CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE WALTER VAN GERVEN

presentate il 4 maggio 1994 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. I presenti procedimenti pregiudiziali si inseriscono nel seguito della sentenza 17 maggio 1990, Barber, in cui, come sappiamo, la Corte ha dichiarato che

«L'art. 119 del Trattato osta a che un uomo licenziato per motivi economici possa aver diritto soltanto ad una pensione con pagamento differito al raggiungimento della normale età di pensionamento, mentre una donna trovantesi nelle medesime condizioni ha diritto ad una pensione di vecchiaia immediata, in conseguenza dell'applicazione di un requisito di età che varia secondo il sesso ed è analogo a quello stabilito dal regime legale nazionale per la concessione di pensioni di vecchiaia» [1].

Risulta pertanto dalla sentenza Barber che tali discriminazioni che figurano nei regimi pensionistici professionali devono essere soppresse. I presenti procedimenti si articolano intorno alla questione relativa alla *maniera* in cui tale soppressione deve avvenire. I due regimi pensionistici di cui è causa hanno optato per un adeguamento dell'età pensionabile normale dei lavoratori di sesso femminile a quello dei lavoratori di sesso maschile.

Antefatti del procedimento C-408/92, Smith e altri

2. La signora Smith e le altre ricorrenti nella causa principale nel procedimento C-408/92 sono state o sono ancora iscritte a un regime pensionistico aziendale di deroga convenzionale, Avdel Pension & Life Assurance Plan (in prosieguo: il «regime»), gestito dal loro datore di lavoro, Avdel Systems Limited.

Il regime è finanziato in parte da contributi del datore di lavoro e in parte da un contributo del lavoratore, che ammonta al 5% della retribuzione che serve di base al calcolo della pensione, dedotto l'abbattimento fiscale. Il regime conferisce agli iscritti il diritto ad una pensione fin da quando essi raggiungono l'età pensionabile normale o la possibilità di convertire una parte della pensione annua in un capitale esente da imposte. A certe condizioni essi possono anche trasfe-

* Lingua originale: l'olandese.

1 — Sentenza 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber (Racc. 1990, pag. I-1889, punto 35 e punto 3 del dispositivo).

rire al regime il valore dei diritti a pensione costituiti nell'ambito di un impiego precedente.

Anteriormente al 1° luglio 1991, il regime prevedeva che l'età pensionabile normale era di 65 anni per gli uomini e di 60 anni per le donne. Le disposizioni del regime sono state modificate con effetto al 1° luglio 1991 e prevedono adesso un'età pensionabile normale uniformemente fissata a 65 anni per gli uomini e per le donne. Secondo l'ordinanza di rinvio, la modifica riguarda sia le prestazioni ottenute a titolo di anni di servizio successivi al 1° luglio 1991 sia le prestazioni ottenute a titolo di anni di servizio precedenti al 1° luglio 1991. Le conseguenze della modifica sono, più in particolare, le seguenti:

a) se una donna va in pensione all'età di 60 anni, la sua pensione costituisce oggetto di una riduzione attuariale del 4% annuo per ogni anno di pensione che precede il compimento del 65° anno di età. Secondo la regola precedente, essa avrebbe percepito una pensione ad aliquota piena;

b) se una donna abbandona il regime prima della data normale di pensionamento, cioè per essa 65 anni, i diritti pensionistici maturati e trasferibili ad altro regime autorizzato o utilizzabili per acquistare una polizza assicurativa verrebbero calcolati in base al presupposto che la data normale di pensionamento è quella del compimento del 65° anno di età, e

c) se una donna va in pensione a 60 anni, le prestazioni di pensione, maturate con riferimento al suo precedente impiego, in base al presupposto del pensionamento al 60° anno di età, sono soggette ad una riduzione attuariale del 4% per ogni anno che precede il compimento del 65° anno di età. Tuttavia, l'importo totale di queste prestazioni di pensione non può essere inferiore al livello di una garanzia monetaria prestata al momento del trasferimento al regime. Questa regola può avere per effetto di limitare la riduzione netta complessiva di dette prestazioni.

3. 78 lavoratori di sesso femminile hanno presentato un ricorso contro le nuove regole dinanzi all'Industrial Tribunal di Bedford (in prosieguo: l'«Industrial Tribunal»). Il loro reclamo si basa in particolare sull'art. 119 del Trattato CEE. Con il consenso delle parti, cinque cause sono state scelte come rappresentative. Queste cause possono essere ripartite in tre categorie, cioè:

a) i lavoratori di sesso femminile che sono andati in pensione successivamente al 1° luglio 1991, tra i 60 e i 65 anni. Tale è il caso delle signore Smith, Ball e McHugh.

