FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 29. maj 1991 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. De præjudicielle spørgsmål, som Raad van Beroep, Hertogenbosch, har forelagt Domstolen i de forenede sager C-87/90, C-88/90 og C-89/90, giver Domstolen anledning til at beskæftige sig med vanskelighederne ved retligt at gennemføre princippet om ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere samt ligeledes til yderligere at præcisere nærmere, hvorledes de nationale domstole skal tage hensyn til fællesskabsretten.

2. De tre sager, der verserer for den forelæggende ret, vedrører virkningerne fra den 23. december 1984, ikrafttrædelsesdatoen for Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring [1], af en række bestemmelser i den nederlandske Algemene Ouderdomswet (lov om almindelig alderdomsforsikring, herefter benævnt »AOW«), således som de var udformet før den reform, der blev indført ved lov af 28. marts 1985 og ved kongelig anordning af 26. april 1985.

3. Denne lovgivning er ikke Domstolen ubekendt [2]. I Koks-dommen af 23. september 1982 [3], fastslog Domstolen, at der i henhold til AOW

»i princippet [ydes] alderspension til de forsikrede fra det fyldte 65. år. Som forsikrede anses navnlig personer, der er bosat i Nederlandene, men ikke personer, der har bopæl i Nederlandene, men som i kraft af en arbejdsaftale er omfattet af og af den grund forsikret i medfør af et andet lands lovbestemmelser. Tilsvarende anses gifte kvinder, der bor i Nederlandene, ikke som forsikrede, når ægtefællen ikke er forsikret i medfør af nederlandske lovbestemmelser. Principielt er gifte kvinder således ikke i sig selv berettiget til en alderspension. Til gengæld er pensionen for en gift mand højere end for en ugift. Endvidere foretages et fradrag på 1% for hvert hele kalenderår, i hvilket den gifte mandlige berettigede ikke har været forsikret mellem sit 15. og 65. år. Samme fradrag foretages for den berettigedes hustru for hvert kalenderår i det samme åremål af hendes liv, hvor hun ikke har været forsikret« [4].

4. I mit forslag til afgørelse i sagerne Achterberg-te Riele m.fl. [5] konstaterede jeg, at de perioder, for hvilke en gift mand ikke havde været forsikret, navnlig på grund af et

* Originalsprog: fransk.

1 — EFT 1979 L 6, s. 24.

2 — Se f.eks. dom af 20.4.1988 (sag 151/87, Bakker, Sml. s. 2009) og af 2.5.1990 (sag 293/88, Winter-Lutzins, Sml. I, s. 1623).

3 — Sag 275/81, Sml. s. 3013.

4 — Præmis 5.

5 — Dom af 27.6.1989 (forenede sager 48/88, 106/88 og 107/88, Sml. s. 1963); forslag til afgørelse (Sml. s. 1977, afsnit 2).

erhvervsmæssigt ophold i en anden stat, blev fratrukket ved beregningen af hans hustrus pensionsrettigheder, men at en gift kvindes erhvervsmæssige ophold i udlandet derimod ingen virkning havde på hendes mands pensionsrettigheder, fordi denne, når han var lønmodtager, selvstændig erhvervsdrivende eller bosat i Nederlandene, var selvstændigt forsikret i henhold til AOW. Ved den kongelige anordning af 28. april 1985 blev muligheden for at udelukke en gift kvinde fra AOW-ordningen på grund af, at hendes mand ikke var forsikret, ganske vist udelukket fra 1. april 1985, som jeg har fremhævet[6], men artikel 24, stk. 1, i lov af 28. marts 1985 foreskriver, at de nye bestemmelser ikke finder anvendelse med hensyn til retten til alderspension for perioder, der ligger før den 1. april 1985.

5. I sagen Achterberg-te Riele m.fl. skulle Domstolen ikke tage stilling til, om en lovgivning som AOW i den før 1. april 1985 gældende affattelse var forenelig med direktiv 79/7, for så vidt sagsøgerne i de sager, der verserede for de forelæggende retter, ikke var omfattet af fællesskabsbestemmelsernes personelle anvendelsesområde. Domstolen fastslog, og fulgte herved mit forslag, at direktiv 79/7

»ikke finder anvendelse på personer, som aldrig har stået til rådighed for arbejdsmarkedet, eller som har ophørt med at gøre det, uden at årsagen er, at en af de i direktivet nævnte risici er indtrådt«[7].

6. Denne opfattelse, som i øvrigt følger af selve direktivets ordlyd[8], rejser imidlertid visse vanskeligheder, når der er tale om en lovgivning, der som AOW giver forsikrede, som i givet fald aldrig har hørt til den erhvervsaktive befolkning, ret til ydelser.

7. Således har fru van Wetten-van Uden i sag C-88/90, bortset fra nogle uger under Anden Verdenskrig, aldrig været erhvervsmæssigt beskæftiget. Fra 1. marts til 1. august 1959 og fra 1. august 1961 til 1. oktober 1965 arbejdede hendes mand i Forbundsrepublikken Tyskland og var derfor ikke forsikret i henhold til AOW i disse perioder. Den pågældende, som er blevet enke og er fyldt 65 år, har fra 1. november 1988 oppebåret alderspension med et fradrag på 8% på grund af de fire år, i hvilke hendes mand ikke var forsikret.

8. Ligeledes fremgår det i sag C-89/90, at fru Heiderijk, siden hun blev gift den 19. januar 1949, ikke længere har været ude på arbejdsmarkedet. Fra 1. oktober 1965 til 1. april 1969 og fra 1. februar 1981 til 1. april 1982 var hendes ægtefælle erhvervsmæssigt beskæftiget i Forbundsrepublikken Tyskland, mens han fortsat boede i Nederlandene. Da han ikke var forsikret i henhold til AOW for disse perioder, blev tillægget til den pension, som han begyndte at oppebære for sin hustru fra 1. december 1987, nedsat med 2% pr. ikke-forsikret år.

