

Art. 119 EG-Verdrag en bedrijfspensioenfondsen

Art. 119 EG-Verdrag bevat het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers bij gelijke arbeid. Onder beloning in de zin van dit artikel dient te worden verstaan: het gewone basisloon en alle overige voordelen in geld of in natura die de werkgever direct of indirect aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking betaalt. Of pensioen beloning in de zin van art. 119 is, hangt af van hetgeen onder dat begrip wordt verstaan.

* Deze bijdrage geeft de persoonlijke mening van de auteur weer. Zij bedankt Dr. E. Lutjens en mr. A.R. Bosman (advocaten bij Derks, Star Busmann te resp. Utrecht en Brussel) voor hun begeleiding.

In de literatuur is het vraagstuk of pensioen en met name de aanvullende pensioenregeling onder de werkingssfeer van art. 119 valt, al beantwoord en derhalve wordt volstaan met een verwijzing naar de bronnen.¹

In dit artikel staat centraal de vraag of art. 119 EG-Verdrag ook tegenover een bedrijfspensioenfonds kan worden ingeroepen.

Teneinde de laatste vraag te kunnen beantwoorden, worden in het kort enkele karakteristieken van een verplichtgestelde aanvullende pensioenregeling opgesomd.

Karakteristieken van een verplichtgestelde regeling

Op grond van de Wet Bpf kan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid het deelnemen in een bedrijfspensioenfonds verplichtstellen.² Een verzoek tot verplichtstelling dient afkomstig te zijn van een voldoende representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in een bedrijfstak. Een ambtshalve verplichtstelling is niet toegestaan. Voornoemde wet beoogt een meer uitgewerkte en verbeterde regeling te geven voor het verplicht deelnemen in een bedrijfspensioenfonds dan de Wet op de verbindendverklaring van de collectieve arbeidsovereenkomsten bevat.³ Met name de korte looptijd van de cao maakt haar minder geschikt om een langlopende pensioenvoorziening te regelen. Het is een wettelijk verplichtgestel-

de pensioenregeling. Onafhankelijk van de werkgever wordt een bedrijfspensioenfonds beheerd en de regeling uitgevoerd.

De inhoud van de regeling wordt bepaald door vrije collectieve onderhandelingen van de werknemers- en werkgeversorganisaties, die betrokken zijn bij de instandhouding van de regeling. De financiering geschiedt door betaling van veelal een doorsneepremie door werkgevers en werknemers gezamenlijk.

Tenslotte kan vermeld worden dat de minister toezicht op de regeling uitoefent. De actuariële nota, de statuten en het reglement van het pensioenfonds kunnen niet zonder

1. Zie onder andere: E. Lutjens, *Gelijke behandeling van man en vrouw in pensioenregelingen*, *Ars Aequi*, 1987/4, p. 205 e.v.; M.L.P. Loenen, *Artikel 119 EEG-Verdrag en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in aanvullende pensioenregelingen*, *SMA* mei 1986, p. 390 e.v. S. Prechal, *Gelijke behandeling retrospectief*, *SEW* 2 1988, p. 78 e.v. P.J. van Eekeren, *Ongelijke behandeling in aanvullende pensioenregelingen: oplossingen vanuit het Europese recht*, *SMA* april 1989, p. 240 e.v. D. Curtin,

Occupational Pension Schemes and Article 119: Beyond the Fringe? *Common Market Law Review* 1987, p. 215 e.v.; D. Curtin, *Scalping the Community Legislator: Occupational Pensions and 'Barber'*, *Common Market Law Review*, 1990, p. 475 e.v.

2. Wet van 17 maart 1949, *Stb J* 121, zie artikel 3 lid 1 Wet Bpf, zie ook Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1989.

3. Aldus Lutjens, t.a.p., p. 200.

instemming van de minister worden gewijzigd. Bepaald is namelijk in art. 3 lid 5 Wet Bpf dat de verplichting tot deelneming in het fonds wordt ingetrokken, indien voornoemde stukken zonder instemming van de minister worden gewijzigd. Voor elke wijziging waartegen geen bezwaar bestaat, wordt een zogenaamde verklaring van geen bezwaar afgegeven. Overigens zijn de statuten en reglementen van een bedrijfspensioenfonds wetgeving in materiële zin.⁴

Rechtstreekse werking art. 119⁵

Indien is vastgesteld, dat een aanvullende pensioenregeling van een bedrijfspensioenfonds in principe onder de werkingssfeer van art. 119 valt, wordt de vraag interessant op welke wijze de werknemer de realisatie van zijn recht, een gelijke beloning bij gelijke arbeid, kan effectueren. Art. 119 geeft geen oplossing, want daarin wordt slechts de opdracht aan de lidstaten gegeven een gelijke behandeling in beloning te garanderen, maar wordt niet gezegd tegenover wie het recht op gelijke beloning geldend dient te worden gemaakt.

