy fall within the scope of Article 119 of the Treaty and the directive on equal pay or within the scope of the directive on equal treatment.

(...)

12. As the Court has held, the concept of pay, within the meaning of the second paragraph of Article 119, comprises any other consideration, whether in cash or in kind, whether immediate or future, provided that the worker receives it, albeit indirectly, in respect of his employment from his employer (see, in particular, the judgment of 9 February 1982 in Case 12/81, *Garland v British Rail Engineering*, [1982] ECR 359 at paragraph 5). Accordingly, the fact that certain benefits are paid after the termination of the employment relationship does not prevent them from being in the nature of pay, within the meaning of Article 119 of the Treaty.

13. As regards, in particular, the compensation granted to a worker in connexion with his redundancy, it must be stated that such compensation constitutes a form of pay to which the worker is entitled in respect of his employment, which is paid to him upon termination of the employment relationship, which makes it possible to facilitate his adjustment to the new circumstances resulting from the loss of his

1. Zie over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Barber ook het antwoord van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op Kamervragen. De staatssecretaris komt tot volstrekt tegenovergestelde conclusies als mevr. Hoving ten aanzien van de consequenties van de Barber-zaak voor de pensioenleeftijden. (Zie in deze aflevering van TPV het bericht *Gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van pensioenleeftijden* op p. 76.)

employment and which provides him with a source of income during the period in which he is seeking new employment.

14. It follows that compensation granted to a worker in connexion with his redundancy falls in principle within the concept of pay for the purposes of Article 119 of the Treaty.

15. At the hearing, the United Kingdom argued that the statutory redundancy payment fell outside the scope of Article 119 of the Treaty because it constituted a social security benefit and not a form of pay.

16. In that regard it must be pointed out that a redundancy payment made by the employer, such as that which is at issue, cannot cease to constitute a form of pay on the sole ground that, rather than deriving from the contract of employment, it is a statutory or *ex gratia* payment.

(...)

#### *The second question*

21. In view of the answer given to the first question, the second question must be understood as seeking in substance to ascertain whether a retirement pension paid under a contracted-out private occupational scheme falls within the scope of Article 119 of the Treaty, in particular where that pension is awarded in connexion with compulsory redundancy.

22. It must be pointed out in that regard that, in its judgment of 25 May 1971 in Case 80/70 (*Defrenne v Belgium*, [1971] ECR 445 at paragraphs 7 and 8), the Court stated that consideration in the nature of social security benefits is not in principle alien to the concept of pay. However, the Court pointed out that this concept, as defined in Article 119, cannot encompass social security schemes or benefits, in particular retirement pensions, directly governed by legislation without any element of agreement within the undertaking or the occupational branch concerned, which are compulsorily applicable to general categories of workers.

23. The Court noted that those schemes afford the workers the benefit of a statutory scheme, to the financing of which workers, employers and possibly the public authorities contribute in a measure determined less by the employment relationship than by considerations of social policy.

24. In order to answer the second question, therefore, it is necessary to ascertain whether those considerations also apply to contracted-out private occupational schemes such as that referred to in this case.

25. In that regard it must be pointed out first of all that the schemes in question are the result either of an agreement between workers and employers or of a unilateral decision taken by the employer. They are wholly financed by the employer or by both the employer and the workers without any contribution being made by the public authorities in any circumstances. Accordingly, such schemes form part of the consideration offered to workers by the employer.

26. Secondly, such schemes are not compulsorily applicable to general categories of workers. On the contrary, they apply only to workers employed by certain undertakings, with the result that affiliation to those schemes derives of necessity from the employment relationship with a given employer. Furthermore, even if the schemes in question are established in conformity with national legislation and consequently satisfy the conditions laid down by it for recognition as contracted-out schemes, they are governed by their own rules.

27. Thirdly, it must be pointed out that, even if the contributions paid to those schemes and the benefits which they provide are in part a substitute for those of the general statutory scheme, that fact cannot preclude the application of Article 119. It is apparent from the documents before the Court that occupational schemes such as that referred to in

this case may grant to their members benefits greater than those which would be paid by the statutory scheme, with the result that their economic function is similar to that of the supplementary schemes which exist in certain Member States, where affiliation and contribution to the statutory scheme is compulsory and no derogation is allowed. In its judgment of 13 May 1986 in Case 170/84 (*Bilka-Kaufhaus v Weber von Hartz*, [1986] ECR 1607) the Court held that the benefits awarded under a supplementary pension scheme fell within the concept of pay, within the meaning of Article 119.

28. It must therefore be concluded that, unlike the benefits awarded by national statutory social security schemes, a pension paid under a contracted-out scheme constitutes consideration paid by the employer to the worker in respect of his employment and consequently falls within the scope of Article 119 of the Treaty.