9. Derimod er de faktiske omstændigheder anderledes i sag C-87/90. Fru Verholen var ansat af Roosendaal og Nispen Kommune

6 — Sml. 1989, s. 1977, afsnit 3.

7 — Præmis 11.

8 — Se direktivets artikel 2 sammenholdt med artikel 3.

fra 1. juni 1974 og gik på førtidspension den 1. juli 1984, da hun var fyldt 61 år. Fra 1. april 1988 fik hun pension i henhold til AOW. Hendes alderspension blev imidlertid også nedsat med 16% for de otte år (fra 1.10.1976 til 1985), i hvilke hendes ægtefælle havde været erhvervsmæssigt beskæftiget i Belgien og derfor ikke var forsikret i henhold til AOW.

10. Det eneste præjudicielle spørgsmål, der er forelagt i sag C-87/90, går ud på, om en lovgivning som AOW er forenelig med princippet om ligebehandling med hensyn til social sikring. Jeg vil behandle det til sidst. De spørgsmål, der er forelagt i sagerne C-88/90 og C-89/90, opfordrer Domstolen til først nærmere at præcisere, hvorledes den nationale domstol skal tage hensyn til fællesskabsretten.

I — Sag C-88/90

11. Det første spørgsmål i sag C-88/90 angår nationale domstoles kompetence til *af egen drift* at prøve en national retsregels forenelighed med et direktiv, hvis gennemførelsesfrist er udløbet, når parterne i sagen ikke har påberåbt sig direktivet.

12. Man kan forbavses over, at et spørgsmål af så stor betydning endnu ikke som sådant er blevet afgjort af Domstolen.

13. Domstolen udtalte ganske vist i Rheinmühlen-dommen af 16. januar 1974 [9], at EØF-Traktatens artikel 177

»giver de nationale retter adgang og i påkommende tilfælde pligt til at foretage en præjudiciel forelæggelse, når dommeren enten *af egen drift* eller efter anmodning fra parterne konstaterer, at realiteten i sagen rummer et af de i stk. 1 nævnte spørgsmål« [10].

I den nævnte sag var der dog kun tale om den nationale rets adgang til at henvende sig til Domstolen i form af en præjudiciel forelæggelse. Alligevel må det nødvendigvis konstateres, at Domstolen allerede udtrykkeligt har anerkendt, at nationale domstole har ret til *af egen drift* at inddrage en fællesskabsregel i sagen og forelægge spørgsmål herom for Domstolen i henhold til artikel 177. Ifølge Domstolens traditionelle praksis, hvorefter Domstolen er bemyndiget

»til at træffe præjudiciel afgørelse om fortolkningen af retsakter, der er vedtaget af fællesskabsinstitutionerne, uanset om disse retsakter gælder umiddelbart« [11],

kan vi anse det for fastslået, at en national ret af egen drift kan inddrage en fællesskabsregel i sagen, også i tilfælde, hvor denne ikke gælder umiddelbart, for at stille Domstolen et præjudicielt spørgsmål.

14. Men den omstændighed, at en ret af egen drift rejser spørgsmål om en fælles-

9 — Sag 166/73, Sml. s. 33.

10 — Præmis 9, min understregning.

11 — Dom af 20.5.1976 (sag 111/75, Mazzalai, Sml. s. 657, præmis 7).

skabsretsakt, har ikke *alene* til følge, at denne får mulighed for at iværksætte det judicielle samarbejde i Traktatens artikel 177. En sådan inddragelse kan også føre til, at den nationale ret selv undlader at anvende den nationale lov, der er i strid med fællesskabsreglen, når den sidstnævnte har direkte virkning. En sådan kompetence fremgår af den direkte anvendelighed, som Domstolen, bl.a. i Simmenthal-dommen [12], har tillagt fællesskabsretten. I denne dom udtalte Domstolen først, at den umiddelbare virkning

»gælder... for enhver dommer, der inden for sin kompetence har til opgave som organ i en medlemsstat at beskytte rettigheder, som private er udstyret med af fællesskabsretten« [13]

og dernæst, at den tilsigtede virkning af artikel 177

»ville blive nedsat, hvis retten var forhindret i øjeblikkeligt at anvende fællesskabsretten i overensstemmelse med Domstolens afgørelse eller praksis« [14],

og konkluderede deraf, at

»den nationale dommer, der inden for sin kompetence har til opgave at anvende fællesskabsrettens bestemmelser, har pligt til at sikre disse reglers fulde virkning, idet han i påkommende tilfælde *af egen drift* skal undlade at anvende en modstridende... bestemmelse i national lovgivning« [15].

12 — Dom af 9.3.1978 (sag 106/77, Sml. s. 629).

13 — Præmis 16.

14 — Præmis 20.

15 — Præmis 24, min understregning.

15. Det foreliggende præjudicielle spørgsmål sondrer imidlertid ikke efter, om fællesskabsreglen har direkte virkning eller ej. Selv om Domstolen allerede har udtalt, at artikel 4 i direktiv 79/7, som synes at skulle anvendes her, har direkte virkning [16], finder jeg det hensigtsmæssigt at understrege, at der må tillægges nationale retter kompetence til af egen drift at inddrage en fællesskabsregel i sagen, *selv om denne retsregel ikke har direkte virkning*. Som sagt har Domstolen allerede stiltiende anerkendt en sådan kompetence med henblik på henvendelse til Domstolen i form af en præjudiciel forelæggelse. Men en sådan mulighed kan også føre til, at den nationale domstol »i videst muligt omfang« [17] fortolker sin nationale ret i lyset af et direktivs ordlyd og formål, således som Domstolens praksis om »overensstemmende fortolkning« [18] forpligter den til, uanset om fristen for gennemførelse af direktivet er udløbet [19].