Uit de jurisprudentie blijkt dat art. 119 rechtstreekse en horizontale werking heeft.⁶ Dit betekent dat art. 119 rechtstreeks, dus zonder dat daartoe omzetting in nationale wetgeving nodig is, door particulieren in de lidstaten kan worden ingeroepen tegenover andere particulieren in een procedure voor hun nationale rechter. Dat die particulier een werkgever kan zijn is vanzelfsprekend, echter bij noemen van een bedrijfspensioenfonds worden de wenkbrauwen al snel opgetrokken. Het is de vraag of dat terecht is.

Het Hof heeft in Defrenne II overwogen:

- dat het doel van art. 119 tweërlei is (r.o. 8);
- dat uit dit dubbele doel - economisch zowel als sociaal - volgt dat het beginsel van gelijke beloning een der grondslagen van de gemeenschap is (r.o. 12);
- dat immers, zoals het Hof reeds in ander verband heeft vastgesteld, de omstandigheid dat sommige bepalingen van het Verdrag formeel tot de lidstaten zijn gericht, niet verhindert dat daardoor terzelfdertijd rechten kunnen worden toegekend aan particulieren die bij de nakoming van de aldus omschreven verplichtingen belang hebben (r.o. 31);
- overwegende dat evenmin kan worden aanvaard de tegenwerping dat de toepassing van het beginsel van gelijke beloning door de nationale rechterlijke instanties zou neerkomen op een wijziging van wat partijen - particulieren of vakverenigingen - bij individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten autonoom zijn overeengekomen (r.o. 38);
- dat immers art. 119 dwingend recht is, zodat het verbod van discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers niet slechts geldt voor overheids-handelingen, doch eveneens van toepassing is op alle overeenkomsten die een collectieve regeling van arbeid in loondienst inhouden, alsmede op contracten tussen particulieren (r.o. 39);
- (...) dat voor de nationale rechterlijke instantie een beroep kan worden gedaan op het in art. 119 vervatte beginsel van gelijke beloning en dat genoemde instantie de bescherming van de rechten die justitiabelen aan die bepaling ontleen moeten verzekeren, met name bij discriminaties die rechtstreeks hun oorsprong vinden in wettelijke bepalingen en collectieve arbeidsovereenkomsten (...) r.o. 40

Uit de bovenstaande overwegingen valt een eerste aanzet te maken.

Zodra is vastgesteld dat de verplichtgestelde aanvullende pensioenregeling valt onder de werkingssfeer van art. 119, valt mijns inziens niet te ontkennen dat deze verplichte regeling, gelet op haar aard, wetgeving in materiële zin is of, mogelijk gelet op de achtergrond van de Wet Bpf en het feit dat de inhoud ervan het resultaat is van vrije collectieve on-

derhandelingen van vakverenigingen, een 'overeenkomst' is, die een collectieve regeling van een bepaald aspect van de arbeid in loondienst inhoudt. Vervolgens rechtsoverwegingen 31, 39 en 40 van het arrest inachtnemend, dient de rechter de bescherming van de rechten die de justitiabelen aan art. 119 kunnen ontleen te verzekeren, met name tegen discriminaties die rechtstreeks hun oorsprong vinden in wettelijke bepalingen en collectieve arbeidsovereenkomsten. De bovenstaande overwegingen geven de rechter, indien aan de daarin voormelde voorwaarden zijn voldaan, de hiervoor genoemde opdracht, onafhankelijk wie in rechte de wederpartij is. Dat zou derhalve een pensioenfonds kunnen zijn.

Daarnaast valt niet in te zien, gelet op het fundamentele karakter van het beginsel van gelijke beloning en gelet op het feit dat het Hof duidelijk onderkent dat ook sociale partners zich met de uitvoering van gelijke beloning bezighouden, dat slechts tegenover de werkgever beroep kan worden gedaan op de bescherming van de rechten ontleend aan art. 119, indien eenmaal is vastgesteld dat van beloning in de zin van art. 119 sprake is. Tenslotte de bewoordingen van art. 119. De daarin vervatte opdracht richt zich niet tot werkgever, maar tot de lidstaten. Ook daarin is derhalve geen aanleiding te vinden, de werking van art. 119 te beperken tot de werkgever.