In applicazione delle nuove regole, la loro pensione ha subito una riduzione rispettivamente del 20%, 8,3% e 11,28%;

b) i lavoratori di sesso femminile ancora in servizio, che hanno trasferito al regime i diritti a pensione maturati presso un precedente datore di lavoro. Tale è il caso della signora Parker. Nel caso in cui queste persone vadano in pensione tra i 60 e i 65 anni, i loro diritti a pensione costituiscono oggetto della riduzione attuariale soprammenzionata del 4% per anno fino al compimento del 65° anno di età, con riserva della garanzia monetaria prestata così come è stato sopra indicato, e

c) i lavoratori di sesso femminile che sono ancora in servizio, ma che non sono più iscritti al regime. Tale è la situazione della signora Vance, che ha lasciato volontariamente il regime. Essa può aver diritto ad una pensione differita in funzione dei diritti che essa ha costituito nel corso della sua iscrizione al regime, in quanto il valore di tale pensione viene calcolato sulla base di un'età normale di pensionamento di 65 anni [2].

4. Con ordinanza 2 novembre 1992, l'Industrial Tribunal ha sospeso il procedimento ed ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Qualora un regime pensionistico aziendale preveda età normali di pensionamento differenti per l'uomo e la donna (65 e, rispettivamente, 60 anni) e qualora il datore di lavoro cerchi, alla luce della sentenza nella causa Barber, di rimuovere detta discriminazione, se sia in contrasto con l'art. 119 del Trattato di Roma il fatto che il datore di lavoro fissi in 65 anni l'età uniforme di pensionamento per gli uomini e per le donne

i) con riferimento a prestazioni pensionistiche aziendali ricevute dai dipendenti in base agli anni di servizio successivi alla data dell'uniformazione, cioè il 1° luglio 1991;

ii) con riferimento a prestazioni pensionistiche aziendali ricevute dai dipendenti, in base agli anni di servizio maturati al 17 maggio 1990 o dopo tale data, ma prima della data di uniformazione, cioè il 1° luglio 1991;

2 — L'ordinanza di rinvio menziona inoltre una quarta categoria, cioè i lavoratori di sesso femminile che erano iscritti al regime, ma che nel frattempo sono deceduti. Poiché nessuna delle cause principali si riferisce a tale ipotesi, non prenderò in considerazione tale categoria.

iii) con riferimento a prestazioni pensionistiche aziendali ricevute dai dipendenti in base agli anni di servizio maturati prima del 17 maggio 1990, essendo la data dell'uniformazione il 1° luglio 1991.

2) In caso di soluzione negativa dell'intera questione sub 1) o di parte di essa, se l'art. 119 imponga al datore di lavoro l'obbligo di limitare per quanto possibile le conseguenze sfavorevoli per le donne le cui prestazioni risentano della decisione del datore di lavoro di abolire la differenza nell'età di pensionamento.

3) In caso di soluzione affermativa dell'intera questione sub 1) o di parte di essa, se sia conforme all'art. 119 il fatto che il datore di lavoro invochi il principio di obiettiva giustificazione facendo riferimento alle esigenze dell'azienda o a quelle del regime pensionistico aziendale come giustificazione di qualsiasi riduzione delle prestazioni erogate alle donne e, in caso affermativo, quali fattori rilevino nell'accertare se tale oggettiva giustificazione sia fornita.»

Antefatti del procedimento C-28/93, Van den Akker e altri

5. La signora Van den Akker e le altre ricorrenti nella causa principale nel procedimento C-28/93 sono tutte alla dipendenze di persone giuridiche che fanno parte del gruppo Koninklijke Shell. A tale titolo esse sono iscritte al regime pensionistico aziendale della Stichting Shell Pensioenfonds, convenuta nella causa principale (in prosieguo: il «fondo pensioni»).

Fino al 31 dicembre 1984, il regolamento di tale regime pensionistico operava una distinzione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile nel senso che l'età normale di pensionamento era fissata a 60 anni per i primi e, rispettivamente, a 55 anni per i secondi. Per tale motivo i lavoratori di sesso maschile potevano aderire al regime per cinque anni in più rispetto ai loro colleghi di sesso femminile, il che consentiva loro di costituire una pensione nominale più elevata, benché la costituzione dei diritti a pensione avesse termine, per gli uni e gli altri, nel momento in cui fosse raggiunto il numero massimo di anni di servizio pensionabili.