16. Som jeg har tilkendegivet i mit forslag til afgørelse i Dekker og Hertz-sagerne [20], bør man fremdrage en sondring, der ligger til grund for hele strukturen i Domstolens praksis, mellem på den ene side spørgsmålet, om en fællesskabsbestemmelse, som i givet fald ikke har direkte virkning, *kan påberåbes* med henblik på en korrekt fortolkning af national ret eller præjudiciel forelæggelse for Domstolen, og på den anden side en fællesskabsretlig bestemmelses *umiddelbare anvendelighed*; når der ikke foreligger nationale retsforskrifter, eller når der er tale om

16 — Dom af 4.12.1986 (sag 71/85, FNV, Sml. s. 3855, præmis 21).

17 — Dom af 13.11.1990 (sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135).

18 — Domme af 10.4.1984 (sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, og sag 79/83, Harz, Sml. s. 1921); dom af 4.2.1988 (sag 157/86, Murphy, Sml. s. 673).

19 — Dom af 8.10.1987 (sag 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Sml. s. 3969, præmis 15).

20 — Domme af 8.11.1990 (sag 177/88, Sml. I, s. 3941, og sag 179/88, Sml. I, s. 3979); forslag til afgørelse, afsnit 7-15.

nationale retsregler, der er uforenelige med fællesskabsretten, forudsætter en sådan anvendelighed nødvendigvis, at bestemmelsen tillægges direkte virkning.

17. Der er for øjeblikket ud over forelæggelse i henhold til artikel 177 og den såkaldte forpligtelse til »overensstemmende fortolkning« andre omstændigheder, hvorunder den nationale domstol kan blive foranlediget til af egen drift at prøve, om en national retsregel er forenelig med en bestemmelse i fællesskabsretten, som ikke har direkte virkning. Dette kan navnlig være tilfældet under et søgsmål vedrørende statens ansvar for tilsidesættelse af sine fællesskabsforpligtelser, som er rejst af en privat for en national domstol. Ganske vist er sådanne søgsmål på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin omfattet af hver medlemsstats nationale ret [21]. Alligevel kan det for de nationale retsordeners vedkommende, som indeholder bestemmelser om statens ansvar, være hensigtsmæssigt, at en domstol fastslår, at national ret er uforenelig med en fællesskabsregel, selv hvis den ikke har direkte virkning, for således at fastslå, at de nationale myndigheder har begået en *fejl*, som kan pådrage staten ansvar.

18. Disse præciseringer er ikke overflødige. Såfremt direktiv 79/7 ikke er blevet korrekt gennemført i nederlandsk ret, er det i betragtning af Domstolens Marshall-dom [22] ikke klart, at fru van Wetten-van Uden kan påberåbe sig direktivets artikel 4 over for Sociale Verzekeringsbank. Hvis den nationale domstol på baggrund af Domstolens Foster-dom [23] finder, at den sidstnævnte ikke er et organ, der udgår fra staten, kan den ganske vist på embeds vegne inddrage direktiv 79/7, ikke for at udelukke anvendelse af sin nationale ret, men kun for at forsøge »i videst muligt omfang« [24] at fortolke den i overensstemmelse med fællesskabsretsaktens krav.

19. Tilbage står at afgøre, om den nationale domstol har *pligt* til af egen drift at inddrage en fællesskabsregel med de netop beskrevne formål. Jeg mener, at dette må besvares bekræftende. Fællesskabsrettens forrang kan ikke overlades til nationale domstoles skøn, da man risikerer alvorligt at skade den *ensartede* anvendelse af denne ret. Og nævnte pligt påhviler domstolene såvel med hensyn til fællesskabsregler med direkte virkning som med hensyn til dem, der ikke har en sådan virkning.

20. For de førstnævntes vedkommende skal domstolene opfylde deres »opgave... at beskytte rettigheder, som private er udstyret med af fællesskabsretten« [25]. Præmisserne til Domstolens Salgoil-dom viser i øvrigt, hvor meget forrang og direkte virkning der står i »et tvillingeforhold« [26], men også hvor meget disse to principper nødvendigvis forudsætter, at det anerkendes, at anvendelsen af fællesskabsretten har absolut umiddelbar karakter. Domstolen har heri fastslået, at fællesskabsrettens bestemmelser

»forpligter medlemsstaternes myndigheder, og navnlig de kompetente domstole, til at beskytte de borgerne tilkommende rettigheder, som berøres af en eventuel tilsidesættelse af de nævnte bestemmelser, ved at sikre

21 — Dom af 22.1.1976 (sag 60/75, Russo, Sml. s. 45); se herved sag C-6/90, Francovitch, Sml. 1991 I, s. 5357.

22 — Dom af 26.2.1986 (sag 152/84, Sml. s. 723).

23 — Dom af 12.7.1990 (sag C-188/89, Sml. I, s. 3313).

24 — Sag C-106/89, præmis 8.

25 — Sag 106/77, præmis 16; se også dom af 19.12.1968 (sag 13/68, Salgoil, Sml. 1965-1968, s. 553).

26 — Kovar, R: »L'invocabilité du droit communautaire devant les juridictions nationales« i *L'avocat et l'Europe des 12 et des 21*, Actes du XIIe congrès de l'association française des centres de formation professionnelle du barreau, 1988, s. 187.

den direkte og umiddelbare varetagelse af deres interesser« [27].

Præmisserne til Simmenthal-dommen er ligeledes meget klare i denne henseende. Den nationale dommer »har *til opgave* ... at beskytte rettigheder, som private er udstyret med af fællesskabsretten« [28]; han »har *pligt* til at sikre disses reglers fulde virkning« [29].