Vervolgens overweegt het Hof in Barber-arrest:⁷

- The 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. (r.o. 291);
- (...) that Article 119 of the Treaty may be relied upon before the national courts and 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. (r.o. 39)
- 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. (...) (r.o. 44)

Ervan uitgaande dat het Hof op de hoogte is van het feit dat de trustee de pensioenregeling onafhankelijk van de werkgever uitvoert en financiële verplichtingen tegenover de deelnemers heeft, zou dan niet gesteld kunnen worden dat een pensioenfonds aangesproken kan worden, omdat:

- a. het door het fonds betaalde pensioen loon is;
- b. de rechter tot taak heeft rechten ontleend aan art. 119 te waarborgen, ook bij discriminaties in de regeling van het fonds;
- c. de financiële gevolgen van die discriminaties voor de regeling in oegenschouw worden genomen. De consequenties zijn derhalve voor het fonds en niet direct en alleen voor de werkgever. Immers het fonds voert onafhankelijk de regeling uit.

4. Luitjens, t.a.p. 224 en de daar aangehaalde jurisprudentie van de H.R.

5. Zie voor het vraagstuk van rechtstreekse werking en de achtergrond van art. 119: de conclusie van de A-G Dutheillet de Lamothe, zaak 80-70, Defrenne I; de conclusie van A-G A. Trabucchi, zaak 43/75 Defrenne II; S.A. Kuipers, *Werkt het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen rechtstreeks*, SEW 1968 p. 570 e.v.; F.M. du Pré, *annotatie Defrenne II*, SEW 1976, 570 e.v.; P.

VerLoren van Themaat, Nogmaals het Defrenne-arrest; een juiste sprongmutatie in de rechtspraak?, SEW 177, p. 90 e.v.; W.J.P.M. Fase, *Gelijke beloning naar communautaire normen*, SMA 1982, p. 175 e.v.; S. Prechal & N. Burrows, *Gender Discrimination Law of the European Community*, Aldershot 1990.

6. Defrenne II, zaak 43/75, uitspraak 18 maart 1976 en Jenkins, zaak 96/80, uitspraak 31 maart 1981.

7. Noot zaak C-262F/88, uitspraak 17 mei 1990, Barber.

Indien alleen de werkgever op grond van art. 119 kan worden aangesproken, hoe kan in casu dan ooit een mogelijk financieel bankroet bij een van de werkgever in principe onafhankelijk derde ontstaan?

De consequentie dat ook een pensioenfonds zou kunnen worden aangesproken is bijvoorbeeld dat ingeval van een faillissement van een werkgever, de werknemer het fonds zou kunnen aanspreken vanwege ongelijke behandeling in de regeling indien een werknemer indertijd in gelijke omstandigheden verkerend bij dezelfde werkgever, een beter pensioen krijgt uitgekeerd dan de werknemer.

Daarnaast rijzen er natuurlijk tal van vragen en wel in het bijzonder met betrekking tot de verdeling van de draaglast van de financiële gevolgen van gelijke behandeling in de pensioenregeling.

Het voert in het kader van de vraagstelling van dit artikel te ver, om dit punt verder uit te diepen.

Gelet op het fundamentele karakter van art. 119, het feit dat het Hof heeft onderkend dat sociale partners zich met de uitvoering van gelijke beloning bezighouden en de jurisprudentie van het Hof ben ik van mening, dat in rechte ook een beroep op art. 119 tegenover een pensioenfonds kan worden gedaan.

De Vierde richtlijn⁸

Indien een pensioenfonds niet op grond van art. 119 sec zou kunnen worden aangesproken, dan valt te overwegen dat in samenhang met de Vierde richtlijn te doen.⁹

Deze richtlijn is volgens de considerans gebaseerd op art. 100 en 235 EG-Verdrag en bedoeld als uitwerking van art. 119 in samenhang met de eerdere drie EG-richtlijnen betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.¹⁰

De richtlijn is ook van toepassing op de aanvullende pensioenregeling van een bedrijfspensioenfonds en verbiedt iedere vorm van directe en indirecte discriminatie.¹¹

De richtlijn voorziet in een dubbele implementatie: de lidstaten moeten binnen drie jaar, d.w.z. voor 24 juli 1989, de nodige wettelijke maatregelen treffen om ervoor te zorgen dat in 1993 de aanvullende stelsels in overeenstemming zijn met de bepalingen van de richtlijnen.