29. That interpretation of Article 119 is not affected by the fact that the private occupational scheme in question has been set up in the form of a trust and is administered by trustees who are technically independent of the employer, since Article 119 also applies to consideration received indirectly from the employer.

(...)

#### *The third and fifth questions*

31. In these questions the Court of Appeal seeks in substance to ascertain, in the first place, whether it is contrary to Article 119 of the Treaty for a man made compulsorily redundant to be entitled only to a deferred pension payable at the normal pensionable age when a woman in the same position receives an immediate retirement pension as a result of the application of an age condition that varies according to sex in the same way as is provided for by the national statutory pension scheme. Secondly, the Court of Appeal wishes to ascertain, in substance, whether equal pay must be ensured at the level of each element of remuneration or only on the basis of a comprehensive assessment of the consideration paid to workers.

32. In the case of the first of those two questions thus formulated, it is sufficient to point out that Article 119 prohibits any discrimination with regard to pay as between men and women, whatever the system which gives rise to such inequality. Accordingly, it is contrary to Article 119 to impose an age condition which differs according to sex in respect of pensions paid under a contracted-out scheme, even if the difference between the pensionable age for men and that for women is based on the one provided for by the national statutory scheme.

33. As regards the second of those questions, (...)

34. It must be stated that if the national courts were under an obligation to make an assessment and a comparison of all the various types of consideration granted, according to the circumstances, to men and women, judicial review would be difficult and the effectiveness of Article 119 would be diminished as a result. It follows that genuine transparency, permitting an effective review, is assured only if the principle of equal pay applies to each of the elements of remuneration granted to men or women.

(...)

#### *The fourth question*

36. The national court also asks, in its fourth question, whether Article 119 of the Treaty and the directive on equal pay have direct effect in the circumstances of this case.

37. In view of the answer given to the first question, it is unnecessary to discuss the effects of the directive on equal pay. As for Article 119, it is appropriate to refer to the established caselaw, which was reviewed by the Court in particular in its judgment of 31 March 1981 in Case 96/80 (*Jenkins*, cited above, at paragraph 17) and according to which that provision applies directly to all forms of discrimination which may be identified solely with the aid of the criteria of

equal work and equal pay referred to by the article in question, without national or Community measures being required to define them with greater precision in order to permit their application.

38. If a woman is entitled to an immediate retirement pension when she is made compulsorily redundant, but a man of the same age is entitled in similar circumstances only to a deferred pension, then the result is unequal pay as between those two categories of workers which the national court can itself establish by considering the components of the remuneration in question and the criteria laid down in Article 119.

(...)

Effects of this judgment *ratione temporis*

(...)

41. As the Court acknowledged in its judgment of 8 April 1976 in Case 43/75 (*Defrenne*, cited above), it may, by way of exception, taking account of the serious difficulties which its judgment may create as regards events in the past, be moved to restrict the possibility for all persons concerned of relying on the interpretation which the Court, in proceedings on a reference to it for a preliminary ruling, gives to a provision. A restriction of that kind may be permitted only by the Court in the actual judgment which gives the ruling on the interpretation requested.

42. With regard to this case, it must be pointed out that Article 7 (1) of Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security (Official Journal 1979 No. L 6, p. 24) authorized the Member States to defer the compulsory implementation of the principle of equal treatment with regard to the determination of pensionable age for the purposes of granting old-age pensions and the possible consequences thereof for other benefits. That exception has been incorporated in Article 9 (a) of Directive 86/378/EEC of 24 July 1986 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes (Official Journal 1986 No. L 225, p. 40; corrigendum published in Official Journal 1986 No. L 283, p. 27), which may apply to contracted-out schemes such as the one at issue in this case.

43. In the light of those provisions, the Member States and the parties concerned were reasonably entitled to consider that Article 119 did not apply to pensions paid under contracted-out schemes and that derogations from the principle of equality between men and women were still permitted in that sphere.

44. In those circumstances, overriding considerations of legal certainty preclude legal situations which have exhausted all their effects in the past from being called in question where that might upset retroactively the financial balance of many contracted-out pension schemes. It is appropriate, however, to provide for an exception in favour of individuals who have taken action in good time in order to safeguard their rights. Finally, it must be pointed out that no restriction on the effects of the aforesaid interpretation can be permitted as regards the acquisition of entitlement to a pension as from the date of this judgment.

45. It must therefore be held that the direct effect of Article 119 of the Treaty may not be relied upon in order to claim entitlement to a pension with effect from a date prior to that of this judgment, except in the case of workers or those claiming under them who have before that date initiated legal proceedings or raised an equivalent claim under the applicable national law.