21. For de sidstnævntes vedkommende skal domstolene beskytte borgernes rettigheder i det omfang, hvori fællesskabsreglen ikke har direkte virkning. Lad mig dog minde om, at når den nationale domstol står over for et direktiv, der ikke har en sådan virkning, *pålægger Domstolens praksis den en pligt* til i videst muligt omfang at fortolke sin nationale ret i lyset af direktivets ordlyd og formål. En sådan regel følger både af Traktatens artikel 189 og af dens artikel 5. Som Domstolen fastslog i Marleasing-dommen,

»den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dens mål, og pligten i medfør af Traktatens artikel 5 til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence« [30].

Også her følger en sådan pligt af fællesskabsrettens forrang, hvilket forudsætter, at fællesskabsreglerne anvendes ensartet og umiddelbart på hele Fællesskabets område. Selv om man her, i mangel af direkte virkning, genfinder de utvivlsomt mere traditionelle strukturer i folkeretten, står det dog fast, at den nationale domstol, statens myndighed, inden for rammerne af sin kompetence skal sikre overholdelsen af den fælles lovgivning.

22. Jeg foreslår Domstolen at besvare det første spørgsmål i sag C-88/90 i overensstemmelse hermed.

23. Det andet spørgsmål i samme sag drejer sig om det tilfælde, at en part i hovedsagen ikke hører til et direktivs personelle anvendelsesområde, skønt den sociale sikringsordning, som samme sag drejer sig om, er omfattet af direktivet. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt den i et sådant tilfælde har mulighed for at tage stilling til, om en national retsregel er forenelig med dette direktiv.

24. Man vil her genkende den problematik, der forelå i Domstolens dom i sagerne Achterberg-te Riele m.fl. [31]. Som den forelæggende ret har konstateret, hører fru van Wetten-van Uden ikke til den erhvervsaktive befolkning som omhandlet i artikel 2 i direktiv 79/7; alligevel er de lovbestemte ordninger, der sikrer beskyttelse mod risikoen alderdom, omfattet af samme direktivs artikel 3, stk. 1, litra a). I dommen i sagerne Achterberg-te Riele m.fl. udtalte Domstolen som sagt, at

»det [fremgår] imidlertid af direktivets artikel 2 sammenholdt med dets artikel 3, at direktivet kun vedrører personer, som har er-

27 — Sag 13/68, s. 559.

28 — Sag 106/77, præmis 16, min understregning.

29 — Præmis 24, min understregning.

30 — Sag C-106/89, præmis 8.

31 — Forenede sager 48/88, 106/88 og 107/88.

hvervsarbejde på det tidspunkt, da de kan gøre krav på en alderspension, eller hvis virksomhed tidligere var blevet afbrudt af en af de øvrige risici, der er nævnt i artikel 3, stk. 1, litra a)« [32].

25. Direktiv 79/7 kræver hel og fuld anvendelse af princippet om ligebehandling *inden for sit anvendelsesområde.* Når en person ikke er omfattet af dette, hører de pågældende nationale retsregler ikke til dem, som ifølge direktivet skal respektere princippet om ligebehandling. Intet forbyder den nederlandske lovgiver at lade forsikrede, som ikke tilhører den erhvervsaktive befolkning, få adgang til sociale sikringsydelser; det må dog konstateres, at fællesskabsretten på sit nuværende udviklingstrin ikke for sådanne situationer kræver, at ligebehandlingsprincippet skal anvendes. Som jeg fremhævede i mit forslag til afgørelse i sagerne Achterberg-te Riele m.fl., kan det forekomme paradoksalt, at en bestemmelse i national ret, som mere effektivt beskytter samtlige bosatte i en medlemsstat mod risikoen alderdom, ikke kan finde støtte i fællesskabslovgivningen med hensyn til princippet om ligebehandling af mænd og kvinder. Man må her alene konstatere, at nederlandsk ret på dette punkt er forud for fællesskabsretten på dens nuværende udviklingstrin [33].

26. Når den i hovedsagen omhandlede situation ikke er omfattet af bestemmelserne i direktiv 79/7, kan den nationale domstol naturligvis ikke ved denne lejlighed tage stilling til, om den nationale ret er forenelig med dette direktiv.

27. Det tredje spørgsmål er mere enkelt. Den forelæggende ret spørger Domstolen, om direktivets artikel 2 bestemmer direktivets personelle anvendelsesområde, eller om den ligesom artikel 3 vedrører afgrænsningen af de sociale sikringsordninger, som direktivet gælder for.

28. I denne sammenhæng kan jeg kun henvise til dommen i sagerne Achterberg-te Riele m.fl.:

»Direktivets personelle anvendelsesområde«,

fastslog Domstolen,

»er fastsat i artikel 2, hvorefter det finder anvendelse på den erhvervsaktive befolkning, på personer, der søger arbejde, samt på arbejdstagere, hvis erhvervsarbejde er blevet afbrudt af en af de i artikel 3, stk. 1, litra a), nævnte risici« [34].

29. Jeg kan dårligt se, hvordan artikel 2 også skulle kunne angå afgrænsningen af de sociale sikringsordninger, som direktivet gælder for, da denne afgrænsning udtrykkeligt fremgår af artikel 3, stk. 1, litra a),

32 — Præmis 10.

33 — Sml. 1989, s. 1979, afsnit 15.

34 — Forenede sager 48/88, 106/88 og 107/88, præmis 9.

II — Sag C-89/90

30. Det eneste spørgsmål, der er forelagt i sag C-89/90, har ligeledes til formål at afhjælpe de ulemper, som jeg har nævnt i begyndelsen af mit forslag. Den forelæggende ret spørger Domstolen, om en borger kan påberåbe sig bestemmelserne i direktiv 79/7, når han rammes af virkningerne af en national, diskriminerende bestemmelse, som vedrører hans hustru, der ikke er part i sagen.