Tale distinzione è stata soppressa a decorrere dal 1° gennaio 1985: l'età normale di pensionamento è stata fissata per tutti gli iscritti a 60 anni. Inoltre è stato adottato il seguente regime transitorio. I lavoratori di sesso femminile che, il 1° gennaio 1985, erano già iscritti al regime avevano la scelta tra aderire alla nuova disciplina accettando l'innalza-

mento dell'età di pensionamento da 55 a 60 anni, o aderirvi pur mantenendo l'età di pensionamento a 55 anni. La scelta doveva essere effettuata entro il 31 dicembre 1986. In mancanza di una scelta esplicita a favore di un'età di pensionamento fissata a 60 anni, si riteneva che l'interessata avesse optato per un'età di pensionamento fissata a 55 anni. Tutte le ricorrenti nella causa principale hanno optato esplicitamente o implicitamente per il mantenimento dell'età di pensionamento a 55 anni.

6. A seguito della soprammenzionata sentenza Barber il fondo pensioni ha ritenuto necessario modificare il regolamento pensionistico nel senso della soppressione, con effetto al 1° giugno 1991, della possibilità, offerta ai lavoratori di sesso femminile dalla modifica del regolamento operata nel 1985, di mantenere, successivamente al 1° gennaio 1985, l'età di pensionamento a 55 anni.

Al momento di tale modifica, sono state adottate le seguenti norme di compensazione. Si calcola innanzi tutto la diminuzione, risultante dalla modifica del valore in contanti, dei diritti a pensione maturati nel periodo precedente al 17 maggio 1990. Tale diminuzione viene poi compensata, in quanto ogni iscritto può optare entro il 1° dicembre 1991 per una decorrenza anticipata della pensione (corrispondente a tale valore in contanti) senza che venga applicata la deduzione prevista dal regolamento per pensione anticipata. Se non è stata presentata nessuna dichiarazione a tale data, si riteneva che l'interessata avesse scelto la prima opzione.

Secondo l'ordinanza di rinvio, il fondo pensione ha assicurato di riconsiderare la modifica laddove risultasse che la mancanza di attuazione della modifica non comporta alcun rischio di violazione dell'art. 119 del Trattato CEE. Infatti, il fondo pensione teme che, in caso di violazione accertata di tale articolo, se non si attuasse la modifica, i lavoratori di sesso maschile che si trovano nella stessa situazione possano poi reclamare diritti analoghi a quelli che derivano, per i loro colleghi di sesso femminile, dal regime transitorio attuato nel 1985 e, in particolare, optino per un'età di pensionamento fissata a 55 anni.

7. Le ricorrenti nella causa principale ritengono che l'art. 119 e la sentenza Barber non rendono indispensabile la modifica di cui sopra e che pertanto occorre rendere la modifica inoperante. Esse chiedono a tal riguardo una dichiarazione del Kantongerecht dell'Aia (in prosieguo: il «Kantongerecht»).

Il Kantongerecht ha ritenuto necessario sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«A) Se sia incompatibile con l'art. 119 mantenere, in un regime pensionistico adottato nell'ambito di un contratto di lavoro in cui l'età pensionabile è fissata dal 1° gennaio 1985 a 60 anni sia per gli iscritti di sesso maschile sia per quelli di

sesso femminile, l'età pensionabile a 55 anni dopo il 17 maggio 1990 per un determinato gruppo di iscritti di sesso femminile, qualora

a) ciò derivi da una disciplina transitoria (la "disciplina transitoria") adottata il 1° gennaio 1985 (data in cui, con modifica del regolamento, l'età pensionabile, che precedentemente era fissata per gli iscritti di sesso maschile a 60 anni e per gli iscritti di sesso femminile a 55 anni, è stata fissata uniformemente a 60 anni) e

b) la disciplina transitoria si applichi solo agli iscritti (o coloro che hanno chiesto di esserlo) di sesso femminile che sia al 31 dicembre 1984 sia al 1° gennaio 1985 erano alle dipendenze di un datore di lavoro affiliato al convenuto (le "persone svantaggiate"), e

c) la disciplina transitoria prevedesse al tempo stesso che le persone svantaggiate potevano scegliere non più tardi del 31 dicembre 1986 tra un'età pensionabile di 55 anni o di 60 anni.

B) Se per la soluzione della questione A risulti irrilevante che la disciplina transitoria, per i casi in cui non è stata resa nota in tempo una scelta esplicita, preveda che si applichi la originaria età pensionabile di 55 anni oppure che si applichi la generale età pensionabile di 60 anni».