On those grounds, The Court in answer to the questions referred to it by the Court of Appeal in London by an order of 12 May 1988, hereby rules as follows:

1. The benefits paid by an employer to a worker in connexion with the latter's compulsory redundancy fall within

the scope of the second paragraph of Article 119 of the Treaty, whether they are paid under a contract of employment, by virtue of legislative provisions or on a voluntary basis.

2. A pension paid under a contracted-out private occupational scheme falls within the scope of Article 119 of the Treaty.

3. It is contrary to Article 119 of the Treaty for a man made compulsorily redundant to be entitled to claim only a deferred pension payable at the normal retirement age when a woman in the same position is entitled to an immediate retirement pension as a result of the application of an age condition that varies according to sex in the same way as is provided for by the national statutory pension scheme. The application of the principle of equal pay must be ensured in respect of each element of remuneration and not only on the basis of a comprehensive assessment of the consideration paid to workers.

4. Article 119 of the Treaty may be relied upon before the national courts. It is for those courts to safeguard the rights which that provision confers on individuals, in particular where a contracted-out pension scheme does not pay to a man on redundancy an immediate pension such as would be granted in a similar case to a woman.

5. The direct effect of Article 119 of the Treaty may not be relied upon in order to claim entitlement to a pension, with effect from a date prior to that of this judgment, except in the case of workers or those claiming under them who have before that date initiated legal proceedings or raised an equivalent claim under the applicable national law.

## Commentaar

### 1. Arbeidsvoorwaarde of beloning?

De eerste vraag stelt het steeds terugkomende vraagstuk aan de orde, of een leeftijdsgrens, die enerzijds leidt tot het einde van een dienstbetrekking (en derhalve een ontslagvoorwaarde is) en anderzijds het moment bepaalt voor het toekennen van een pensioen (en derhalve een beloning is), moet worden beoordeeld naar de richtlijn 76/207 (de gelijke behandeling bij arbeidsvoorwaarden) of art. 119 en richtlijn 75/117 (gelijke beloning).<sup>2</sup>

In het arrest *Burton*<sup>3</sup> heeft het Hof beslist dat een leeftijdsgrens gehanteerd voor het beëindigen van een arbeidsverhouding, een arbeidsvoorwaarde en meer bepaald een ontslagvoorwaarde is, waarvan de regelmatigheid aan de hand van richtlijn 76/207 gelijke behandeling moet worden onderzocht. Aangezien een richtlijn vooralsnog geen horizontale werking heeft, kan daar evenwel tegenover een burger geen beroep op worden gedaan.

GRE deed natuurlijk een beroep op voornoemd arrest. Het Hof gaat echter niet in op het onderscheid tussen een toegang tot de regeling (de voorwaarde) en de beloning zelf, maar vraagt zich af of de beloning voortvloeit uit de dienstverhouding met de werkgever, waarbij het moment van het genieten (bijvoorbeeld uitbetaling na ontslag) niet het karakter van beloning kan aantasten.<sup>4</sup>

Het Hof stelt tenslotte, dat uitkeringen van een werkgever aan een werknemer, toegekend vanwege diens gedwongen ontslag onder de werkingssfeer van art. 119 vallen, ongeacht of zij worden gedaan op een wettelijke, contractuele of op een vrijwillige basis.<sup>5</sup>

2. Zie de arresten *Defrenne III*, arrest 15 juni 1978, zaak 149/77, *Burton*, zaak 19/81, uitspraak 16 febr. 1982, *Roberts*, zaak 151/84, uitspraak 26 febr. 1986, *Marshall*, zaak 152/82, uitspraak 26 febr. 1986, *Beets-Propser*, zaak 262/84, uitspraak 26 febr. 1986, en het artikel

„Gelijke behandeling retrospectief” van Mevr. mr. S. Prechal, *SEW* 2 (1988) p. 78 e.v.)  
3. Zaak 19/81, uitspraak 16 febr. 1982.  
4. *Garland v British Rail Engineering*, zaak 12/81.  
5. Het Hof verwees daarbij naar *Defrenne II*, zaak 43/75, uitspraak

## 2. Valt de zogenaamde contracted-out regeling onder art. 119?

Door GRE werd een beroep gedaan op *Newstead v Department of Transport*.<sup>6</sup> Het Hof overwoog in die zaak, dat art. 119 niet van toepassing was op een contracted-out regeling waarbij het brutoloon voor mannen en vrouwen gelijk was en bij mannen alleen een bijdrage voor de weduwnpensioenregeling werd ingehouden. Omdat die regeling in de plaats kwam van een verplichte sociale zekerheidsregeling besliste het Hof dat art. 118 in plaats van art. 119 van toepassing was.

GRE stelde dat dit een belangrijk verschil met de *Bilka Kaufhaus v. K. Weber von Hartz* zaak was.<sup>7</sup> In *Bilka/Weber* was sprake van een aanvullende pensioenregeling, dat wil zeggen een regeling die een aanvulling geeft op een sociale zekerheidsregeling (bijv. de AOW) en deze aanvulling viel onder de werkingssfeer van art. 119.