31. Dette spørgsmål skyldes de særlige omstændigheder i det foreliggende tilfælde. Fru Heiderijk var nemlig på det pågældende tidspunkt til forskel fra sin mand ikke fyldt 65 år. Hendes mand oppebar derfor for sig selv en alderspension, som blev forhøjet med et *tillæg*, fordi han forsørgede en person, der endnu ikke var fyldt 65 år. Gifte kvinder erhvervede nemlig først ret til alderspension fra det fyldte 65. år, og denne pension blev i øvrigt udbetalt til ægtemanden bortset fra visse tilfælde, navnlig såfremt denne var afgået ved døden[35]. Tillægget blev nedsat, bl.a. under hensyntagen til de perioder, i hvilke fru Heiderijk ikke har været forsikret i henhold til AOW, fordi hendes mand ikke var det. Kun hr. Heiderijk er part i hovedsagen. Den nederlandske retsplejelovgivning tillader ifølge den forelæggende ret ikke fru Heiderijk at indtræde i denne sag.

35 — Se retsmøderapporten i Bakker-sagen (Sml. 1988, s. 2010) samt sagsfremstillingen i Koks-dommen (Sml. 1982, s. 3015 og 3016); ifølge de oplysninger, som den nederlandske regering gav under den mundtlige forhandling, blev pensionen tilsyneladende udbetalt direkte til kvinden, når hendes ægtemand ikke selv var berettiget til en pension i henhold til AOW, når ægteskabet var blevet indgået efter opgørelsen af pensionen, og endelig når kvinden måtte anses for familiens overhoved (»chef de famille«), hvilket synes at omfatte det tilfælde, at hendes ægtefælle var afgået ved døden.

32. Spørgsmålet er ret vanskeligt. Indtil nu er forskelsbehandlingen blevet påberåbt af den ramte person selv[36]. Domstolen har således endnu ikke skullet tage stilling til det vanskelige problem, *hvem* der kan påberåbe sig fællesskabsretten for de nationale domstole. Denne vanskelighed har for tiden fundet en rent national løsning i det omfang, hvori den ret, som tvisten i hovedsagen verserer for, i givet fald undersøger, om den berørte person har søgsmålskompetence og retlig interesse i henhold til de nationale retsplejeregler. Hvis personen har søgsmålskompetence, så kan den pågældende til varetagelse af sine rettigheder påberåbe sig en fællesskabsregel, som vedkommende ønsker at blive begunstiget af. Vil det sige, at kun national ret kan være afgørende for, hvem der kan påberåbe sig fællesskabsretten? Det mener jeg ikke. Domstolens praksis har allerede givet to »korrektiver«.

33. For det første kan den nationale lovgivning ikke gøre indgreb i princippet om ret til domstolsprøvelse[37]. Dette gælder navnlig, hvis den person, der er offer for en forskelsbehandling, som er forbudt i henhold til fællesskabsretten, af grunde, som står i nøje forbindelse med de nationale retsplejeregler, ikke kunne gøre sine rettigheder gældende ved domstolene.

34. For det andet må anvendelse af sådanne regler ikke føre til, at det i praksis bliver umuligt at udøve de rettigheder, som fællesskabsretsordenen giver[38].

36 — Se dog dom af 17.10.1989 (sag 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, Sml. s. 3199), hvor hovedsagen verserede mellem to fagforeninger.

37 — Dom af 15.5.1986 (sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651) og af 15.10.1987 (sag 222/86, Heylens, Sml. s. 4097).

38 — Dom af 9.11.1983 (sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595, præmis 12).

35. I dette tilfælde har Domstolen imidlertid ikke fået forelagt spørgsmålet om, hvorvidt det er i strid med den nævnte retspraksis, at fru Heiderijk, som i givet fald er offer for en forskelsbehandling, er afskåret fra at gøre gældende ved domstolene, at den pågældende nationale lov er uforenelig med fællesskabsretten. Som jeg nævnte i mit forslag til afgørelse i Bakker-sagen, blev der nemlig i den nederlandske lovgivning kun udbetalt pension til ægtemanden, idet denne pension repræsenterede pensionsrettigheder, der var erhvervet af eller for begge ægtefæller[39]. Kun i særlige tilfælde modtog den gifte kvinde sin alderspension direkte. Ikke blot havde den mandlige arbejdstagers ikkeforsikrede perioder således direkte følger for størrelsen af de ydelser, der skulle udbetales for hans hustru, men det var også alene ham, der modtog den pension, som var optjent for hans ægtefælle. Uden at skulle tage stilling til, hvem der retligt var berettiget til pensionen, vil Domstolen konstatere, at ægtemanden modtager denne og ifølge nederlandsk retsplejelovgivning har adgang til at indtale krav ved domstolene. Han skal derfor til varetagelse af disse rettigheder kunne påberåbe sig bestemmelserne i direktiv 79/7, som han ønsker at blive begunstiget af.

36. Jeg må dog tilføje en yderligere præcisering, for at Domstolens svar skal kunne anvendes af den nationale domstol, når den skal træffe afgørelse. Selv om hr. Heiderijk nemlig kan påberåbe sig direktiv 79/7, står det dog fast, at denne retsakt — er det nødvendigt at gentage det? — ikke kan finde anvendelse på forsikrede, som ikke hører til den erhvervsaktive befolkning som omhandlet i artikel 2. Følgelig vil den nationale domstol kun kunne tage direktivet i betragtning på betingelse af, at det antages, at den *berettigede* til den pågældende pension i henhold til nederlandsk ret er hr. Heiderijk — som afgjort hører til direktivets anvendelsesområde — men ikke hans hustru, som ikke hører til de personer, der er nævnt i artikel 2. I så fald vil han så kunne anfægte AOW under henvisning til direktivets artikel 4, stk. 1, som forbyder enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, bl.a. for så vidt angår »beregningen af ydelserne, herunder ægtefælle- eller forsørgertillæg«.