Se l'elevazione dell'età di pensionamento dei lavoratori di sesso femminile a livello di quello dei lavoratori di sesso maschile, in esecuzione della sentenza Barber, sia compatibile con l'art. 119 del Trattato CEE

8. Nonostante le differenze tra le due cause, la questione centrale che la Corte deve affrontare nella fattispecie è la stessa, cioè la questione se e, in caso affermativo, in quale misura, al fine di tener conto delle conseguenze della sentenza Barber, un regime pensionistico aziendale possa adeguare l'età in cui gli interessati possono far valere i loro diritti, elevando l'età di pensionamento dei lavoratori di sesso femminile piuttosto che abbassando quella dei lavoratori di sesso maschile. Risulta in particolare dalla causa Smith che un tale modo di procedere comporta un danno per i lavoratori di sesso femminile, che devono attualmente rimanere più a lungo in servizio per poter aver diritto ad una pensione aziendale ad aliquota piena.

Esaminerò innanzi tutto la questione centrale a livello di principi per dare successivamente una soluzione alle questioni poste nelle due cause.

9. Benché si tratti di un argomento delicato, ritengo che in diritto comunitario la risposta *in via di principio* è piuttosto chiara. Rileverò che una questione analoga è stata sottoposta alla Corte nella causa C-200/91, Coloroll: in tale causa la High Court of Justice (Chancery Division) intende accertare se il principio della parità delle retribuzioni richieda sempre di aumentare le prestazioni previste per quello dei due sessi che è svantaggiato o se sia compatibile con l'art. 119 ridurre le prestazioni previste per l'altro sesso [3]. Nelle mie conclusioni del 28 aprile 1993 nelle cause Ten Oever, Moroni, Neath e Coloroll [4], sulla base della giurisprudenza della Corte, ho operato una distinzione tra le prestazioni di pensione a seconda che esse si basino su discriminazioni avvenute nel passato (dopo la sentenza Barber) o si riferiscano ad attività svolte dopo l'attuazione di un nuovo regime, adeguato (a seguito di questa sentenza) al principio della parità di trattamento. Tale distinzione si impone anche nella fattispecie.

10. Per quanto riguarda prestazioni che sono basate su periodi di attività collocati nel *passato*, ai quali si applicava un regime discriminatorio, nell'attesa di un provvedimento che neutralizzi tale discriminazione, deve essere operata un'*elevazione* delle prestazioni del gruppo di persone dello stesso sesso che è svantaggiato, affinché esse raggiungano il livello di quelle di cui beneficia il gruppo di persone dello stesso sesso che è avvantaggiato. Infatti, secondo la giurisprudenza costante della Corte in materia di discriminazione basata sul sesso, il regime più favorevole deve essere applicato anche al gruppo di persone dello stesso sesso che è meno avvantaggiato, dato che questo regime costituisce il «solo sistema di riferimento valido» per un'attuazione immediata del principio della parità di trattamento [5].

Nell'ambito di applicazione di tale giurisprudenza occorre ovviamente tener conto della limitazione nel tempo della sentenza Barber. Come la Corte ha precisato recentemente nelle sentenze Ten Oever, Moroni e Neath, ciò significa che

«l'efficacia diretta dell'art. 119 del Trattato può essere fatta valere, al fine di richiedere la

3 — Tale questione figura al punto 1, sub 2, iii), nella causa Coloroll.

4 — Conclusioni nelle cause C-109/91, C-110/91, C-152/91 e C-200/91 (Racc. pag. I-4893, in particolare pagg. I-4932 e I-4933, paragrafo 60).

5 — La Corte ha sviluppato per la prima volta questo criterio nella sentenza 20 marzo 1984, cause riunite 75/82 e 117/82, Razzouk e Beydoun (Racc. pag. 1509, punto 19), quanto al diritto della parità di trattamento dei dipendenti delle Comunità europee di sesso femminile e di quelli di sesso maschile. Essa l'ha poi utilizzato per assicurare l'applicazione del principio della parità di trattamento sancito dall'art. 4, n. 1, della direttiva 79/7/CEE (v. riferimento completo alla nota 11), finché il legislatore nazionale non ha assicurato l'attuazione (integrale) di tale direttiva: v., fra l'altro, sentenze 24 giugno 1987, causa 384/85, Borrie Clarke (Racc. pag. 2865, punto 12) e, recentemente, 24 febbraio 1994, causa C-343/92, Roks (Racc. pag. I-571, punto 18). Nelle sentenze Kowalska e Nimz la Corte ha anche applicato tale giurisprudenza nel campo dell'art. 119 del Trattato CEE: sentenze 27 giugno 1990, causa C-33/89, Kowalska (Racc. pag. I-2591, punto 19), e 7 febbraio 1991, causa C-184/89, Nimz (Racc. pag. I-297, punto 18).

parità di trattamento in materia di pensioni aziendali, solo per le prestazioni dovute a titolo di periodi di occupazione successivi al 17 maggio 1990, con riserva della deroga prevista a favore dei lavoratori o dei loro aventi diritto che, prima di tale data, hanno avviato un'azione giudiziaria o presentato un reclamo equivalente in base al diritto nazionale vigente» [6].

