FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN
fremsat den 4. maj 1994 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. De foreliggende præjudicielle sager ligger i forlængelse af Barber-dommen, hvori Domstolen som bekendt fastslog følgende:

»Det er i strid med traktatens artikel 119, 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, som svarer til den forskel, der gælder efter den nationale lovbestemte pensionsordning.« [1]

Af Barber-dommen følger derfor, at sådanne former for forskelsbehandling i erhvervstilknyttede pensionsordninger skal ophæves. I de foreliggende sager er det centrale spørgsmål, *på hvilken måde* dette skal ske. Inden for begge de omhandlede pensionsordninger har man valgt at sætte de kvindelige ansattes normale pensionsalder op til samme niveau som for de mandlige ansatte.

Baggrunden for sag C-408/92 (Smith m.fl.)

2. Constance Smith og de øvrige sagsøgere i hovedsagen i sag C-408/92 er eller har været tilsluttet en erhvervstilknyttet, »contracted-out« pensionsordning, nemlig Avdel Pension & Life Assurance Plan (herefter benævnt »ordningen«), som administreres af deres arbejdsgiver, Avdel Systems Limited.

Ordningen finansieres dels ved bidrag fra arbejdsgiveren, dels ved et bidrag fra arbejdstageren på 5% af den pensionsgivende løn med fradrag af skattenedsættelse. I medfør af ordningen har de tilsluttede på det normale pensionstidspunkt ret til en pension, eller de kan vælge at konvertere en del af den årlige pension til et skattefrit kontantbeløb. På visse betingelser kan de ligeledes overføre

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — Dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 35, og punkt 3 i domskonklusionen.

værdien af pensionsrettigheder, som de har optjent i et tidligere beskæftigelsesforhold, til ordningen.

Før den 1. juli 1991 var det i ordningen bestemt, at den normale pensionsalder for mænd var 65 år og for kvinder 60 år. Fra den 1. juli 1991 blev ordningen ændret, således at den normale pensionsalder for mænd og kvinder blev 65 år. Ifølge forelæggelseskendelsen gælder ændringen såvel for ydelser på grundlag af beskæftigelsesperioder efter den 1. juli 1991, som for ydelser, der er erhvervet på grundlag af beskæftigelsesperioder forud for den 1. juli 1991. Konsekvenserne af ændringerne har specielt været følgende:

a) Hvis en kvinde går på pension som 60-årig, vil hendes pension aktuarmæssigt blive nedsat med 4% p.a. for hvert år mellem det tidspunkt, hvor hun går på pension, og det tidspunkt, hvor hun fylder 65 år, mens hun efter den tidligere regel ville have fået fuld pension.

b) Hvis en kvinde udtræder af ordningen, før hun fylder 65 år, bliver de allerede optjente pensionsrettigheder, som kan overføres til en anden ordning eller anvendes til køb af en forsikringspolice, beregnet på grundlag af en normal pensionsalder på 65 år.

c) Hvis en kvinde går på pension som 60-årig, bliver de pensionsydelser, hun tidligere har optjent hos en anden arbejdsgiver på grundlag af en pensionsalder på 60 år, aktuarmæssigt nedsat med 4% p.a. for hvert år mellem det tidspunkt, hvor hun går på pension, og det tidspunkt, hvor hun fylder 65 år. Imidlertid kan de samlede pensionsudbetalinger med hensyn til disse ydelser ikke være mindre end det beløb, der er tilsikret den pågældende på tidspunktet for overførslen til ordningen. Konsekvensen heraf kan være, at det samlede nettofradrag i pensionsrettighederne begrænses.

3. 78 kvindelige ansatte har anlagt sag ved Bedford Industrial Tribunal for at anfægte den nye ordning. Deres søgsmål støttes navnlig på EF-traktatens artikel 119. Efter aftale mellem parterne er fem sager blevet udvalgt som prøvesager. Disse sager kan inddeles i tre kategorier:

a) Kvinder, som er gået på pension efter den 1. juli 1991, på et tidspunkt, hvor de var mellem 60 og 65 år. Dette er tilfældet for

sagsøgerne Smith, Ball og McHugh. I medfør af de nye regler er deres pension blevet nedsat med henholdsvis 20%, 8,3% og 11,28%.

b) Kvinder, som stadig er i arbejde, og som har overført rettigheder, de har optjent hos en tidligere arbejdsgiver, til ordningen. Dette er tilfældet for sagsøgeren Parker's vedkommende. Såfremt disse kvinder går på pension på et tidspunkt, hvor de er mellem 60 og 65 år, bliver deres pensionsrettigheder aktuarmæssigt nedsat med 4% p.a., indtil deres 65. år, under forbehold af det ovenfor nævnte beløb, der er tilsikret dem.

c) Kvinder, som stadig er i arbejde, og som ikke længere er tilsluttet ordningen. Dette er situationen for sagsøgeren Vance, der har forladt ordningen frivilligt. Hun kan gøre krav på en opsat pension beregnet i forhold til de rettigheder, hun har optjent, mens hun har været tilsluttet ordningen, men værdien af denne pension beregnes på grundlag af den normale pensionsalder på 65 år [2].

4. Bedford Industrial Tribunal besluttede ved afgørelse af 2. november 1992 at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er det — når den normale pensionsalder i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsordning er forskellig for mænd og kvinder (henholdsvis 65 og 60 år), og en arbejdsgiver på baggrund af dommen i sagen Barber mod Guardian Royal Exchange Assurance Group søger at ophæve denne forskelsbehandling — uforeneligt med EØF-traktatens artikel 119, at arbejdsgiveren indfører en fælles pensionsalder på 65 år for mænd og kvinder

i) med hensyn til ydelser, som udbetales til ansatte i henhold til den erhvervstilknyttede pensionsordning, og som er baseret på antallet af pensionsgivende tjenesteår efter ligestillingstidspunktet, der var den 1. juli 1991

ii) med hensyn til ydelser, som udbetales til ansatte i henhold til den erhvervstilknyttede pensionsordning, og som er baseret på antallet af pensionsgivende tjenesteår den 17. maj 1990 eller derefter, men før ligestillingstidspunktet, når dette var den 1. juli 1991

2 — I forelæggelsesafgørelsen er yderligere nævnt en fjerde kategori, nemlig kvinder, der har været tilsluttet ordningen, men som i mellemtiden er afgået ved døden. Da ingen af sagerne for den nationale ret vedrører dette tilfælde, lader jeg det herefter ude af betragtning.

iii) med hensyn til ydelser, som udbetales til ansatte i henhold til den erhvervstilknyttede pensionsordning, og som er baseret på antallet af pensionsgivende tjenesteår før den 17. maj 1990, når ligestillingstidspunktet var den 1. juli 1991?

2) Er arbejdsgiveren — hvis hele spørgsmål 1) eller en del af det må besvares benægtende — efter artikel 119 forpligtet til at begrænse de uheldige konsekvenser så meget som muligt, for så vidt angår kvinder, hvis ydelser berøres af arbejdsgiverens beslutning om at ophæve forskellen i pensionsalder?

3) Kan arbejdsgiveren — hvis hele spørgsmål 1) eller en del af det må besvares bekræftende — i overensstemmelse med artikel 119 påberåbe sig princippet om en objektiv begrundelse ved at henvise til, at virksomhedens eller den erhvervstilknyttede pensionsordnings behov begrunder en nedsættelse af de ydelser, der udbetales til kvinder, og hvilke faktorer er i bekræftende fald relevante ved afgørelsen af, om det er godtgjort, at der foreligger en sådan objektiv begrundelse?«

Baggrunden for sag C-28/93 (Van den Akker m.fl.)