III — Sag C-87/90

37. Han kan afgjort blive hjulpet heri af den undersøgelse, som Domstolen opfordres til ved det eneste præjudicielle spørgsmål, der er forelagt i sag 87/90. Fru Verholen har som sagt haft beskæftigelse siden 1974 og gik på førtidspension fra 1. juli 1984. Hun var stadig omfattet af denne ordning, da hun den 1. april 1988 fik ret til alderspension i henhold til AOW. Skønt den forelæggende ret i sin forelæggelseskendelse har antaget, at hun efter dens opfattelse tilhører den erhvervsaktive befolkning som omhandlet i artikel 2 i direktiv 79/7, har den nederlandske regering udtrykkeligt bestridt dette punkt såvel i sit skriftlige indlæg som under den mundtlige forhandling. Ifølge regeringen har fru Verholen ved at acceptere at gå på førtidspension frivilligt forladt sin stilling og kan derfor ikke længere anses for at tilhøre den erhvervsaktive befolkning.

38. Lad mig straks sige, at denne opfattelse efter min mening ikke kan lægges til grund. I dommen i de forenede sager Achterberg-te Riele m.fl. fastslog Domstolen, at

39 — Sag 151/87, afsnit 3, Sml. 1988, s. 2015.

»personer, som har erhvervsarbejde på det tidspunkt, da de kan gøre krav på en alderspension, eller hvis virksomhed tidligere var blevet afbrudt af en af de øvrige risici, der er nævnt i artikel 3, stk. 1, litra a)«[40],

hører til anvendelsesområdet for direktiv 79/7. Risikoen alderdom er udtrykkeligt nævnt i artikel 3, stk. 1, litra a). I korthed mener den nederlandske regering, at en lønmodtager, som vælger at være omfattet af en førtidspensionsordning, ikke forlader sin stilling, fordi risikoen alderdom er indtrådt. Jeg har vanskeligt ved at se, hvorfor ophør af erhvervsvirksomhed i en alder af 61 år ikke skulle have noget at gøre med risikoen alderdom, når dette ville være tilfældet, hvis dette ophør skete fire år senere. Når en person ophører med sin beskæftigelse for at oppebære en ydelse, som tildeles afhængigt af, at *vedkommende har nået en vis alder*, og i givet fald afhængigt af, om han eller hun har arbejdet i et vist antal år, er den pågældende omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 79/7 som fastsat ved artikel 2. Betragtningerne vedrørende finansieringen af førtidspensionsordningen og de nærmere bestemmelser derom har ganske vist en klar interesse ved afgørelsen af, om denne ydelse er omfattet af EØF-Traktatens artikel 119 eller skal anses for en social sikringsydelse, men de kan ikke tages i betragtning ved fastlæggelsen af anvendelsesområdet for direktiv 79/7. Hvis man accepterede den nederlandske regerings opfattelse, ville det føre til, at alle lønmodtagere på førtidspension blev berøvet deres beskyttelse. Jeg mener derfor ligesom den forelæggende ret, at fru Verholen hører til den erhvervsaktive befolkning som omhandlet i direktivets artikel 2.

39. Domstolen må således tage stilling til, om det er foreneligt med dette direktivs artikel 4, stk. 1, og artikel 5 at *opretholde* virkningerne af en national lovgivning, som under visse omstændigheder udelukkede gifte kvinder fra forsikringen.

40. Den forelæggende ret og Sociale Verzekeringsbank[41] er enige om, at AOW var diskriminerende i den affattelse, der gjaldt før 1. april 1985. Indtil denne dato fik gifte kvinder, hvis ægtefæller ikke havde været forsikret, navnlig på grund af erhvervsmæssigt ophold i en anden medlemsstat, som sagt nedsat deres pension afhængigt af deres ægtefællers ikke-forsikrede perioder. Derimod havde gifte kvinders ikke-forsikrede perioder ingen virkning på optjeningen af deres ægtefællers pensionsrettigheder, fordi disse, når de enten var arbejdstagere eller bosiddende i Nederlandene, var selvstændigt forsikret i henhold til AOW.

41. Jeg har allerede i mit forslag til afgørelse i sagerne Achterberg-te Riele m.fl. udtalt mig om opretholdelsen af sådanne virkninger i forhold til princippet om ligebehandling. Som jeg har nævnt, giver Domstolens praksis allerede værdifulde anvisninger i denne henseende. I dommen i sagerne Dik m.fl.[42] udtalte Domstolen således, at

»direktiv 79/7 ikke indeholder nogen undtagelse fra ligebehandlingsprincippet i artikel 4, stk. 1, der kan hjemle opretholdelse af en forskelsbehandling, der bestod ifølge tidligere gældende lovgivning. Det følger heraf, at en medlemsstat ikke efter den 23. decem-

40 — Forenede sager 48/88, 106/88 og 107/88, præmis 10; se ovenfor afsnit 24.

41 — Afsnit 12 i det skriftlige indlæg.

42 — Dom af 8.3.1988 (sag 80/87, Sml. s. 1601).

ber 1984 må opretholde en forskelsbehandling, der beror på, at ydelsesvilkårene er de samme som før den nævnte dato. Det gør herved ingen forskel, at en sådan forskelsbehandling følger af overgangsbestemmelser« [43].

Denne dom er i øvrigt en fornyet bekræftelse af en fast retspraksis [44].

42. Den nederlandske regering og Sociale Verzekeringsbank mener imidlertid, at disse domme, hvoraf nogle angik ydelser ved arbejdsløshed [45], og andre vedrørte de bevisbetingelser, der stilledes for at kunne oppebære en ydelse fra en ordning, hvortil der ikke skulle betales bidrag [46], ikke kan gælde for en social sikringsordning baseret på kapitalopsparing. Efter min opfattelse er det nytteløst at sondre mellem såkaldte risikoordninger og såkaldte bidragsordninger. I den nævnte dom i sagerne Dik m.fl. havde Domstolen »betingelserne for erhvervelse af ret til ydelser« for øje uden på nogen måde at sondre mellem sociale sikringsordninger, der er baseret på fordeling og ordninger, der er baseret på kapitalopsparing. Der findes i øvrigt ingen sondring af denne art i direktivets ordlyd.