Evenals in *Bilka/Weber* wordt door het Hof in de *Barber*-zaak getoetst aan *Defrenne I*<sup>8</sup> om te beoordelen of een uitkering beloning in de zin van art. 119 is of niet. In *Defrenne I* besliste het Hof, dat voordelen met het karakter van uitkeringen van sociale zekerheid in beginsel niet losstaan van het begrip beloning. Volgens het Hof kan men onder het begrip beloning, zoals het in artikel 119 is afgebakend, niet de stelsels of uitkeringen van sociale zekerheid en met name ouderdomspensioenen verstaan, die zonder enig overleg binnen de betrokken onderneming of bedrijfstak rechtstreeks bij de wet worden vastgesteld en verplicht van toepassing zijn op algemene categorieën werknemers.

Teneinde te bepalen of een regeling tot een stelsel van sociale zekerheid behoort toetst het Hof aan de navolgende elementen:

- door wie wordt de pensioenregeling gefinancierd;
- voor wie geldt de pensioenregeling en
- wordt de regeling door de overheid vastgesteld of hebben werkgever/werknemer daar een overwegende invloed op.

De ontwikkeling begonnen bij *Worringham & Humphreys*<sup>9</sup> en nader uitgewerkt in *Bilka/Weber* wordt dus voortgezet en bevestigd. Pensioen is beloning in de zin van art. 119, indien de betreffende pensioenregeling haar oorsprong vindt in de verhouding werkgever/werknemer, de uitkering mede gefinancierd wordt door de werkgever en de regeling wordt vastgesteld door de vrije marktsector en derhalve niet volledig wordt beheerst door overwegingen van sociaal beleid opgelegd door de overheid.<sup>10</sup>

## 3. Gelijkheid per beloningselement of een gelijkwaardig beloningspakket

Het Hof beslist dat het in strijd is met art. 119 om voor mannen en vrouwen een ongelijke pensioenleeftijd te hanteren, als gevolg waarvan mannen bij ontslag slechts aanspraak maken op een uitgesteld pensioen, terwijl aan vrouwen in gelijke omstandigheden een vervroegd pensioen wordt uitgekeerd. Vervolgens behandelt het Hof de vraag of het beginsel van gelijke beloning gelijkheid per beloningselement vereist of dat een gelijkwaardig beloningspakket voldoende is.

Het Hof overweegt, dat de rechtspraak op nationaal niveau zou worden bemoeilijkt en het effect van art. 119 zou worden beperkt, indien de toepassing van het beginsel van gelijke beloning zou leiden tot de verplichting alle onderdelen van beloning vast te stellen en vervolgens de totaalpakketten te vergelijken.

Het Hof stelt, dat een goed doorzicht van en een doelmatig oordeel door de nationale rechters alleen verzekerd is, indien het principe van gelijke beloning wordt toegepast op elk onderdeel van de beloning.<sup>11</sup> Het Hof bepaalt uitdrukkelijk dat het beginsel van gelijke beloning op elk onderdeel van de beloning moet worden toegepast. Dientenge-

volge moet ook een pensioenregeling en elk onderdeel daarvan aan vorengenoemd beginsel voldoen.

## 4. Rechtstreekse werking van art. 119

Voor de verhouding tussen art. 119 en Richtlijn 75/117<sup>12</sup> en de rechtstreekse werking van art. 119 verwijst het Hof naar hetgeen is overwogen in *Jenkins v Kingsgate*<sup>13</sup>. Gelet op het doel van richtlijn 75/117 beïnvloedt deze op generlei wijze de inhoud of strekking van art. 119. Daarnaast heeft art. 119 rechtstreekse werking terzake alle vormen van ongelijke behandeling, voor zover de nationale rechter deze kan vaststellen met behulp van de criteria gelijke arbeid en gelijke beloning en zonder dat nadere communautaire of nationale maatregelen zijn vereist. De burger kan derhalve voor zijn nationale rechter een direct beroep op dit artikel doen.

In *Defrenne II*<sup>14</sup> heeft het Hof gesteld, dat art. 119 vanaf 1 januari 1962 rechtstreekse werking heeft. In deze zaak werd de rechtstreekse werking in tijd echter beperkt tot loonaanspraken over tijdvakken vanaf 8 april 1976.

Met een verwijzing naar *Defrenne II* beperkt het Hof opnieuw de rechtstreekse werking in tijd van art. 119, op grond van het alles overheersende beginsel van de rechtszekerheid en de mogelijk grote financiële consequenties van de terugwerkende kracht. Het Hof bepaalt namelijk dat op de rechtstreekse werking van art. 119 geen beroep kan worden gedaan voor pensioenaanspraken daterend van vóór 17 mei 1990. Een uitzondering wordt gemaakt voor de reeds lopende procedures terzake van pensioenrechten.