5. Van den Akker og de øvrige sagsøgere i hovedsagen (sag C-28/93) er alle ansat hos juridiske personer, som hører til koncernen Koninklijke Shell. De er derfor tilsluttet den af koncernen oprettede erhvervstilknyttede pensionsordning, Stichting Shell Pensioenfonds (herefter benævnt »pensionsfonden«), som er sagsøgte i hovedsagen.

Indtil den 31. december 1984 indeholdt de for pensionsordningen gældende bestemmelser en sondring mellem mandlige og kvindelige arbejdstagere, idet pensionsalderen for mænd var fastsat til 60 år og for kvinder 55 år. Derfor kunne mandlige arbejdstagere fortsætte 5 år længere i ordningen end kvindelige og dermed optjene en højere nominel pension, således at forstå, at optjeningen af pensionsrettighederne for begge gruppers vedkommende afsluttedes, når det maksimale antal pensionsgivende tjenesteår var tilbagelagt.

Denne sondring blev ophævet med virkning fra den 1. januar 1985, da pensionsalderen blev fastsat til 60 år for alle de tilsluttede. I forbindelse med denne ændring blev der indført følgende overgangsbestemmelser. De kvindelige arbejdstagere, som allerede var til-

sluttet ordningen den 1. januar 1985, havde valget mellem at tilslutte sig den nye ordning og acceptere, at pensionsalderen blev sat op fra 55 til 60 år, eller at deltage i ordningen på den måde, at pensionsalderen på 55 år blev bevaret. Valget skulle foretages senest den 31. december 1986. I mangel af en udtrykkelig accept af en pensionsalder på 60 år blev den pågældende anset for at have valgt en pensionsalder på 55 år. Alle sagsøgerne i hovedsagen valgte, udtrykkeligt eller stiltiende, at opretholde en pensionsalder på 55 år.

6. Som følge af Barber-dommen anså pensionsfonden det for nødvendigt at ændre pensionsbestemmelserne således, at den mulighed, der ved ændringen af ordningen i 1985 er givet de kvindelige arbejdstagere for også efter den 1. januar 1985 at opretholde en pensionsalder på 55 år, blev afskaffet med virkning fra den 1. juni 1991.

Ved ændringen blev der fastsat følgende kompensationsordning. Først skulle der foretages en beregning af den forringelse af kontantværdien af de forud for den 17. maj 1990 optjente pensionsrettigheder, som var en konsekvens af ændringen. Derefter kompenseredes der for denne forringelse, idet hver enkelt af de tilsluttede personer senest den 1. december 1991 kunne vælge et (til kontantværdien svarende) tidligere begyndelsestidspunkt for pensionen uden anvendelse af fradraget ved førtidspensionering. Såfremt der ikke blev indsendt nogen erklæring, blev den tilsluttede anset for at have valgt at benytte denne mulighed.

Ifølge forelæggelseskendelsen har pensionsfonden givet tilsagn om, at den vil tage ændringen op til fornyet overvejelse, såfremt det viser sig, at en undladelse af at gennemføre ændringen ikke indebærer en risiko for, at EF-traktatens artikel 119 tilsidesættes. Pensionsfonden frygter nemlig, at såfremt det fastslås, at der foreligger en tilsidesættelse af bestemmelsen, vil mandlige arbejdstagere i samme situation — såfremt ændringen ikke gennemføres — kunne gøre krav på de samme rettigheder, som de kvindelige arbejdstagere har i medfør af den i 1985 gennemførte overgangsordning, og navnlig, at de så vil vælge en pensionsalder på 55 år.

7. Sagsøgerne i hovedsagen er af den opfattelse, at artikel 119 og Barber-dommen ikke gør det nødvendigt at foretage den nævnte ændring, og at ændringen derfor skal ophæves. De har derfor indbragt sagen for Kantongerecht, Haag (herefter bemævnt »Kantongerecht« med påstand om, at dette anerkendes.

Kantongerecht har fundet det nødvendigt at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»A. Er det i strid med EØF-traktatens artikel 119, at pensionsalderen — i en erhvervstilknyttet pensionsordning, hvorefter pensionsalderen fra den 1. januar 1985 har været fastsat til 60 år for såvel mandlige som kvindelige medlemmer — efter den 17. maj 1990 fortsat

fastsættes til 55 år for en begrænset gruppe kvindelige medlemmer, såfremt dette

a) følger af en overgangsordning, der blev indført pr. 1. januar 1985 (da pensionsalderen, som tidligere var fastsat til 60 år for mandlige medlemmer og til 55 år for kvindelige medlemmer, ved en ændring af reglementet blev gjort ens og fastsat til 60 år), og

b) overgangsordningen udelukkende finder anvendelse på de kvindelige medlemmer (eller kvinder, som søgte at blive medlemmer), der såvel den 31. december 1984 som den 1. januar 1985 var ansat hos en arbejdsgiver, der var tilsluttet pensionsordningen ('de ringere stillede'), og

c) overgangsordningen ligeledes gik ud på, at de ringere stillede kunne vælge mellem en pensionsalder på 55 eller 60 år, og at dette valg skulle foretages i en periode, som allerede (senest) udløb den 31. december 1986.

B. Gør det nogen forskel for besvarelsen af spørgsmål A., om overgangsordningen for tilfælde, hvor der ikke rettidigt er tilkendegivet et udtrykkeligt valg, går ud på, at det så er den oprindelige pensionsalder på 55 år, der gælder, eller at det så er den almindelige pensionsalder på 60 år, der gælder?«

Er det foreneligt med EF-traktatens artikel 119, at kvindelige arbejdstageres pensionsalder sættes op til det samme niveau som for mænd til gennemførelse af Barber-dommen?

8. Trods forskellene mellem de to sager er det centrale spørgsmål, som Domstolen her skal tage stilling til, det samme, nemlig om — og i bekræftende fald i hvilket omfang — man i en erhvervstilknyttet pensionsordning, for at tage hensyn til følgerne af Barber-dommen kan gøre aldersbetingelserne for pensionsretten ensartede ved at sætte pensionsalderen op for de kvindelige arbejdstagere i stedet for at sætte den ned for de mandlige. Specielt fremgår det af Smith-sagen, at dette indebærer en ulempe for kvindelige arbejdstagere, da de for fremtiden skal være ansat i lønnet beskæftigelse i længere tid for at kunne gøre krav på fuld erhvervstilknyttet pension.

Jeg vil først behandle dette centrale spørgsmål på det principielle plan for derefter at besvare de spørgsmål, der er stillet i de to sager.

9. Selv om det drejer sig om et ømtåleligt emne, er jeg af den opfattelse, at det *principielle* svar ifølge fællesskabsretten er ret klart. Jeg henviser til, at et lignende spørgsmål er forelagt Domstolen i sag C-200/91, Coloroll, hvor High Court of Justice (Chancery Division) ønsker at få oplyst, om gennemførelsen af lighedsprincippet kræver, at ydelser til det ringere stillede køn i alle tilfælde sættes op, eller om det derimod er i overensstemmelse med artikel 119, at ydelserne til det andet køn sættes ned [3]. I mit forslag til afgørelse af 28. april 1993 i sagerne Ten Oever, Moroni, Neath og Coloroll [4] har jeg på grundlag af Domstolens praksis opstillet en sondring mellem pensionsydelser, alt efter om de baseres på en tidligere forskelsbehandling (efter Barber-dommen), eller om de vedrører arbejdspræstationer, der er ydet efter udfærdigelsen af en ny ordning, der (i medfør af Barber-dommen) er tilpasset ligebehandlingsprincippet. Denne sondring er også her af væsentlig betydning.