Echter het Barber-arrest gooit roet in het eten, immers de richtlijn is onder andere op dit punt in strijd met art. 119 bevonden. Een werknemer kan tenminste vanaf 17 mei 1990 een pensioen claimen zonder zich iets van de uitzonderingen in de richtlijn te hoeven aantrekken.¹²

Van belang in het kader van deze beschouwing is art. 6 lid 2 van de richtlijn, dat als volgt luidt: 'Wanneer de toekenning van onder deze richtlijn vallende prestaties wordt overgelaten aan de beoordeling van de uitvoeringsorganen van de regeling, moeten deze zich laten leiden door het beginsel van gelijke behandeling.'

Het pensioenfonds voert de pensioenregeling uit en kent de uitkering toe. Dientengevolge wordt de vraag relevant of de werknemer op deze bepaling een beroep kan doen tegenover het pensioenfonds.

Rechtstreekse werkende bepalingen

Nederland heeft zijn nationale recht niet binnen de gestelde termijn van de richtlijn, juli 1989, in overeenstemming gebracht met de Vierde richtlijn. Het betreffende wetsvoorstel 20 890 is nog steeds niet aangenomen. De vraag of voor een nationale rechter op bepalingen van een richtlijn beroep kan worden gedaan, rijst slechts indien de betrokken lidstaat de richtlijn niet binnen de gestelde termijnen of op onjuiste wijze in het nationaal recht heeft omgezet.¹³

In de zaak Becker heeft het Hof gesteld dat, wanneer een bepaling van een richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is, particulieren zich erop kunnen beroepen tegenover een lidstaat die verzuimd heeft de richtlijn binnen de gestelde termijn in zijn nationaal recht om te zetten.¹⁴

Art. 6 lid 2 lijkt aan deze voorwaarden te voldoen, het Hof zal dat echter eerst dienen vast te stellen.

Volgens de rechtspraak van het Hof in de zaak Marshall bestaat die mogelijkheid alleen tegenover de Staat en de lichamen van die staat en niet tegenover particulieren. Voorkomen dient te worden dat de Staat voordeel heeft bij zijn miskenning van het gemeenschapsrecht.¹⁵

De vraag dient derhalve gesteld te worden of een pensioenfonds een min of meer van de Staat afhankelijk orgaan is.

Uit de jurisprudentie van het Hof is geen eenduidig staatsbegrip af te leiden. Wel blijkt dat het Hof het begrip ruim opvat. Deze ruime opvatting blijkt het Hof ook te hanteren ingeval een beroep wordt gedaan op het criterium van de feitelijke controle, de dominerende invloed en mogelijkheid om bindende aanwijzingen te geven vanwege de overheid, ongeacht de manier waarop dat gerealiseerd wordt.¹⁶

A-G Van Gerven overwoog in zijn conclusie in de Barber zaak, waarbij hij ingaat op de controle-uitoefening van de Staat, het volgende:

'So far the court has restricted the effect of the 'nemo auditur' principle and/or doctrine of estoppel (and thus the effect with regard to third parties of the provisions of a directive) to individuals who are connected with the public authorities and for those actions the State consequently bears a degree of responsibility. To be sure, if in this case we were dealing with discriminatory private redundancy scheme approved as such by the public authorities or, a fortiori, declared generally binding, that case-law would in my view have been applied because the authorities would then be (co-) responsible for that scheme.'¹⁷

Het voorgaande is precies van toepassing op de regeling van het bedrijfspensioenfonds. De regeling is algemeen verbindend en elke wijziging in de statuten en reglement kan slechts plaatsvinden indien de minister van SZW de verklaring van geen bezwaar afgeeft. De overheid controleert de regeling en heeft zelfs de mogelijkheid de regeling in te trekken. Er kan niet anders dan worden geconcludeerd dat de overheid mede verantwoordelijk is voor de regeling en derhalve ook voor daarin mogelijke voorkomende discriminaties. De mogelijkheid om een pensioenfonds op grond van art. 6 lid 2 Vierde richtlijn in samenhang met art. 119 aan te spreken moet gelet op het voorgaande zeker in overweging worden genomen.

8. Richtlijn 86/378 van 24 juli 1986, PB nr. L 2225, ook wel de Vierde richtlijn genoemd. De richtlijn betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings-sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid.