In altri termini, nel campo delle pensioni aziendali la giurisprudenza soprammenzionata, relativa al «solo sistema di riferimento valido» può essere applicata solo a periodi di attività successivi al 17 maggio 1990.

11. La situazione si presenta in una maniera fondamentalmente diversa nel caso di prestazioni che si basano su un nuovo regime, adeguato al principio della parità di trattamento e che si riferisce a periodi di attività *futura*, cioè a periodi di attività compiuti dopo l'entrata in vigore di tale regime. Unitamente all'Avdel Systems Limited, al governo del Regno Unito, al governo tedesco e alla Commissione ritengo che il diritto comunitario non si opponga a una diminuzione di simili prestazioni, finché queste prestazioni rimangono fissate ad un livello pari per i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile. Dare una valutazione diversa costituirebbe un'inopportuna intromissione comunitaria in un settore politico che rientra attualmente nella competenza degli Stati membri, i quali, come la Corte ha sottolineato ripetutamente, «dispongono di un margine di valutazione ragionevole per quel che riguarda la natura dei provvedimenti di protezione e le modalità concrete della loro realizzazione» [7].

Contrariamente a quanto sostengono le ricorrenti nelle due cause principali la sentenza Defrenne II non smentisce questa conclusione. È esatto che in tale sentenza la Corte ha dichiarato che, dato l'obiettivo sociale posto a fondamento dell'art. 119 — tale che questo si traduce nel miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della

6 — Sentenze 6 ottobre 1993, causa C-109/91, Ten Oever (Racc. pag. I-4879, punti 30 e 2 del dispositivo); 14 dicembre 1993, causa C-110/91, Moroni (Racc. pag. I-6591, punti 31 e 3 del dispositivo); 22 dicembre 1993, causa C-152/91, Neath (Racc. pag. I-6935, punti 18 e 1 del dispositivo).

7 — Sentenze 12 luglio 1984, causa 184/83, Hofmann (Racc. pag. 3047, punto 27); 7 maggio 1991, causa C-229/89, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-2205, punto 22), e 19 novembre 1992, causa C-226/91, Molenbroek (Racc. pag. I-5943, punto 15). V. anche recentemente la sentenza 24 febbraio 1994, Roks, soprammenzionata (nota 5), nella quale, trattandosi della direttiva 79/7, la Corte ha confermato che quest'ultima «lascia tuttavia intatta la competenza che gli artt. 117 e 118 del Trattato riconoscono agli Stati membri per definire la loro politica sociale nell'ambito di una stretta collaborazione organizzata dalla Commissione e pertanto la natura e l'estensione dei provvedimenti di protezione sociale, ivi compresi quelli in materia di sicurezza sociale, nonché le modalità concrete della loro realizzazione (...)» (punto 28). A mio parere, lo stesso vale per l'art. 119 del Trattato CEE.

mano d'opera prescritta dall'art. 117 [8] —, occorreva «togliere ogni valore all'obiezione secondo la quale detto articolo potrebbe essere osservato anche qualora non venissero aumentate le retribuzioni più modeste» [9]. Come ho già sostenuto nelle conclusioni 28 aprile 1993, soprammenzionate [10], occorre leggere questo punto della motivazione nel suo contesto: la causa principale riguardava una domanda di risarcimento presentata dalla signora Defrenne nei confronti del suo precedente datore di lavoro, la Sabena, a causa di discriminazioni in materia di retribuzioni che riguardavano un'attività che era stata svolta nel corso del decennio precedente. Pertanto occorre ritenere che questo punto della motivazione può riferirsi solo a discriminazioni avvenute *nel passato*, per le quali, come ho segnalato, la Corte richiede che il regime più favorevole si applichi anche al gruppo meno avvantaggiato.

12. Per il resto la tesi che sostengo nella fattispecie è corroborata recentemente dalla sentenza Roks. In tale sentenza il giudice nazionale chiedeva alla Corte se il diritto comunitario si opponesse all'introduzione di una normativa nazionale che — subordinando il mantenimento del diritto ad una prestazione di incapacità lavorativa a una condizione di reddito che si applica ormai sia agli uomini sia alle donne — priva per l'avvenire le donne di diritti che queste derivavano fino ad allora dall'efficacia diretta dell'art. 4, n. 1, della direttiva 79/7/CEE [11]. Riferendosi alla competenza degli Stati membri in materia di politica sociale la Corte ha dichiarato che

«il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro, nel controllare le proprie spese previdenziali, adotti provvedimenti aventi per effetto la revoca nei confronti di talune categorie di persone di prestazioni previdenziali, *a condizione che detti provvedimenti rispettino il principio della parità di trattamento tra uomini e donne, come definito dall'art. 4, n. 1, della direttiva 79/7* (...)» [12].