10. Med hensyn til ydelser, der har støtte i *tidligere* beskæftigelsesperioder, for hvilke der gjaldt en diskriminerende ordning, skal der, indtil der udstedes bestemmelser, der ophæver denne forskelsbehandling, gennemføres en *forhøjelse* af ydelserne til det ringere stillede køn, så de kommer op på samme niveau som for det gunstigst stillede køn. Det er nemlig Domstolens faste praksis i sager vedrørende forskelsbehandling med hensyn til køn, at den ordning, der gælder for det gunstigst stillede køn, også anvendes på det ringere stillede køn, da disse regler »er de eneste, man kan henholde sig til« ved en øjeblikkelig gennemførelse af ligebehandlingsprincippet [5].

Ved anvendelsen af denne retspraksis skal der naturligvis tages hensyn til begrænsningen af de tidsmæssige virkninger af Barber-dommen. Som Domstolen for nylig har udtalt i dommene i Ten Oever-, Moroni- og Neath-sagerne, betyder dette, at

»den direkte virkning af traktatens artikel 119 kun [kan] påberåbes til støtte for

3 — Jf. spørgsmål 1, punkt 2, iii), i Coloroll-sagen.

4 — Sagerne C-109/91, C-110/91, C-152/91 og C-200/91, Sml. I, s. 4932 og 4933, punkt 60.

5 — Domstolen har første gang udviklet dette kriterium i sagen Razzouk og Beydoun med hensyn til retten til ligebehandling af kvindelige og mandlige EF-tjenestemænd (dom af 20.3.1984, forenede sager 75/82 og 117/82, Sml. s. 1509, præmis 19). Domstolen har derefter anvendt kriteriet for at sikre anvendelse af det i artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 (jf. den fuldstændige reference i fodnote 11) stadfæstede ligebehandlingsprincip, så længe den nationale lovgiver ikke (i fuldt omfang) har gennemført direktivet, jf. bl.a. dom af 24.6.1987, sag 384/85, Borrie Clarke, Sml. s. 2865, præmis 12, og en nyere dom af 24.2.1994, sag C-343/92, Roks, Sml. I, s. 571, præmis 18. I Kowalska- og Nimz-dommene har Domstolen også overført denne praksis til EF-traktatens artikel 119, jf. dom af 27.6.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, præmis 19, og af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, præmis 18.

krav om ligebehandling med hensyn til erhvervstilknyttede pensioner, for så vidt angår ydelser, der vedrører beskæftigelsesperioder efter den 17. maj 1990, medmindre arbejdstagerne eller disses ydelsesberettigede pårørende — som anført i dommen — forinden har anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage i henhold til den nationale lovgivning, der finder anvendelse« [6].

Med andre ord kan den nævnte retspraksis vedrørende »de eneste regler, man kan henholde sig til« — for så vidt angår erhvervstilknyttede pensionsordninger — kun anvendes for beskæftigelsesperioder efter den 17. maj 1990.

11. Situationen er fundamentalt anderledes for ydelser på grundlag af en ny ordning, som er tilpasset ligebehandlingsprincippet, og som vedrører *fremtidige* beskæftigelsesperioder, dvs. beskæftigelsesperioder efter ordningens ikrafttræden. Jeg er enig med Avdel Systems Ltd, den britiske og den tyske regering samt Kommissionen i, at det ikke er i strid med fællesskabsretten at nedsætte sådanne ydelser, så længe ydelserne for mandlige og kvindelige arbejdstagere er fastsat på samme niveau. Såfremt det forholdt sig anderledes, ville det betyde en uønsket indblanding fra Fællesskabets side på et område, som på nuværende tidspunkt hører under medlemsstaternes kompetence, idet medlemsstaterne, som Domstolen gentagne gange har understreget, »har en rimelig skønsmargen med hensyn til de sociale beskyttelsesforanstaltningers art og de konkrete betingelser for deres gennemførelse« [7].

I modsætning til, hvad sagsøgerne i de to sager har gjort gældende, ændrer Defrenne II-dommen ikke herved. Det er rigtigt, at Domstolen i Defrenne II-dommen udtalte, at i betragtning af det sociale formål, der ligger til grund for artikel 119 — således som det kommer til udtryk i bestemmelsen i artikel 117 om at fremme en forbedring af arbej-

6 — Dom af 6.10.1993, sag C-109/91, Ten Oever, Sml. I, s. 4879, præmis 20, og punkt 2 i domskonklusionen, af 14.12.1993, sag C-110/91, Moroni, Sml. I, s. 6591, præmis 31, og punkt 3 i domskonklusionen, og af 22.12.1993, sag C-152/91, Neath, Sml. I, s. 6953, præmis 18, og punkt 1 i domskonklusionen.

7 — Dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 27, af 7.5.1991, sag C-229/89, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2205, præmis 22, og af 19.11.1992, sag C-226/91, Molenbroek, Sml. I, s. 5943, præmis 15. Jf. tillige Roks-dommen (dom af 24.2.1994, citeret i fodnote 5), hvori Domstolen med hensyn til direktiv 79/7 bekræftede, at direktivet dog ikke griber ind i »den kompetence, som i henhold til traktatens artikel 117 og 118 tilkommer medlemsstaterne med henblik på fastlæggelsen af deres socialpolitik inden for rammerne af et snævert samarbejde tilrettelagt af Kommissionen, og, som følge heraf, i arten og omfanget af socialsikringsforanstaltningerne, bl.a. for så vidt angår den sociale tryghed, samt de konkrete betingelser for deres gennemførelse ...« (præmis 28). Det samme gælder efter min opfattelse fuldt ud for EF-traktatens artikel 119.

dernes leve- og arbejdsvilkår [8] — »[kan man] ... se bort fra indvendingen om, at denne artikel kan overholdes på anden måde end gennem en stigning i de laveste lønninger« [9]. Som jeg allerede har fremført i mit forslag til afgørelse af 28. april 1993 [10], skal man læse denne præmis i dens rette sammenhæng. Hovedsagen drejede sig nemlig om et erstatningskrav fra Defrenne mod hendes tidligere arbejdsgiver, Sabena, på grund af løndiskrimination med hensyn til arbejde, der var blevet udført i det foregående årti. Præmissen må derfor antages kun at vedrøre en forskelsbehandling, der har fundet sted *tidligere*, og for hvis vedkommende Domstolen — som allerede nævnt — kræver, at den fordelagtigste ordning også skal anvendes på den ringere stillede gruppe.

12. Det her forsvarede anbringende finder i øvrigt støtte i den for nylig afsagte dom i Roks-sagen. I Roks-sagen blev der forelagt Domstolen det spørgsmål, om fællesskabsretten er til hinder for indførelse af en national lovgivning, der — ved at gøre opretholdelsen af retten til en ydelse i anledning af uarbejdsdygtighed afhængig af en betingelse med hensyn til indtægt, som både mænd og kvinder skal opfylde — medfører, at kvinder for fremtiden mister rettigheder, som de havde i medfør af den direkte virkning af artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7/EØF [11]. Under henvisning til medlemsstaternes kompetence for så vidt angår socialpolitikken svarede Domstolen, at

»fællesskabsretten ikke er til hinder for, at en medlemsstat i forbindelse med kontrollen af de sociale udgifter træffer foranstaltninger, hvorved visse kategorier af personer mister socialsikringsydelser, *forudsat at staten herved overholder princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, som fastslået i artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7* ...« [12].