De vraag is, of de uitspraak van het Hof op dit punt zo letterlijk gelezen mag worden, gelet op het gestelde in rechtsoverweging 44. Het aspect van de terugwerkende kracht wordt in de volgende paragraaf besproken.

## 5. De aanspraken en het effect van de terugwerkende kracht

Van belang is de vraag of mannen indien zij op de lagere leeftijd uittreden dan ook dezelfde rechten krijgen als vrouwen.

Het Hof geeft een beperking van de rechtstreekse werking in tijd door te bepalen dat op artikel 119 slechts een beroep kan worden gedaan voor pensioenaanspraken van vóór 17 mei 1990 en neemt daarbij in ogenschouw:

- de grote financiële consequenties van het doorvoeren van het beginsel van gelijke behandeling terzake de pensioenleeftijd;
- het beginsel van de rechtszekerheid.

In de Derde richtlijn wordt de gelijke behandeling terzake de pensioengerechtigde leeftijd uitgesteld, terwijl de Vierde Richtlijn een mogelijkheid tot uitstel geeft.<sup>15</sup> Gelet op deze bepalingen mochten de lidstaten en betrokken partijen volgens het Hof redelijkerwijs denken, dat art. 119 niet van toepassing was op een contracted-out regeling en dat (voornoemde) uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling waren toegestaan.

In rechtsoverweging 44 wordt dan vervolgens aangege-

18 maart 1976 en naar *Garland*, zie hierboven.

6. Zaak 192/85 1987 en over deze uitspraak *Lutjens in TPV* (Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken) 1988, p. 23 en 24.

7. Zaak 170/84, uitspraak 13 mei 1986, zie *TPV* 1987, p. 16.

8. Zaak 80/70, uitspraak 25 mei 1971.

9. Zaak 80/70, uitspraak 25 mei 1971.

10. R.o. 25 bevestigt *Lutjens'* stelling, dat het irrelevant is of de pensioenregeling geheel door de werkgever wordt gefinancierd of te zamen met de werknemer. Beslissend is dat de regeling gevolgen heeft voor de arbeidskosten van de werkgever. Zie zijn proefschrift 'Pensioenvoorzieningen voor werk-

nemers', W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1989, p. 49.

11. Lees het commentaar van *Elies Steyger*, onder het arrest *Deense vakbond v Danfoss*, zaak 109/88 17 oktober 1989 in *Nemesis* 1990 nr 2 p. 81 e.v., waar voornoemde toepassing van het principe wordt besproken.

12. Het voornaamste doel van deze richtlijn is de doorvoering van het in artikel 119 van het Verdrag opgenomen beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers te verzekeren.

13. Zaak 96/80, uitspraak 31 maart 1981.

14. Zaak 33/75, uitspraak 8 april 1976.

15. Zie art. 7 van richtlijn 79/17 en art. 9 (a) van richtlijn 86/378.

ven, ten aanzien waarvan de beperking in terugwerkende kracht tot 17 mei 1990 geldt: 'to legal situations which have exhausted all their effects in the past from being called in question are not to be called into question where that might upset retroactively the financial balance of many contracted-out pension schemes'.

Een allesbehalve simpele nuancering en weinig bruikbaar in regelingen, waarbij aanspraken worden opgebouwd. Immers omdat die aanspraken worden opgebouwd, dat wil zeggen worden gecontinueerd, is er geen moment te bepalen waarop gesteld kan worden dat zij juridisch geen consequenties meer hebben. Daarnaast kunnen verschillende 'deelnemers' in een regeling worden onderscheiden, die verschillende aanspraken hebben:

- de werknemer die actief deelneemt in een pensioenregeling, d.w.z. degene die aanspraken opbouwt;
- de slaper: degene wiens deelneming in een pensioenregeling eindigt anders dan door overlijden of pensioering. De slaper verkrijgt een premievrije aanspraak op pensioen;
- de gepensioneerde die een pensioen ontvangt.

Indien de nadruk wordt gelegd op het principe van gelijke beloning en wordt afgegaan op de letterlijke bewoording van het dictum onder punt 5, waarin wordt gesproken van het vorderen van een aanspraak op pensioen, dan zou kunnen worden gesteld dat de uitspraak geen effect heeft op pensioenen, die vóór 17 mei 1990 zijn uitgekeerd. Immers daarop bestaat geen aanspraak meer en de juridische effecten zijn niet meer aanwezig. Gevolg van deze uitleg zou zijn dat de uitspraak wel terugwerkende kracht heeft voor de slaper en de actieve deelnemer in een regeling en mogelijk (?) voor de toekomstige aanspraken van gepensioneerden. Dit zou echter zeer grote financiële consequenties hebben, hetgeen een overweging voor het Hof was om een terugwerkende kracht van deze uitspraak te beperken.