43. Rådets direktiv 86/378/EØF af 24. juli 1986 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger [47] bestemmer ganske vist i artikel 8, stk. 2, at det ikke er til hinder for, at »rettigheder og pligter, som vedrører en periode for medlemskab af en erhvervstilknyttet ordning, der ligger forud for revisionen af den pågældende ordning, fortsat er undergivet de bestemmelser i ordningen, som var gældende for den pågældende periode«. Det er forståeligt, at fællesskabslovgiver for de *erhvervstilknyttede* sociale sikringsordninger, som finansieres af arbejdsgiverne, har villet anvende princippet om ligebehandling gradvis. Denne omstændighed har dog ingen betydning i det foreliggende tilfælde, da en tilsvarende bestemmelse netop ikke findes i direktiv 79/7. Hvis fællesskabslovgiver har villet sikre øjeblikkelig indførelse af ligebehandling med hensyn til de *lovbestemte* sociale sikringsordninger, må fællesskabslovgivers vilje respekteres.

44. I øvrigt har Domstolen i en nyere dom [48] fastslået, at princippet om ligebehandling også skulle have direkte virkning [49], når der også, som i nærværende sag, var tale om en *ordning baseret på bidrag*. Domstolen har i øvrigt omhyggeligt præciseret, at

»virkningerne af den nævnte fortolkning ikke bør begrænses, for så vidt angår pensionsrettigheder, der erhverves efter afsigelsen af nærværende dom« [50].

45. Jeg vil senere behandle spørgsmålet, om det er hensigtsmæssigt at begrænse de tidsmæssige virkninger af den dom, som Domstolen afsiger i nærværende sag. Det må dog konstateres, at efter Domstolens Barber-

43 — Præmis 9.

44 — Dom af 4.12.1986 (sag 71/85, FNV, Sml. s. 3855, præmis 21 og 22); dom af 24.3.1987 (sag 286/85, Mc Dermott og Cotter, Sml. s. 1453, præmis 18 og 19); dom af 24.6.1987 (sag 384/85, Borrie Clarke, Sml. s. 2865, præmis 10).

45 — Sagerne 286/85, 71/85 og 80/87.

46 — Sag 384/85.

47 — EFT L 225, s. 40.

48 — Dom af 17.5.1990 (sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889).

49 — I virkeligheden fra afsigelsen af Domstolens dom, fordi Domstolen har begrænset dommens tidsmæssige virkninger undtagen for personer, som havde anlagt sag eller indgivet tilsvarende klage.

50 — Sag C-262/88, præmis 44.

dom har de personer, som tidligere blev diskrimineret, ret til en pension, som ikke længere er afhængig af tidligere forskelsbehandling, selv hvis de bidrag, som de tidligere har betalt, ikke har kunnet afstemmes efter denne nye situation.

46. I modsætning til, hvad Sociale Verzekeringsbank har anført i sit indlæg, er der ikke her tale om at indføre en tilbagevirkende gyldighed for direktivet[51]. Der er blot tale om at sikre, at princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring straks træder i kraft, hvilket forudsætter øjeblikkelig afskaffelse af uligheder, som endnu måtte bestå. Direktivet ville blive berøvet en stor del af sin virkning, hvis det måtte antages, at det kun skal finde hel og fuld anvendelse på personer, som først har påbegyndt deres bidragsperioder fra den 23. december 1984.

47. Som generaladvokat Cruz Vilaça fremhævede i sit forslag til afgørelse i Borrie Clarke-sagen, er der

»ikke... givet nogen som helst undtagelsesbestemmelse, hvorefter en medlemsstat skulle kunne opretholde diskriminerende retsvirkninger af tidligere gældende nationale forskrifter, og det er lige så direktivstridigt at opretholde sådanne diskriminerende vilkår, som at opretholde de nationale forskrifter selv«[52].

48. I deres skriftlige indlæg har den nederlandske regering og Sociale Verzekeringsbank søgt at påvise, at de anfægtede konsekvenser ikke følger af en bestemt overgangsbestemmelse, men af anvendelsen af princippet om, at enhver fortidig situation skal bedømmes på baggrund af dagældende ret.

49. Det er herved uden betydning, om de anfægtede virkninger er et resultat af en overgangsbestemmelse. Fællesskabsrettens effektivitet kan ikke være forskellig alt efter de nationale retsområder, på hvilke den stiller sine krav. Desuden kan det i høj grad bestrides, at der skulle være tale om at anvende den ret, der gjaldt for en *fortidig* situation. Efter den 23. december 1984, dvs. nu, har kvinder ret til at modtage en pension, ved hvis beregning der ikke længere tages hensyn til diskriminatoriske bestemmelser. Den *fortidige* situation er de pensioner, der blev udbetalt *før* den 23. december 1984, og for hvilke modtagerne ikke kan kræve betaling af beløb, der ikke er opkrævet som følge af en forskelsbehandling, da princippet om ligebehandling endnu ikke gjaldt på dette tidspunkt.

50. Endelig har den nederlandske regering gjort gældende, at der ved beregningen af de rettigheder til alderspension, som er erhvervet i udlandet af gifte mænd, som har arbejdet dér, i almindelighed tages hensyn til, om der er en ægtefælle eller en person, som forsørges, med henblik på at forhøje pensionen. Dette argument kan ikke lægges til grund. Dels bestemmes det i nogle lovgivninger, at gifte mænd og gifte kvinder hver især erhverver *selvstændig* ret til en alderspension. Dels fremgår det af en af Domstolens nyere domme, at det ved direktiv 79/7 indførte ligebehandlingsprincip skal

51 — Præmis 26.

52 — Sag 384/85, Sml. s. 2872, afsnit 30.

anvendes straks og fuldt ud efter direktivets ikrafttræden, »også selv om dette under visse omstændigheder kan medføre, at tillæggene udbetales to gange« [53] eller »strider mod et princip i national ret om forbud mod ugrundet berigelse« [54].