Ovenstående må ligeledes gælde for så vidt angår anvendelsen af EF-traktatens artikel 119 på erhvervstilknyttede pensionsordninger. Bestemmelsen kræver lige løn til mænd og kvinder, men fastlægger ikke et bestemt *niveau* for fremtidige ydelser fra den erhvervstilknyttede pensionsordning.

8 — Domstolen har gentagne gange påpeget, at denne bestemmelse, selv om den kan være af betydning for fortolkningen af andre fællesskabsretlige bestemmelser, i det væsentlige har karakter af en programerklæring, og at gennemførelsen af de deri nævnte formål skal ske som led i den politik, det påhviler de kompetente myndigheder nærmere at fastlægge, jf. dom af 29.9.1987, sag 126/86, Giménez Zaera, Sml. s. 3697, præmis 13 og 14. Domstolen har for nylig bekræftet dette i sin dom af 17.3.1993, forenede sager C-72/91 og C-73/91, Sloman Neptun, Sml. I, s. 887, præmis 25 og 26, og tilføjet, at artikel 117 ikke tillader nogen domstolskontrol med medlemsstaternes socialpolitik (præmis 27).

9 — Dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne II, Sml. s. 455, præmis 15.

10 — Forslag til afgørelse, punkt 60.

11 — Rådets direktiv 79/7/EØF af 19.12.1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT 1979 L 6, s. 24).

12 — Roks-dommen, præmis 29 (min fremhævelse), med henvisning til dom af 11.6.1987 (Teuling, Sml. s. 2497) og den i fodnote 7 citerede dom i sag C-229/89, Kommissionen mod Belgien. Dette princip er faktisk allerede indeholdt i præmis 22 i Teuling-dommen og i præmis 24 sidstnævnte dom, dog uden den her fremhævede sætning.

Besvarelse af spørgsmålene i Smith-sagen

13. Når ovenstående anvendes på Smith-sagen, giver det følgende resultat. Som Bedford Industrial Tribunal med rette anfører i sit første spørgsmål, skal der sondres mellem tre situationer.

Jeg begynder med den sidste, nemlig fastsættelsen af pensionsalderen til 65 år for mænd og kvinder for pensionsydelser, der udbetales på grundlag af *beskæftigelsesperioder, der ligger før den 17. maj 1990*. Fællesskabsretligt er sagen klar. En sådan handling berøres ikke af EF-traktatens artikel 119, da bestemmelsen — i hvert fald med hensyn til forskelsbehandling, der er en følge af forskelle i pensionsalder — ikke har direkte virkning for disse ydelser, og der heller ikke kan påpeges andre bestemmelser eller principper i fællesskabsretten, der gør det nødvendigt at tilpasse erhvervstilknyttede pensionsordninger til lighedsprincippet ved at fastsætte en generel (højere eller lavere) pensionsalder. Jeg har dog fuld forståelse for den opfattelse, som sagsøgerne i hovedsagen og den tyske regering har fremført, nemlig at en forhøjelse af pensionsalderen for kvinder kan være et indgreb i de optjente rettigheder i den senere ændrede erhvervstilknyttede pensionsordning. Men i betragtning af, at der for den pågældende periode ikke findes fællesskabsretlige bestemmelser, kan denne problematik kun løses efter national ret. Af udtalelserne fra de regeringer, der har deltaget i sagen, fremgår i øvrigt, at der efter national ret er en række muligheder. Den britiske regering gør i denne forbindelse opmærksom på de i Det Forenede Kongerige gældende bestemmelser i kontrakt- og »trust«-retten, mens den tyske regering henviser til de i tysk ret gældende principper om beskyttelse af berettigede forventninger og af allerede erhvervede rettigheder (»Prinzip des Vertrauens- und Bestandsschutz«) samt til Bundesarbeitsgericht's praksis [13]. Dertil skal føjes, at Avdel Systems Limited som begrundelse for en ændring af ordningen med tilbagevirkende kraft absolut ikke kan påberåbe sig de økonomiske følger af Barber-dommen, da denne dom netop ikke gælder for beskæftigelsesperioder forud for domsafsigelsen.

14. Derefter er der spørgsmålet om en fastsættelse af en ensartet pensionsalder på et højere niveau for mandlige og kvindelige ansatte for så vidt angår pensionsydelser, der er optjent på grundlag af *beskæftigelsesperioder, der ligger mellem den 17. maj 1990 og tidspunktet for fastsættelsen af den ensartede pensionsalder, i dette tilfælde den 1. juli 1991*. Da disse beskæftigelsesperioder ligger efter Barber-dommen,

13 — I afsnit 14 og 15 i det skriftlige indlæg henviser den tyske regering navnlig til den såkaldte »enkemandspensions«-dom (»Witwerrenten-Urteil«), afsagt af Bundesarbeitsgericht den 5.9.1989 (3 AZR 575/88, bl.a. trykt i *Betriebs-Berater*, 1989, s. 2400, og i *Der Betrieb*, 1989, s. 2615), hvori der med hensyn til beskyttelsen af erhvervede rettigheder anvendes en »*tre-trins-teori*« ved gennemførelsen af ligebehandlingsprincippet inden for private enke- og enkemandspensionsforsikringer. Ifølge denne lære kan en arbejdsgiver kun gennemføre en ligestilling af pensionsalderen med tilbagevirkende kraft, når han kan påvise, at der foreligger konkrete »*tvingende hensyn*« (»zwingende Gründe«), f.eks. at der foreligger en økonomisk nødsituation, at der skal ske en nedsættelse af en ikke-planlagt »overdækning«, eller at der er sket et alvorligt brud på forpligtelser i et tillidsforhold.

gælder her fuldt ud den regel, der følger af Domstolens praksis, nemlig at ligebehandlingsprincippet kræver, at den ordning, der gælder for det mest begunstigede køn (i dette tilfælde kvinder), skal anvendes på det ringere stillede køn (i dette tilfælde mænd).

I modsætning til Kommissionen, der kun anser tidspunktet for udbetalingen af pensionen for relevant for bedømmelsen af, om EF-traktatens artikel 119 er overholdt [14], mener jeg derfor, at EF-traktatens artikel 119 ikke tillader nogen fastsættelse af en ensartet højere pensionsalder for ydelser, der er *optjent* på grundlag af disse beskæftigelsesperioder.

15. For så vidt endelig angår fastsættelse af en ensartet højere pensionsalder for ydelser optjent på grundlag af *beskæftigelsesperioder efter datoen for fastsættelsen af en ensartet pensionsalder*, er jeg i lighed med den britiske og den tyske regering af ovennævnte grunde (se punkt 11 og 12) af den opfattelse, at en sådan fremgangsmåde ikke er i strid med EF-traktatens artikel 119, i hvert fald i det omfang ligebehandlingsprincippet fuldt ud respekteres.

16. Dette sidste punkt fører mig frem til Bedford Industrial Tribunal's andet spørgsmål: Er arbejdsgiveren — selv om artikel 119 ikke er til hinder for, at der fastsættes en ensartet, højere pensionsalder — alligevel efter bestemmelsen forpligtet til at begrænse de uheldige konsekvenser så meget som muligt, for så vidt angår kvinder, hvis ydelser berøres af beslutningen om at fastsætte en ensartet pensionsalder? Med hensyn til fastsættelse af en ensartet pensionsalder for så vidt angår ydelser, der vedrører beskæftigelsesperioder *forud for den 17. maj 1990*, er svaret klart, idet der ikke af EF-traktatens artikel 119 kan udledes nogen forpligtelse for arbejdsgiveren med hensyn til denne periode.