Indien aan dit element (in samenhang met het rechtszekerheidsbeginsel) een overwegende invloed zou worden toegekend, dan zou kunnen worden gesteld, dat het effect van Barber alleen geldt ten aanzien van aanspraken verworven na 17 mei 1990. Echter deze opvatting doet ernstig afbreuk aan hetgeen overwogen is onder nummer 44.

Daarnaast dient nog het volgende te worden opgemerkt. In Defrenne II is bepaald dat art. 119 rechtstreekse werking heeft vanaf 8 april 1976. In Bilka/Weber is gesteld, dat de aanvullende pensioenregeling onder art. 119 viel, waarbij geen beperking in terugwerkende kracht werd gegeven. Gelet op het feit, dat de uitspraak van het Hof in de Barber zaak alleen voor contracted-out regelingen geldt en beperking van de terugwerkende kracht een uitzondering is, zou geconcludeerd moeten worden dat de aanvullende pensioenregelingen vanaf 1976 aan het beginsel van gelijke beloning hadden moeten voldoen.

- Doorredenerend op dit gegeven rijzen er tal van vragen:
- stel een werkgever kan absoluut niet aan de financiële consequenties voldoen, zou een pensioenfonds waar de regeling is ondergebracht, die verplichting dan moeten overnemen en vice versa;
  - in vele regelingen wordt er slechts pensioen uitgekeerd voor zover daar premie voor is betaald, dat geldt zowel voor mannen als voor vrouwen. Stel dat om aan het beginsel van gelijke behandeling te voldoen extra uitkeringen aan mannen worden gedaan, mogen de daarvoor benodigde extra premies dan ook van die mannen worden gevorderd;
  - mag een algemene verlaging van uitkeringen of een enorme verhoging van premies plaatsvinden om te kunnen voldoen aan het beginsel van de gelijke behandeling.

Over de vraag hoever de terugwerkende kracht in tijd kan worden beperkt geeft deze uitspraak geen uitsluitsel. Zou ik echter een keuze tussen de bovengenoemde opties moe-

ten maken, dan kies ik voor een beperking van de terugwerkende kracht in tijd tot 17 mei 1990 en wel vanwege de grote financiële consequenties en het beginsel van de rechtszekerheid. Voornoemde beperking in tijd kan mijns inziens alleen voor die elementen in de pensioenregeling waarvoor de richtlijnen uitstel hebben gegeven, dat wil zeggen voor de gelijke pensioenleeftijd en bijvoorbeeld het nabestaandenpensioen. Immers vanwege dat uitstel mochten betrokkenen denken dat het beginsel van gelijke beloning nog niet van toepassing was. Voor de overige elementen dient het principe van gelijke behandeling minimaal terug te werken tot Bilka/Weber, immers vanaf toen was het duidelijk dat de aanvullende pensioenregeling onder de werkingssfeer van artikel 119 viel. Een nog verder terugwerken in tijd kan mijns inziens op grond van bovengenoemde argumenten (de grote financiële consequenties en de rechtszekerheid) worden weerlegd.

Ten aanzien van het rechtszekerheidselement nog een toevoeging. De burger moet kunnen vertrouwen op duidelijke regelgeving vanuit Brussel. Indien een wetgevend orgaan richtlijnen met duidelijke uitvoeringstermijnen en uitzonderingen geeft en het Hof die vervolgens passeert, dan moet de daaruit voortvloeiende rekening niet met terugwerkende kracht op het bordje van derden worden gelegd.

#### 6. Consequenties voor de pensioenleeftijd

Uit de Barber-zaak blijkt dat een gelijke pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen dient te worden gehanteerd, in dien zij in gelijke omstandigheden verkeren. Terwijl de Derde Richtlijn ten aanzien daarvan een uitstel en de Vierde Richtlijn de gelegenheid tot uitstel geeft. Het wetsontwerp inzake de tenuitvoerlegging van de Vierde Richtlijn (nr. 20 890) bepaalt dat bestaande pensioenregelingen tot 1 januari 1993 de tijd hebben om eenzelfde pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen in te voeren.

Artikel 9 van de voltooiingsrichtlijn 87/494<sup>16</sup> geeft nog een keuze:

- uniforme leeftijd voor mannen en vrouwen;
- de keuze van de leeftijd wordt overgelaten aan de betrokkene zelf, tijdens een voorgeschreven periode (flexibele pensioering). De voorwaarden, met name de voorwaarden inzake het aantal verzekeringsjaren, moeten voor beide geslachten gelijk zijn.