Lo stesso vale per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 119 del Trattato CE a regimi pensionistici aziendali: questa disposizione richiede senz'altro la parità di retribuzione tra uomini e donne; tuttavia essa non impone un determinato *livello* di prestazioni future di pensione aziendale.

8 — La Corte ha rilevato ripetutamente che, benché essa possa presentare elementi importanti per l'interpretazione di altre disposizioni del diritto comunitario, questa disposizione ha una natura essenzialmente programmatica e l'attuazione di questi obiettivi dev'essere il risultato di una politica sociale che spetta alle autorità competenti definire (v. sentenza 29 settembre 1987, causa 126/86, Giménez Zaera, Racc. pag. 3697, punti 13 e 14). La Corte l'ha confermato più recentemente nella sentenza 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, Sloman Neptun (Racc. pag. I-887, punti 25 e 26), aggiungendo che l'art. 117 non autorizza un controllo giurisdizionale della politica sociale definita dagli Stati membri (punto 27).

9 — Sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, Defrenne II (Racc. pag. 455, punto 15).

10 — Paragrafo 60 delle conclusioni.

11 — Direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, relativa alla progressiva attuazione del principio della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale (GU 1979, L 6, pag. 24).

12 — Sentenza Roks, soprammenzionata, punto 29 (il corsivo è mio) con rinvio alle sentenze 11 giugno 1987, causa 30/85; Teuling (Racc. pag. 2497), e Commissione/Belgio, soprammenzionata (nota 7). Questo principio è effettivamente già formulato in primo luogo al punto 22 della sentenza menzionata e in ultimo luogo al punto 24 della sentenza menzionata, ma senza la frase in corsivo.

Soluzione delle questioni poste nella causa Smith

13. Applicato alla causa Smith, questo ragionamento dà il seguente risultato. Come l'Industrial Tribunal rileva giustamente nella sua prima questione, occorre operare una distinzione fra tre situazioni.

Comincerò con la situazione evocata per ultimo, cioè il fatto di portare a 65 anni l'età di pensionamento dei lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per quanto riguarda le prestazioni di pensione concesse in considerazione degli *anni di attività precedenti al 17 maggio 1990*. La soluzione di diritto comunitario è chiara: una tale operazione non rientra nell'art. 119 del Trattato CE, dato che — quanto meno per quanto riguarda le discriminazioni derivanti da differenze di età di pensionamento — questa disposizione è priva di efficacia diretta per quanto riguarda queste prestazioni e non si può nemmeno menzionare un'altra regola o un altro principio di diritto comunitario che rende necessario l'adeguamento dei regimi pensionistici d'azienda al principio di uguaglianza mediante l'introduzione di un'età comune di pensionamento (più elevata o meno elevata). Comprendo certo la tesi delle ricorrenti nella causa principale e del governo tedesco, secondo cui un'elevazione dell'età di pensionamento può, per le donne, pregiudicare i diritti acquisiti anche nel regime di pensione aziendale modificato successivamente. Tuttavia, data la mancanza di norme di diritto comunitario per il periodo di cui trattasi, questa problematica può essere risolta solo in base al diritto nazionale. Del resto, dalle osservazioni presentate dai governi intervenienti risulta che un certo numero di possibilità sono offerte in diritto nazionale: a tal riguardo il governo del Regno Unito menziona le norme, vigenti nel Regno Unito, del diritto dei contratti e del diritto dei trust, mentre il governo tedesco fa riferimento ai principi di diritto tedesco della tutela del legittimo affidamento e dei diritti acquisiti («Prinzip des Vertrauens-und Bestandsschutz») nonché alla giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht [13]. Occorre aggiungere che l'Advel Systems Limited, ai fini della giustificazione di una modifica retroattiva del regime, non può in alcun modo far valere le conseguenze finanziarie della sentenza Barber dato precisamente che questa sentenza non si applica a periodi di attività ad essa precedenti.