Jeg behøver ikke komme nærmere ind på situationen med hensyn til ydelser vedrørende beskæftigelsesperioder mellem den 17. maj 1990 og datoen for fastsættelsen af en ensartet pensionsalder. Som allerede nævnt er artikel 119 her til hinder for at fastsætte en ensartet, højere pensionsalder.

Men hvad så med hensyn til ophævelse af forskellen for så vidt angår *fremtidige* tjenesteår (dvs. årene efter det i ordningen fastsatte tidspunkt for fastsættelse af en ensartet pensionsalder, den 1.7.1991)? Smith og de øvrige sagsøgere i hovedsagen gør gældende, at arbejdsgiveren her er forpligtet af det

14 — Under retsmødet påpegede advokaten for sagsøgerne i Smith-sagen med rette, at der i Kommissionens opfattelse ikke er taget hensyn til de særlige kendetegn ved erhvervstilknyttede pensionsordninger. Som Domstolen bemærkede i de i fodnote 6 citerede domme i Ten Oever-sagen (præmis 17), Moroni-sagen (præmis 29) og Neath-sagen (præmis 14), har erhvervstilknyttede pensionsordninger nemlig i den forstand den særlige karakter, at »erhvervelsen af retten til pension ... sker gradvis i løbet af hele arbejdstagerens beskæftigelsesforløb, og den faktiske udbetaling af ydelsen ... opsættes indtil opnåelsen af en bestemt alder«.

fællesskabsretlige proportionalitetsprincip. Den metode, der vælges til at ophæve den forbudte forskelsbehandling, må ikke medføre, at pensionsydelserne til kvinder nedsættes mere end strengt nødvendigt for at opfylde virksomhedens behov. I denne forbindelse skal der bl.a. tages hensyn til de overskud, som pensionsfonden råder over, eller til alternative finansieringsmetoder, f.eks. forhøjelse af bidragene, og i hvilken udstrækning arbejdsgiveren hidtil har draget fordel af opretholdelsen af en diskriminerende pensionsordning (hvilket hævdes at være tilfældet her, da Avdel Systems Limited ikke har betalt bidrag siden den 1.6.1989).

Denne argumentation må afvises. Arbejdsgiveren er i medfør af EF-traktatens artikel 119 forpligtet til at ophæve enhver ulighed i aflønningen af mandlige og kvindelige ansatte. Proportionalitetsprincippet kan efter min opfattelse ikke påberåbes for at hindre gennemførelsen af »en så grundlæggende fællesskabsretlig bestemmelse som princippet om ligebehandling af mænd og kvinder« [15].

17. Det tredje spørgsmål i Smith-sagen kræver kun et svar for så vidt angår den anden situation, nemlig om pensionsydelser til ansatte på grundlag af beskæftigelsesperioder fra den 17. maj 1990, men inden tidspunktet for fastsættelsen af en ensartet pensionsalder, den 1. juli 1991. Spørgsmålet er her, om arbejdsgiveren i denne periode alligevel kan sætte pensionsalderen op for kvinder og som følge deraf nedsætte deres ydelser, *såfremt* han kan anføre en objektiv begrundelse derfor, f.eks. virksomhedens eller den erhvervstilknyttede pensionsordnings behov.

Jeg er tilbøjelig til i denne forbindelse at indtage et restriktivt standpunkt. Arbejdsgiveren træffer jo selv beslutning om varigheden af den pågældende periode og de dermed forbundne udgifter. Jo hurtigere pensionsordningen tilpasses ligebehandlingsprincippet, jo kortere er den periode, hvori reglen om »de eneste regler, man kan henholde sig til« gælder, og — i konsekvens heraf — jo mindre er udgifterne i denne forbindelse for arbejdsgiveren og pensionsordningen. Det forekommer mig derfor ikke rigtigt, således som det er anført af Avdel Systems Limited, at tillade en fleksibel anvendelse af de kriterier, som Domstolen bl.a. i Bilka-dommen har udviklet om en objektiv begrundelse for tilfælde af *indirekte* forskelsbehandling [16]. Jeg er dog enig med Det Forenede Kongeriges regering i, at Domstolen ikke på forhånd må udelukke muligheden for objektivt begrundede undtagelser.

18. En sådan mulighed må dog kun benyttes i særlige tilfælde, nærmere bestemt for at tage hensyn til omstændigheder, der ikke har nogen sammenhæng med kønsdiskriminering, og som svarer til et *akut* behov, der vedrører selve virksomhedens eksistens eller pensionsordningens solvens. Med hensyn til *virksomhedens* eksistens, mener jeg, at

15 — Udtrykket stammer fra Roks-dommen, præmis 36.

16 — Dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, præmis 36. Disse kriterier er, at midlerne »er i overensstemmelse med virksomhedens virkelige behov, er egnede til at opnå det mål, den forfølger, og er nødvendige herfor«.

en række af — men ikke alle [17] — de af Avdel Systems Ltd for Bedford Industrial Tribunal [18] anførte faktorer kan kvalificeres som sådanne akutte behov. Jeg tænker her f.eks. på en virksomheds behov for at gennemføre absolut nødvendige investeringer eller for at imødegå store udsving i antallet af ansatte [19]. Med hensyn til *den erhvervstilknyttede pensionsordning* mener jeg, at en undtagelse er mulig, når en fuldstændig gennemførelse af ligebehandlingsprincippet bringer den finansielle ligevægt [20] i den pågældende ordning, og dermed dens solvens, i alvorlig fare [21]. Jeg vil heller ikke udelukke, at en erhvervstilknyttet pensionsordning af hensyn til de komplicerede aktuarmæssige beregninger, som gennemførelsen af ligebehandlingsprincippet kan give anledning til — i de foreliggende tilfælde er det f.eks. nødvendigt at foretage særskilte beregninger for tre forskellige beskæftigelsesperioder — kan foretrække en ud fra en administrativ eller aktuarmæssig synsvinkel mindre indviklet, alternativ fremgangsmåde til gennemførelse af ligebehandlingsprincippet for så vidt angår den her omhandlede periode. Hvis en sådan alternativ fremgangsmåde benyttes, skal der dog fuldt ud tages hensyn til de rettigheder, som artikel 119 har medført til fordel for privatpersoner fra den 17. maj 1990, som er datoen for afsigelsen af Barber-dommen [22].

Det siger sig selv, at det tilkommer den nationale retsinstans at bedømme og kontrollere disse elementer og navnlig at afgøre, om den af arbejdsgiveren og/eller den erhvervstilknyttede pensionsordning påberåbte begrundelse intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn [23] og ikke indeholder nogen begrænsning af ligebehandlingsprincippet ud over, hvad der er strengt nødvendigt [24].

17 — Efter min opfattelse kommer omkostningsfaktorer med en generel potentiel virkning ikke i betragtning, således som de af Avdel Systems Ltd nævnte potentielle omkostninger i forbindelse med en begrænset stigning i prisindekseringen og udsigten til en konjunkturtilbagegang.

18 — Afsnit 7.4 i forelæggelsesafgørelsen.

19 — Avdel Systems Ltd påberåber sig i denne forbindelse konsekvenserne for sit personale, såfremt mandlige ansatte (i alt ca. 90% af de ansatte) i meget stort omfang ville gøre brug af den ret, de får tilkendt til fuld pension, fra de fylder 60 år.

20 — At Domstolen ved bedømmelsen af, om forskelsbehandling er begrundet, er villig til at tage hensyn til den finansielle ligevægt i den pågældende ordning, fremgår bl.a. af dom af 7.7.1992, sag C-9/91, Equal Opportunities Commission, Sml. I, s. 4297, præmis 15-18 (lovbestemte pensionsordninger), og af 27.10.1993, sag C-338/91, Steenhorst-Neerings, Sml. I, s. 5475, præmis 23 (lovbestemt ordning om uarbejdsdygtighedsydelse).