9. Zie over de Vierde richtlijn: A. Schermer, ontwerp vierde richtlijn, SMA 1985, p. 520 e.v. Curtin, t.a.p.; S. Prechal, *Ondeugdelijke communautaire wetgeving: de Pensioenrichtlijn*, NJB 1990, afl. 33, p. 1299; S. Prechal & N. Burrows, *Gender Discrimination Law of the European Community*, Aldershot 1990, p. 276 e.v.

10. Richtlijn 75/117/EEG (Beloning), Richtlijn 76/207/EEG (arbeidsvoorwaarden) en richtlijn 79/7/EEG (wettelijke sociale zekerheid).

11. Zie art. 2, 5 en 6 van de richtlijn.

12. Zie S. Prechal, *Ondeugdelijke communautaire wetgeving: de Pensioenrichtlijn*, NJB 1990, afl. 33, p. 1299; Curtin, t.a.p. Overigens zijn er prejudiciële vragen aan het Hof gesteld over de Vierde richt-

lijn/art. 119 en het vraagstuk van de terugwerkende kracht t.a.v. slapers en gepensioneerden. Zie de zaak C-110/91, M. Moroni v Firma Collo GmbH.

13. Zaak 167/73, uitspraak 4 april 1974, Commissie tegen Frankrijk.

14. Zaak 8/81, uitspraak 19 januari 1982, Ursula Becker.

15. Zaak 152/84, uitspraak 26 februari 1986, Marshall.

16. Zie de conclusies van A-G W. van Gerven in de zaken C-262/88, 30 januari 1990, Barber en C-188/89, 8 mei 1990, British Gas plc.

Zie in het bijzonder de laatste zaak, waarin de ag de voorwaarden formuleert waaraan getoetst wordt bij de beoordeling van de staat in geval van controle-uitoefening door die staat met betrekking tot materie waarvoor de betrokken richtlijn een verplichting oplegt.

Zie hiervoor eveneens S. Prechal, *Remedies after Marshall*, CML Rev 1990, 541 e.v.

17. Voornoemde feiten deden zich niet voor in de Barber-zaak en het Hof heeft zich daarover, onder andere om die reden, niet hoeven uitspreken.

Gemeenschapsrecht-conforme interpretatie

De nationale rechter moet bij de toepassing van het nationale recht, en met name van de bepalingen van een speciaal ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde wet, zijn nationaal recht uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het in art. 189 derde alinea EEG-Verdrag bedoelde resultaat te bereiken.¹⁸

Voornoemde opdracht geldt ook ten aanzien van nationale bepalingen die reeds voor de richtlijn al werken en dus niet ter uitvoering van de richtlijn zijn uitgevaardigd.¹⁹ De verplichting tot een juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zorg te dragen geldt ook voor een collectieve overeenkomst.²⁰

Een dergelijk beroep op de richtlijn is mogelijk ongeacht of de richtlijn rechtstreeks werkt en ongeacht wie de betrokken partijen zijn. Het voorgaande komt erop neer, dat de rechter bij de toepassing van de regeling van het fonds, zijnde wetgeving in materiële zin of mogelijk zelfs een 'overeenkomst' regelende collectief betaalde arbeid de verplichting heeft de regeling een betekenis te geven die in overeenstemming is met de richtlijn. Dit geldt evenzo bij een beroep op art. 119.

Conclusie

De aanvullende pensioenregeling van een bedrijfspensioenfonds is in principe beloning in de zin van art. 119. Een werknemer kan een rechtstreeks beroep op art. 119 doen, indien in de regeling van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen sprake is, ook tegenover een bedrijfspensioenfonds. Zo mogelijk in samenhang met de Vierde Richtlijn. De werknemer kan een beroep doen op die richtlijn, omdat de overheid een controlerende en dwingende invloed op de regeling van het fonds uitoefent. Ten slotte is het de taak aan de rechter om de aanvullende pensioenregeling, zijnde wetgeving in materiële zin of een regeling die betaalde arbeid collectief regelt dusdanig te interpreteren dat zij in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht.

18. Zaak 14/83, uitspraak 10 april 1984, Von Colson en Kamann.

19. Zaak C-106/89, 13 november

1990, *Marleasing S.A.*

20. Zaak C-184/89, 7 februari

1991, *Nimz*, zie *Nemesis mei/juni*

1991, m.n. E. Steyger.