51. Tilbage står at undersøge, om det er hensigtsmæssigt, at Domstolen begrænser de tidsmæssige virkninger af sin dom på netop dette punkt. Med hensyn til ligebehandling af mænd og kvinder har Domstolen gjort dette to gange [55]. Jeg mener dog, at de krav til retssikkerheden, som Domstolen har ladet sig lede af i disse to domme, ikke foreligger i dag i lige så tungtvejende grad. I Defrenne II-dommen anerkendte Domstolen for første gang, at Traktatens artikel 119 har direkte virkning, mens denne bestemmelse ejendommeligt nok ikke er blevet anvendt igen før i nærværende sag. I Barber-dommen fastslog Domstolen, at det var udtryk for forskelsbehandling,

»at en mand, der afskediges af driftsmæssige grunde, kun er berettiget til opsat pension ved den normale pensionsalders indtræden, mens en kvinde i samme situation er berettiget til aktuel arbejdsophørspension, når dette skyldes anvendelsen af forskellige aldersbetingelser for de to køn« [56],

mens Domstolen i en tidligere dom, Burton [57], anså det for berettiget, at der var forskel på aldersbetingelserne for mænd og kvinder med hensyn til adgang til frivillig fratræden. I de to sager Defrenne II og Barber kunne arbejdsmarkedets parter og de nationale lovgivere altså ikke foregribe Domstolens praksis.

52. Den foreliggende situation er radikalt anderledes. Siden Domstolens dom af 23. september 1982 i Koks-sagen, altså før direktiv 79/7 trådte i kraft, har den nederlandske regering kendt forholdet mellem AOW og EF-direktivets krav. I den sag var det nemlig Kommissionens opfattelse, at »de nederlandske bestemmelser, hvorefter gifte kvinder, bortset fra undtagelser, navnlig i henhold til AOW, kun er sikret, hvis deres ægtefælle er sikret i henhold til samme lov, er i strid med det pågældende direktiv og skal ændres inden for en frist, som udløber den 22. december 1984, da direktivet er meddelt den 22. december 1978« [58]. I Koks-dommen fastslog Domstolen i øvrigt denne retsakts rækkevidde og præciserede:

»*Bortset fra Rådets direktiv 79/7* ..., som giver medlemsstaterne en frist på seks år til at gennemføre de nødvendige bestemmelser, er ingen fællesskabsretlig regel til hinder for, at medlemsstaterne gør den ene ægtefælles ret til at være omfattet af en social sikringsordning betinget af, at den anden ægtefælle er tilsluttet den samme ordning« [59].

53. Det kan afgjort ikke benægtes, at de vanskeligheder, som den nederlandske regering har beskrevet, og som følger af de økonomiske konsekvenser, som den har redegjort for under den mundtlige forhandling,

53 — Dom af 13.3.1991 (sag C-377/89, Cotter og McDermott, Sml. I, s. 1155, præmis 22).

54 — A. st., præmis 27.

55 — Dom af 8.4.1976 (sag 43/75, Defrenne II, s. 455) og den førnævnte dom C-262/88.

56 — Sag C-262/88, præmis 35.

57 — Dom af 16.2.1982 (sag 19/81, Sml. s. 555).

58 — Sag 275/81, sagsfremstillingen, Sml. s. 3019.

59 — Sag 275/81, præmis 11, min understregning.

er betydelige. Det må dog nødvendigvis konstateres, at denne regerings nægtelse af at lade den umiddelbare virkning af ligebehandlingsprincippet komme de berørte kvinder til gode ikke kan anses for at være et resultat af uvidenhed om AOW's mangler med hensyn til dette princip. Jeg opfordrer derfor Domstolen til ikke at gøre brug af muligheden for at begrænse de tidsmæssige virkninger af sin dom.

54. Jeg foreslår derfor, at Domstolen kender for ret:

1) I sag C-88/90

a) Den nationale domstol, der inden for rammerne af sin kompetence skal anvende fællesskabsrettens bestemmelser, har pligt til at sikre disse reglers fulde virkning ved af egen drift at undlade at anvende enhver bestemmelse i national ret, som er uforenelig med en fællesskabsregel med direkte virkning; den har ligeledes pligt til af egen drift i videst muligt omfang at fortolke bestemmelserne i national ret i lyset af fællesskabsreglens ordlyd og formål, selv hvis denne sidstnævnte ikke har direkte virkning.

b) Den nationale domstol kan ikke tage stilling til, om dens nationale ret er i overensstemmelse med en fællesskabsregel til fordel for en part, som ikke er omfattet af denne regels personelle anvendelsesområde.

c) Artikel 2 i Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring skal fortolkes således, at den kun fastlægger, hvilke personer der kan påberåbe sig direktivets bestemmelser.

2) I sag C-89/90

a) De personer, som ifølge nationale retsplejeregler ved domstolene kan indtale krav på ydelser, som er blandt de i direktivets artikel 3, stk. 1 og 2, nævnte, kan påberåbe sig dette direktivs bestemmelser, herunder artikel 4, stk. 1.

b) Direktivets bestemmelser gælder dog kun for personer, der er berettigede til de i artikel 3, stk. 1 og 2, nævnte ydelser, og som hører til de personer, der er nævnt i artikel 2.

c) Det tilkommer herved den nationale domstol på grundlag af national ret at tage stilling til, hvilke personer der er berettigede til ydelser i henhold til en alderspensionsordning som den ved Algemene Ouderdomswet indførte.

3) I sag C-87/90

Det nævnte direktiv skal fortolkes således, at det ikke tillader medlemsstaterne i noget tidsrum at opretholde ulige behandling i forbindelse med betingelserne for at erhverve ret til alderspension, når de tilsvarende ydelser er blevet eller vil blive udbetalt fra og med den 23. december 1984.