21 — Det forhold alene, at gennemførelse af ligebehandlingsprincippet har finansielle konsekvenser, der til en vis grad påvirker den finansielle ligevægt i en erhvervstilknyttet pensionsordning, er derfor ikke tilstrækkelig som begrundelse. Det skal dreje sig om vanskeligheder, der *ikke eller næsten ikke kan overvindes*. Hvis det, bl.a. under hensyntagen til den begrænsede periode og pensionsordningens finansielle stilling (f.eks. eksisterende overskud, reserver og lignende), drejer sig om overstigelige hindringer, kan der analogt henvises til, hvad Domstolen udtalte i Roks-dommen, der er citeret i fodnote 5, vedrørende lovbestemte socialsikringsforanstaltninger: »Selv om budgetmæssige hensyn kan være afgørende for en medlemsstats socialpolitiske valg og påvirke arten og omfanget af de socialsikringsforanstaltninger, staten ønsker at træffe, udgør de imidlertid ikke i sig selv et mål for socialpolitikken og kan derfor ikke begrunde en forskelsbehandling på grundlag af køn« (præmis 35).

22 — Jf. med hensyn til direktiv 79/7, dom af 8.3.1988, sag 80/87, Dik, Sml. s. 1601, præmis 14.

23 — Jf. dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, præmis 15.

24 — Jf. proportionalitetskriteriet, således som dette er formuleret bl.a. i Bilka-dommen (præmis 36) og i Teuling-dommen, citeret i fodnote 12 (præmis 18). De valgte midler skal være *egnede* til at opnå det berettigede mål og skal endvidere være *nødvendige* herfor. Dette betyder ikke kun, at den nationale ret i det konkrete tilfælde skal undersøge, om den foranstaltning, som arbejdsgiveren og/eller den erhvervstilknyttede pensionsordning har truffet, er relevant, dvs. at der er en logisk forbindelse mellem den og det forfulgte mål (med hensyn til et tilfælde, hvor Domstolen ikke fandt foranstaltningen relevant, se dom af 30.3.1993, sag C-328/91, Thomas m.fl., Sml. I, s. 1247, præmis 16), men tillige om der for arbejdsgiveren og/eller den erhvervstilknyttede pensionsordning ikke er noget brugbart alternativ, som medfører en mindre begrænsning af ligebehandlingsprincippet.

Besvarelse af spørgsmålene i Van den Akker-sagen

19. I modsætning til Smith-sagen drejer Van den Akker-sagen sig om en ophævelse af forskellen i pensionsalder for mænd og kvinder, der er gennemført *før* Barber-dommen, nemlig den 1. januar 1985, hvorved de på daværende tidspunkt tilsluttede kvinder i en begrænset periode (fra begyndelsen af 1985 til slutningen af 1986) kunne vælge, om de ønskede at bevare en lavere pensionsalder. Det ovenfor (i punkt 8) formulerede centrale spørgsmål undergår derfor en forskydning, idet vægten lægges på virkningen af Barber-dommen på en overgangsordning, der var indgået før Barber-dommen — og endda før Bilka-dommen [25] — idet spørgsmålet er, om en sådan overgangsordning, der *personelt* og *tidsmæssigt* er begrænset, skal ophæves? Kan mandlige arbejdstagere, hvis en sådan overgangsordning opretholdes, gøre krav på de samme rettigheder som dem, der gælder for kvindelige arbejdstagere, der i forbindelse med overgangsordningen af 1985 har valgt en pensionsalder på 55 år?

20. De parter, der har deltaget i sagen for Domstolen, har gjort forskellige synspunkter gældende. Sagsøgerne i hovedsagen og den nederlandske regering er af den opfattelse, at EF-traktatens artikel 119 ikke er til hinder for den overgangsordning, som sagen drejer sig om. Sagsøgerne i hovedsagen påberåber sig navnlig præmisserne i Barber-dommen, hvori Domstolen udtalte, at bydende retssikkerhedshensyn er til hinder for, at der rejses tvivl om retsforhold, hvis virkninger allerede er udtømt [26]. I den foreliggende sag er virkningerne af de pågældende retsforhold efter deres opfattelse allerede udtømt, idet fristen for, hvornår man kunne vælge at gøre brug af overgangsordningen, er udløbet, nemlig den 31. december 1986. Et andet standpunkt ville ikke tilgodese det grundlæggende retssikkerhedsprincip.

Ifølge pensionsfonden derimod følger det af Barber-dommen, at også den overgangsordning, der her er tale om, nu er forbudt. Når henses til den måde, på hvilken Domstolen har begrænset de tidsmæssige virkninger af Barber-dommen, er det efter pensionsfondens opfattelse ikke længere tilladt at diskriminere ved at opretholde forskellig pensionsalder for mænd og kvinder for rettigheder, der optjenes efter den 17. maj 1990.

Kommissionen erklærer sig enig i denne opfattelse. Kommissionen finder ikke, at sagsøgerne i hovedsagen kan modsætte sig ophævelsen af overgangsordningen under henvisning til EF-traktatens artikel 119, som efter Kommissionens opfattelse ikke er til hinder for en nedsættelse for fremtiden af den bedst stillede gruppes pensionsydelser til samme niveau, som gælder for den ringere stillede gruppe, såfremt ligebehandlingsprin-

25 — Jf. fodnote 16.

26 — Jf. Barber-dommen, præmis 41 og 44.

cippet blot overholdes. Om sagsøgernes erhvervede rettigheder er blevet krænket, vil være et andet spørgsmål, som i princippet skal besvares i henhold til national ret. Kommissionen anser det i øvrigt ikke for nødvendigt at afpasse sit standpunkt nærmere på baggrund af de omstændigheder, der er nævnt i Kantongerecht's første spørgsmål, litra a), b) og c). Kommissionen finder navnlig, at der af Domstolens praksis vedrørende socialsikringsydelser kan udledes gode argumenter for et anbringende om, at ligebehandlingsprincippet skal overholdes strengt, også inden for rammerne af den her behandlede overgangsordning.

21. Jeg vil herefter straks undersøge den retspraksis, som Kommissionen har henvist til. Det drejer sig om en række domme (i Borrie Clarke-sagen [27], Dik-sagen [28] og Johnson-sagen [29]), hvori Domstolen har udtalt sig om, hvorvidt det er foreneligt med direktiv 79/7, at lovbestemte overgangsbestemmelser — der normalt er fastsat ved tilpasningen af den nationale lovgivning til direktivet — har som konsekvens, at en bestemt diskriminerende ordning fortsat gælder også efter det pågældende direktivs gennemførelsestidspunkt (23.12.1984) [30]. Domstolen har resolut erklæret dette i strid med direktiv 79/7. Den har i denne forbindelse først og fremmest henvist til den direkte virkning af det i direktiv 79/7, artikel 4, stk. 1, fastsatte forbud mod forskelsbehandling, og den i direktivets artikel 5 opstillede forpligtelse for medlemsstaterne til at ophæve alle bestemmelser, der er i strid med ligebehandlingsprincippet [31]. Endvidere har Domstolen fremhævet, at

»direktivet ikke indeholder nogen undtagelse fra ligebehandlingsprincippet i artikel 4, stk. 1, der kunne hjemle opretholdelse af en diskrimination, der bestod efter tidligere gældende national lovgivning. Det følger heraf, at en medlemsstat ikke efter den 22. december 1984 må opretholde en forskelsbehandling, der skyldes, at ydelsesvilkårene er de samme som før den nævnte dato. Det gør herved ingen forskel, at en sådan forskelsbehandling følger af overgangsbestemmelser, der er givet i forbindelse med indførelsen af en ny ydelse« [32].