Stel nu dat een pensioenregeling nog niet is aangepast aan het beginsel van gelijke behandeling en voor vrouwen een pensioenleeftijd van bijv. 55 jaar en voor mannen van 60 jaar kent. Houdt dan toepassing van het beginsel in dat mannen nu ook op de lage leeftijd met pensioen mogen of geldt de hoge leeftijd voor beide sexen? Het gaat hier om het bekende vraagstuk 'levelling up or down'.

In Borrie Clarke<sup>17</sup> werd door het Hof overwogen dat art. 4 uit richtlijn 79/7<sup>18</sup> voldoende nauwkeurig is om door een burger voor de nationale rechter te worden ingeroepen, teneinde elke daarmee strijdige nationale bepaling buiten toepassing te doen verklaren. Volgens het FNV-arrest<sup>19</sup> hebben vrouwen in een geval van directe discriminatie recht op dezelfde behandeling en toepassing van dezelfde regeling als mannen die in een gelijke situatie verkeren, waarbij die regeling, zolang aan de richtlijn geen uitvoering is gegeven, het enige bruikbare referentiekader is.<sup>20</sup>

De Derde richtlijn en art. 119 hebben beide als uitgangspunt de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling

16. Richtlijn tot voltooiing van de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen inzake in de wettelijke en de beroepsregelingen inzake sociale zekerheid van 23 okt. 1987.

17. Zaak 384/85, uitspraak 24 juni 1987.

18. Richtlijn van 19 dec. 1978 in-

zake de gelijke behandeling mannen en vrouwen in de sociale zekerheid.

19. Zaak 71/85 uitspraak 4 dec. 1986.

20. In Ruzius, zaak nr C-102/88, uitspraak 13 dec. 1989 is dit eveneens bepaald in een geval van indirecte discriminatie.

te verzekeren. Dientengevolge is het niet ondenkbaar dat, indien de voorgaande situatie zich bij de toepassing van artikel 119 voordoet, de in Borrie Clark en het FNV-arrest geformuleerde uitgangspunten eveneens gelding hebben.

Zoals hierboven (onder 4) reeds is gesteld, is art. 119 voldoende nauwkeurig om te worden ingeroepen en het voorgaande zou er derhalve toe kunnen leiden, dat mannen, zolang een regeling niet is aangepast aan het beginsel van gelijke behandeling, recht hebben op dezelfde gunstige regeling als vrouwen.

#### 7. Andere elementen dan de pensioenleeftijd

Het Hof heeft duidelijk overwogen dat op elk onderdeel van de beloning het beginsel van gelijke behandeling dient te worden gerespecteerd. Vele elementen van beloning kunnen in strijd zijn met dit beginsel, maar om één voorbeeld te noemen: indien een regeling een weduwenpensioen kent dan dient ook een weduwnaarspensioen te worden verzekerd.

#### 8. Vierde richtlijn en wetsontwerp tot wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen

Bij de Eerste Kamer wordt het wetsontwerp 20 890 behandeld, dat voorziet in de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in onder meer de aanvullende pensioenregelingen. Het betoogt uitvoering te geven aan de Vierde richtlijn. De uit de Barber-zaak voortvloeiende opdracht aan Den Haag zou kunnen zijn, te onderzoeken welke elementen van voornoemde richtlijn in strijd zijn met art. 119 en derhalve een dode letter zijn. Naar mijn mening dient het wetsvoorstel te worden aangepast op de navolgende punten:

- het optierecht aan vrouwen van 50 jaar en ouder;
- de overgangsbepalingen, inhoudende dat de bestaande pensioenregelingen pas per 1 januari 1993 aan het beginsel van gelijke behandeling behoeven te voldoen.

Vervolgens zou de richtlijn daar waar het mogelijk is gewoon uitgevoerd moeten worden. Het komt in dit verband ietwat vreemd over, dat de staatssecretaris zich verzette tegen het amendement Soutendijk-Van Appeldoorn/Kalsbeek-Japerse<sup>21</sup>, dat tegemoet kwam aan de opdracht gegeven in art. 7 sub b (in samenhang met sub a) van de Vierde richtlijn.<sup>22, 23</sup>

De staatssecretaris overwoog daarbij dat het door de parlementariërs voorgestane verbod al rechtstreeks voortvloeide uit de Vierde richtlijn. De zaak Commissie v België<sup>24</sup> leert, dat aan de rechtstreekse toepasselijkheid van de betrokken richtlijn niet de rechtvaardiging kan worden ontleend vereiste uitvoeringsmaatregelen achterwege te laten.

#### 9. Tegenover wie kan op art. 119 een beroep worden gedaan?

Art. 119 heeft horizontale werking, dat wil zeggen in rechtsgeschillen tussen twee burgers kan een beroep op voornoemd artikel worden gedaan. Stel een werkgever neemt deel in een pensioenregeling en deze wordt uitgevoerd en geadmistreerd door een onafhankelijk pensioenfonds. Zijn werknemer heeft een vordering met betrekking tot zijn pensioenaanspraken; wie moet hij nu in rechte aanspreken?