14. Vi è poi l'adeguamento all'età più elevata dell'età di pensionamento per i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per quanto riguarda prestazioni di pensione che sono state acquisite a titolo di *periodi di attività collocati tra il 17 maggio 1990 e la data dell'adeguamento, nella fattispecie il 1° luglio 1991*. Dato che questi periodi di attività si collocano successivamente alla sentenza Barber, occorre applicare integralmente

13 — Ai punti 14 e 15 delle sue osservazioni, il governo tedesco rinvia in particolare a quanto si conviene chiamare la sentenza sulle «pensioni di vedovo» (Witwerrenten-Urteil) del Bundesarbeitsgericht del 5 settembre 1989 (3 AZR 575/88; pubblicata tra l'altro nel *Betriebs-Berater*, 1989, pag. 2400, e in *Der Betrieb*, 1989, pag. 2615), nella quale, trattandosi della tutela dei diritti acquisiti nell'ambito dell'attuazione del principio della parità di trattamento nei regimi particolari di assicurazione delle pensioni di vedovo, viene applicata una «*teoria dei tre livelli*». Secondo questa teoria, un datore di lavoro può introdurre un'uniformazione retroattiva dell'età del pensionamento solo se può dimostrare concretamente l'esistenza a tal fine di *motivi vincolanti* («zwingende Gründe»), quali uno stato di necessità economica, la riduzione di una sovrapproduzione sopravvenuta in maniera non pianificata e una grave violazione dell'obbligo di lealtà.

nella fattispecie la regola derivante dalla giurisprudenza della Corte, secondo cui il principio della parità di trattamento richiede che il regime che si applica al gruppo di persone dello stesso sesso che è più avvantaggiato (nella fattispecie le donne) si applichi al gruppo di persone dello stesso sesso che è il meno avvantaggiato (nella fattispecie gli uomini).

Contrariamente alla Commissione — che ritiene che solo la data di versamento della pensione è rilevante per l'esame della questione se l'art. 119 del Trattato CE sia stato rispettato [14] —, ritengo pertanto che l'art. 119 del Trattato CE non consenta, per prestazioni *acquisite* a titolo di questi periodi di attività, un adeguamento all'età più elevata delle età di pensionamento.

15. Per quanto riguarda infine l'adeguamento all'età più elevata dell'età di pensionamento per prestazioni acquisite a titolo *di periodi di attività successivi alla data dell'adeguamento*, unitamente al governo del Regno Unito ed al governo tedesco, per i motivi precedentemente menzionati (v. paragrafi 11 e 12), ritengo che una tale operazione non sia incompatibile con l'art. 119 del Trattato CE, laddove quanto meno essa rispetti interamente il principio della parità di trattamento.

16. Quest'ultimo punto mi porta alla seconda questione posta dall'Industrial Tribunal: se l'art. 119 del Trattato CE, anche se non si oppone all'adeguamento all'età più elevata delle età pensionabili, imponga al datore di lavoro di limitare il più possibile le ripercussioni negative per le donne le cui prestazioni sono colpite da detto adeguamento. Per quanto riguarda l'adeguamento concernente le prestazioni relative a periodi di attività precedenti al *17 maggio 1990*, la soluzione è chiara: per questo periodo non si possono derivare dall'art. 119 del Trattato CE obblighi per il datore di lavoro.

Non è necessario richiamare dettagliatamente la situazione relativa alle prestazioni che si riferiscono a periodi di attività collocati tra il 17 maggio 1990 e la data dell'adeguamento: come ho già indicato, l'art. 119 si oppone nella fattispecie a un adeguamento all'età più elevata dell'età di pensionamento.

Ma che cosa succede allora per quanto riguarda l'adeguamento per anni di servizio *futuri* (cioè gli anni successivi alla data dell'adeguamento del 1° luglio 1991, prevista nel regime)? La signora Smith e le altre ricorrenti nella causa principale ritengono che nella fattispecie il datore di lavoro è vincolato dal principio di diritto comunitario di proporzionalità. Il metodo scelto per eliminare la discriminazione vietata non potrebbe

14 — All'udienza il difensore delle ricorrenti nella causa Smith ha indicato giustamente che il punto di vista della Commissione non teneva conto delle caratteristiche intrinseche dei regimi pensionistici d'azienda. Infatti, come la Corte ha fatto rilevare nelle sentenze Ten Oever (punto 17), Moroni (punto 29) e Neath (punto 14), menzionate alla nota 6, i regimi pensionistici d'azienda presentano un carattere particolare «consistente in una dissociazione temporale tra la costituzione del diritto a pensione, che si realizza progressivamente durante tutta la carriera del lavoratore, ed il pagamento effettivo della prestazione, che è per contro differito ad un'età determinata».

avere per effetto di diminuire le prestazioni pensionistiche delle donne più di quanto non sia strettamente necessario per soddisfare le necessità dell'impresa. Occorrerebbe inoltre tener conto tra l'altro delle eccedenze di cui dispone il fondo pensioni o di metodi alternativi di finanziamento, quale l'aumento dei contributi, e della maniera in cui, nel passato, il datore di lavoro ha approfittato del mantenimento di un regime pensionistico discriminatorio (tale è il caso della fattispecie, dato che l'Advel Systems Limited non ha più versato contributi dopo il 1° giugno 1989).