22. Skal denne retspraksis, som kræver, at ligebehandlingsprincippet får *umiddelbar* tidsmæssig *virkning*, anvendes fuldt ud på den foreliggende problematik, således som Kommissionen har gjort gældende? Jeg tvivler stærkt herpå. Denne tvivl næres bl.a. af, at

27 — Jf. fodnote 5.

28 — Jf. fodnote 22.

29 — Dom af 11.7.1991, sag C-31/90, Sml. I, s. 3723.

30 — I Borrie Clarke-sagen forsvarede Det Forenede Kongerige en sådan overgangsordning med hensyn til invaliditetsydelser med det argument, at personer, der tidligere kunne få udbetalt ydelserne, havde en berettiget forventning om ikke at miste dem som følge af lovændringen, og at denne forventning skulle tilgodeses, jf. Borrie Clarke-dommen, præmis 4.

31 — Jf. Borrie Clarke-dommen, præmis 9, og Dik-dommen, præmis 8.

32 — Borrie Clarke-dommen, præmis 10. Se endvidere Dik-dommen, præmis 9, og Johnson-dommen, præmis 32.

i modsætning til direktiv 79/7 indeholder direktiv 86/378/EØF, hvori der er truffet bestemmelser til gennemførelse af ligebehandlingsprincippet inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger [33], i artikel 8, stk. 2, følgende overgangsbestemmelse:

»Dette direktiv er ikke 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.«

I modsætning til direktiv 79/7 indeholder direktiv 86/378 således en udtrykkelig bestemmelse, hvori det er fastsat, at den nye lov skal *respektere* tidligere ordninger [34].

23. Hvorfor indeholder direktiv 79/7 da ikke en sådan undtagelse, når direktiv 86/378 gør det? Efter min mening kan dette navnlig forklares med, at det i direktiv 79/7 drejer sig om *lovbestemte* [35] ordninger om social sikring, det vil med Domstolens ord sige

»socialsikringsordninger eller-ydelser, f.eks. alderspension, som direkte er reguleret ved lov, således at der ikke foreligger nogen overenskomst inden for den pågældende virksomhed eller erhvervsgren, og som obligatorisk finder anvendelse på almindelige grupper af arbejdstagere« [36].

For sådanne ordninger gælder altid princippet om, at den nye lov har virkning umiddelbart [37]. Desuden må man ikke glemme, i) at medlemsstaterne fik seks år til at tilpasse lovgivningen og de administrative bestemmelser [38], og ii) at direktivet for så vidt angår alders- og arbejdsophørspensioner indehol-

33 — Rådets direktiv 86/378/EØF af 24.7.1986 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (EFT L 225, s. 40).

34 — Kommissionens oprindelige forslag indeholdt ikke denne overgangsbestemmelse. Derimod indeholdt forslaget i artikel 10 en lignende overgangsbestemmelse med hensyn til anvendelsen af forskellige aktuarmæssige beregningsfaktorer for mænd og kvinder.

35 — Jf. artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7 og anden betragtning i præamblen til dette direktiv. Artikel 3, stk. 1, litra b), bestemmer, at direktivet tillige finder anvendelse på de sociale bistandsordninger, i det omfang disse er bestemt til at supplere eller træde i stedet for de i litra a) omhandlede ordninger.

36 — Ten Oever-dommen, citeret i fodnote 6, præmis 9, med henvisning til dom af 25.5.1971 (sag 80/70, Defrenne I, præmis 7). Se tillige Moroni-dommen, citeret i fodnote 6, præmis 14. Sammenlign den definition, som Domstolen i sin faste praksis giver af begrebet »social sikringsydelse«, som omhandlet i forordning nr. 1408/71, nemlig en ydelse, der tildeles de berettigede »uden nogen individuel bedømmelse af personlige behov, men efter lovbestemte kriterier og forudsat, at den vedrører en af de risici, der udtrykkeligt er anført i artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 1408/71«, jf. bl.a. dom af 16.7.1992, sag C-78/91, Hughes, Sml. I, s. 4839, præmis 15, og af 10.3.1993, sag C-111/91, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 817, præmis 29.

37 — Med hensyn til grundene til denne umiddelbare anvendelighed se P. Roubier's »klassiker«, *Le droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1960, s. 340 ff.

38 — Jf. artikel 8, stk. 1, i direktiv 79/7.

der en undtagelse vedrørende fastsættelsen af pensionsalderen, hvis gyldighed Domstolen aldrig har draget i tvivl [39].

Ved erhvervstilknyttede pensionsordninger derimod befinder man sig på et *overenskomstområde*. Med hensyn til overgangsregler spiller her andre overvejelser en rolle end ved lovbestemte ordninger, der har et generelt sigte, f.eks. respekt for parternes frie vilje og for den ligevægt, der er bragt i stand ved indgåede aftaler. Generelt accepteres det med hensyn til aftaler, at den nye lov respekterer den gamle. Umiddelbar anvendelse af den nye ordning skal kun sikres, såfremt almene interesser lider alvorlig skade ved, at situationer, der er opstået under den gamle ordning, fortsætter [40].

24. Princippet om, at en ny lov respekterer tidligere regler for så vidt angår overenskomstmæssige situationer, der har en vis udstrækning i fremtiden, finder jeg meget tiltalende. Men jeg finder alligevel, at det ikke skal anvendes her, når henses til Domstolens praksis, navnlig dommene i sagerne Defrenne II og Barber. I den første dom udtalte Domstolen:

»Da artikel 119 er ufravigelig, gælder forbuddet mod forskelsbehandling mellem mandlige og kvindelige arbejdstagere nemlig ikke blot for de offentlige myndigheder, men tillige for alle overenskomster, som kollektivt regulerer arbejdslønnen, og for aftaler mellem private.« [41]

Således accepteredes den direkte (og i princippet umiddelbare) anvendelse af artikel 119 på horisontale, navnlig overenskomstmæssige, ordninger.

I Barber-dommen, således som det i øvrigt også er tilfældet i Defrenne II-dommen, har Domstolen dog begrænset denne umiddelbare virkning ved at fastsætte en begrænsning af de tidsmæssige virkninger af dommen, således at bestemmelsen får den virkning i et begrænset tidsrum, at den respekterer bestående situationer. Det forekommer mig, at Domstolen hermed, ved i sin praksis at fastsætte en overgangsordning, selv har gennemført den afvejning af de generelle fællesskabsinteresser (især kravet om en ensartet og generel anvendelse af fællesskabsretten) over for private interesser (især retssikkerhed og beskyttelse af kontraktforhold, der er indgået i god tro), som ligger til grund for princippet om respekt for bestående forhold. Det er derfor også denne

39 — Jf. Equal Opportunities Commission-dommen, citeret i fodnote 20, som bekræftet i dommen i sagen Thomas m.fl., der er citeret i fodnote 24, præmis 9.

40 — Jf. bl.a. F. Chabas, i Maezaud, Mazeaud og Chabas, *Leçons de droit civil, I, Introduction à l'étude du droit*, Paris, Montchrestien, 1991, nr. 147, s. 197 og 198, J. Ghestin og G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, LGDJ, 1990, nr. 373, s. 333 og 334, og P. Roubier, *Le droit transitoire*, s. 380 ff.