Art. 119 geeft geen oplossing, want daarin wordt slechts een gelijke behandeling in beloning gegarandeerd maar wordt niet gezegd tegenover wie het recht op gelijke beloning geldend dient te worden gemaakt. Het Hof geeft in de Barber-zaak ook geen duidelijkheid omtrent dit punt. Het oordeelt dat de pensioenregeling bij GRE onder de werkingssfeer van art. 119 valt, omdat het een vergoeding betreft die indirect van de werkgever wordt ontvangen. Het is derhalve niet van belang dat de regeling wordt uitgevoerd door een zelfstandig fonds.

De Vierde Richtlijn bepaalt in art. 6 lid 2 dat indien de toekenning van onder deze richtlijn vallende prestaties aan

de beoordeling van de uitvoeringsorganen van de regeling wordt overgelaten, deze zich moeten laten leiden door het beginsel van gelijke behandeling. Het wetsontwerp 20 890 tot wijziging Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen richt zich mede op 'anderen dan de werkgever' aan wie het (evenals de werkgever in art. 1637ij BW) verboden is onderscheid tussen mannen en vrouwen te maken 'wat betreft de bepaling van de inhoud van een pensioenvoorziening of wat betreft de wijze van uitvoering daarvan'. Pensioenuitvoerders kunnen derhalve ook worden aangesproken wegen ongelijke behandeling.

Uit de zaak Von Colson en Kamann vs Nordrhein-Westfalen<sup>25</sup> blijkt, dat bij een schending van een discriminatieverbod de lidstaten vrij zijn in de keuze van een sanctie. Die sanctie dient echter wel geschikt en doeltreffend te zijn teneinde het doel van de richtlijn te verzekeren. Uit het bovenstaande kan derhalve worden afgeleid, dat anderen dan de werkgever kunnen worden aangesproken, zoals bijvoorbeeld een pensioenfonds. Daarnaast blijkt uit de jurisprudentie, dat de sanctie diegene moet treffen, die het beginsel van gelijke behandeling niet naleeft. Toegepast op art. 119: diegene dient te worden aangesproken die de naleving van het beginsel in zijn macht heeft. Indien derhalve een fonds een pensioenregeling administreert en uitvoert en een werkgever nauwelijks enige invloed op die regeling kan uitoefenen, dan dient het pensioenfonds bij een schending van artikel 119 te worden aangesproken en niet een werkgever. Het zou omslachtig en hoogst ineffectief zijn, indien dan eerst een werkgever zou moeten worden aangesproken. Bij de uitvoering van een pensioenregeling door een verzekeringsmaatschappij is het vaak de werkgever die invloed kan uitoefenen ten aanzien van de voorwaarden van de polis; in dat geval lijkt de aan te spreken persoon eerder de werkgever dan de verzekeringsmaatschappij.

#### Conclusie

Wederom heeft het Hof bepaald dat pensioenregelingen moeten voldoen aan het beginsel van gelijke behandeling. Dit beginsel dient te worden gerespecteerd ten aanzien van elk aspect van de pensioenregeling. De Barber-zaak geeft geen duidelijkheid over de beperking van de rechtstreekse werking van artikel 119 in tijd.

Het wetsontwerp 20 890 tot wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen in onder andere pensioenregelingen behoeft wijziging op een tweetal punten. Artikel 119 kan zowel tegenover de werkgever als bijvoorbeeld een pensioenfonds worden ingeroepen. Indien het pensioen bij een verzekeringsmaatschappij is ondergebracht dan lijkt de werkgever de meest aan te spreken persoon.

21. Stuk nr. 12 bij wetsontwerp 20 890.

22. Het amendement bevatte het verbod aan overheidsinstanties om bepalingen in pensioenregelingen, die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, goed te keuren, algemeen verbindend te verklaren of verplicht te stellen dan wel daarvoor een verklaring van geen bezwaar af te geven).

23. Art. 7 bepaalt:

'De Lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat:  
a. de bepalingen in wettelijk verplichte collectieve arbeidsovereenkomsten, arbeidsreglementen van

bedrijven of alle andere regels in verband met ondernemings- of sectoriele regelingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, nietig zijn, nietig kunnen worden verklaard of kunnen worden gewijzigd;

b. de regelingen die dergelijke bepalingen vatten, niet door bestuursrechtelijke maatregelen kunnen worden goedgekeurd of algemeen verbindend verklaard.'

24. Zaak 102/79, uitspraak 6 mei 1980.

25. Zaak 14/83, uitspraak 10 april 1984.