41 — Defrenne II-dommen, citeret i fodnote 9, præmis 39. Senere bekræftet i fast praksis, bl.a. i dom af 27.6.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, præmis 12, og af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, præmis 17 (i Nimz-dommen kun vedrørende kollektive overenskomster).

overgangsordning, der udgør en del af Barber-dommen, som skal anvendes ved fortolkningen af EF-traktatens artikel 119.

25. Konkret betyder det følgende. Da den direkte virkning af EF-traktatens artikel 119 ifølge Barber-dommen kun kan påberåbes for beskæftigelsesperioder efter den 17. maj 1990, kan de mandlige arbejdstagere i Koninklijke Shell-koncernen i hvert fald ikke påberåbe sig, at overgangsordningen er i strid med EF-traktatens artikel 119 for så vidt angår beskæftigelsesperioder, der ligger forud for Barber-dommen. Det siger endvidere sig selv, at kvindelige arbejdstagere, der i forbindelse med overgangsordningen har valgt at bevare en pensionsalder på 55 år, og som var fyldt 55 år forud for Barber-dommen, ikke berøres af Barber-dommen. I deres tilfælde foreligger der netop den situation, som Domstolen omtalte i præmis 44 i Barber-dommen, nemlig at

»bydende retssikkerhedshensyn [er] til hinder for, at der rejses tvivl om retsforhold, hvis virkninger allerede er udtømt«.

26. Modsat sagsøgerne i hovedsagen er jeg dog af den opfattelse, at man *ikke* kan betragte den situation, hvori kvindelige arbejdstagere, som i forbindelse med overgangsordningen har valgt en pensionsalder på 55 år, men som på tidspunktet for afsigelsen af Barber-dommen endnu ikke var fyldt 55 år, befinder sig i, som en situation »hvis virkninger allerede er udtømt«. De optjener nemlig fortsat eller har fortsat optjent yderligere pensionsrettigheder, også efter Barber-dommen. For de beskæftigelsesperioder, der er udført af disse kvindelige ansatte og de tilsvarende mandlige ansatte efter den 17. maj 1990, gælder stadig i fuld udstrækning den sidste sætning i Barber-dommens præmis 44, hvori Domstolen udtrykkeligt udelukker, at den nye fortolkning af artikel 119 skal begrænses:

»Endelig bemærkes, at virkningerne af den nævnte fortolkning ikke bør begrænses, for så vidt angår pensionsrettigheder, der erhverves efter afsigelsen af nærværende dom.« [42]

27. Overgangsordningen skal altså, som pensionsfonden med rette antog, tilpasses for at tage hensyn til følgerne af Barber-dommen [43]. For beskæftigelsesperioder mellem den 17. maj 1990 og den 1. juni 1991, datoen for ændringen af pensionsordningen,

42 — Domstolen har udtrykkeligt henvist til begrundelsen i præmis 44 i Barber-dommen i forbindelse med den præcisering af den tidsmæssige virkning af Barber-dommen, som den har givet i Ten Oever-dommen (præmis 19), Moroni-dommen (præmis 31) og Neath-dommen (præmis 16).

43 — Pensionsfonden påberåber sig i den forbindelse tillige et andet argument, nemlig at Domstolen i præmis 32 i Barber-dommen udtalte, at »artikel 119 forbyder enhver form for lønmæssig forskelsbehandling af mænd og kvinder, *uanset hvilken ordning* der giver anledning til forskelsbehandlingen« (præmis 32, min fremhævelse). Jeg vil ikke her komme nærmere ind på, om denne passage skal fortolkes således, som pensionsfonden har anført. Den skal nemlig læses i sammenhæng med andet punktum i samme præmis, hvoraf fremgår, at Domstolen ikke anser den omstændighed, at en pensionsalder, der er forskellig for mænd og kvinder, i henhold til en »contracted-out« ordning er baseret på den lovbestemte pensionsordning, som en begrundelse for en sådan forskelsbehandling.

gælder den ovenfor nævnte regel om »de eneste regler, man kan henholde sig til« (ovenfor i punkt 10). For beskæftigelsesperioder derefter er en fastsættelse af en højere pensionsalder for kvindelige ansatte, der var omfattet af overgangsordningen, til samme pensionsalder som de mandlige ansatte, forenelig med EF-traktatens artikel 119, for så vidt ligebehandlingsprincippet i den forbindelse fuldt ud respekteres (jf. ovenfor i punkt 11).

28. Med hensyn til problematikken vedrørende en forhøjelse med tilbagevirkenke kraft af pensionsalderen for de kvindelige ansatte for så vidt angår beskæftigelsesperioder, der ligger mellem Barber-dommen og datoen for fastsættelsen af en ensartet pensionsalder for mænd og kvinder, kan jeg henvise til svaret i Smith-sagen (jf. ovenfor i punkt 17). Dette problem er ikke nævnt af parterne i denne sag, måske på grund af den af pensionsfonden udarbejdede kompensationsordning (jf. ovenfor, punkt 6).

Forslag til afgørelse

29. Herefter skal jeg foreslå Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål i de foreliggende sager således:

I begge sager:

»Det er ikke i strid med EF-traktatens artikel 119, at en arbejdsgiver i medfør af Domstolens dom af 17. maj 1990 i sag C-262/88, Barber, inden for rammerne af en erhvervstilknyttet pensionsordning hæver de kvindelige ansattes pensionsalder til samme niveau som for de mandlige ansatte for fremtidige beskæftigelsesperioder, dog under forudsætning af, at det i artikel 119 fastsatte princip om lige løn til mænd og kvinder respekteres fuldt ud. I betragtning af begrænsningen af de tidsmæssige virkninger af Barber-dommen er fællesskabsretten heller ikke til hinder for, at denne fremgangsmåde benyttes med hensyn til beskæftigelsesperioder, der ligger forud for den 17. maj 1990. Fællesskabsretten er dog til hinder for, at samme fremgangsmåde benyttes med hensyn til beskæftigelsesperioder, der ligger mellem den 17. maj 1990 og tidspunktet for fastsættelsen af den ensartede pensionsalder. For sidstnævnte beskæftigelsesperioder skal ligebehandlingsprincippet gennemføres ved at lade den ordning, der gælder for medlemmerne af det bedst stillede køn, finde anvendelse på medlemmerne af det ringere stillede køn.«

I sag C-408/92, Smith m.fl.

»1) EF-traktatens artikel 119 indeholder i ingen af de tre ovennævnte situationer den forpligtelse, som Bedford Industrial Tribunal har angivet i sit andet spørgsmål.

2) I den tredje situation, som er skitseret af Bedford Industrial Tribunal, kan der ved gennemførelsen af ligebehandlingsprincippet kun i ganske særlige situationer tages hensyn til omstændigheder, som intet har at gøre med forskelsbehandling med hensyn til køn, og som svarer til et akut behov, der vedrører selve virksomhedens eksistens eller den erhvervstilknyttede pensionsordnings solvens. Det tilkommer den nationale retsinstans at undersøge disse forhold og at kontrollere, at ligebehandlingsprincippet ikke begrænses mere end højst nødvendigt.«

I sag C-28/93, Van den Akker m.fl.

»Når henses til Barber-dommen, er det i strid med EF-traktatens artikel 119, inden for rammerne af en erhvervstilknyttet pensionsordning og for så vidt angår beskæftigelsesperioder, der ligger efter den 17. maj 1990, fortsat at fastsætte pensionsalderen til 55 år for en begrænset gruppe kvindelige tilsluttede, der på det tidspunkt endnu ikke har nået pensionsalderen, mens pensionsalderen for mandlige ansatte er fastsat til 60 år. At denne situation udgør en del af en forud for Barber-dommen aftalt overgangsordning ændrer intet herved.«