Questo argomento non è fondato. L'art. 119 del Trattato CE obbliga il datore di lavoro a sopprimere ogni disparità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile. A mio parere il principio di proporzionalità non può essere fatto valere per pregiudicare l'attuazione di una «regola così fondamentale del diritto comunitario quale quella della parità tra uomini e donne» [15].

17. La terza questione posta nella causa Smith richiede una soluzione solo in considerazione del secondo caso di specie, cioè quello di prestazioni di pensione dei lavoratori che sono basate su periodi di attività che decorrono dal 17 maggio 1990, ma sono precedenti alla data dell'adeguamento del 1° luglio 1991: il datore di lavoro può, per questo periodo, aumentare l'età di pensionamento delle donne e, di conseguenza, diminuire le loro prestazioni *quando* può far valere una giustificazione obiettiva, quale le necessità delle imprese o del regime pensionistico d'azienda?

Sono propenso ad adottare un punto di vista restrittivo al riguardo. Infatti, la durata del periodo di cui trattasi e i costi legati a questa durata sono a disposizione del datore di lavoro stesso: più velocemente il regime pensionistico è adeguato al principio della parità di trattamento, più breve è il periodo durante il quale la regola del «solo sistema di riferimento valido» si applica e, pertanto, più ridotti sono i costi che ne derivano per il datore di lavoro e per il regime pensionistico. Non mi sembra quindi opportuno operare, su tale punto, come sostiene l'Avdel Systems Limited, un'applicazione flessibile dei criteri che la Corte ha sviluppato fra l'altro nella sentenza Bilka per la giustificazione obiettiva di discriminazioni *indirette* [16]. Unitamente al governo del Regno Unito ritengo tuttavia che la Corte non può escludere a priori la possibilità di deroghe obiettivamente giustificate.

18. Tuttavia, una tale possibilità può essere utilizzata solo in situazioni eccezionali, più precisamente per tener conto di circostanze che sono totalmente estranee alla discriminazione basata sul sesso e che rispondono ad una necessità *urgente* che riguarda la sopravvivenza stessa dell'impresa o la solvibilità del suo regime pensionistico d'azienda. Per quanto riguarda la sopravvivenza dell'*im-*

15 — L'espressione proviene dalla sentenza Roks, soprammenzionata, punto 36.

16 — Sentenza 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka (Racc. pag. 1607, punto 36). Questi criteri consistono nel constatare che i mezzi scelti «rispondono ad un'effettiva esigenza dell'impresa, sono idonei a raggiungere l'obiettivo da questa perseguito e sono a tal fine necessari».

presa, mi sembra che un certo numero — ma non la totalità [17] — dei fattori fatti valere tra l'altro dall'Advel Systems Limited dinanzi all'Industrial Tribunal [18] possano essere considerati come tali necessità urgenti: penso ad esempio alla necessità per un'impresa di assicurare la realizzazione degli investimenti vitali o di far fronte a colpi improvvisi che pregiudicano la consistenza del personale [19]. Per quanto riguarda il *regime pensionistico d'azienda*, un'eccezione mi sembra possibile quando un'attuazione illimitata del principio della parità di trattamento compromette gravemente l'equilibrio finanziario [20] del regime di cui trattasi e pertanto la sua solvibilità [21]. Non voglio nemmeno escludere che, a causa dei calcoli attuariali complessi ai quali può dar luogo l'attuazione del principio della parità di trattamento — i casi di specie, ad esempio, richiedono calcoli separati per tre periodi differenti di occupazione —, un regime pensionistico d'azienda possa dare la preferenza ad una concezione alternativa, meno complessa da un punto di vista amministrativo o attuariale, per attuare il principio della parità di trattamento relativamente al periodo di cui trattasi nella fattispecie. Una tale concezione alternativa deve tuttavia far prendere in considerazione i diritti che l'art. 119 ha fatto sorgere a favore dei singoli a decorrere dal 17 maggio 1990, data della pronuncia della sentenza Barber [22].

Va da sé che spetta al giudice nazionale valutare e controllare questi elementi, in particolare stabilire se i motivi di giustificazione fatti valere dal datore di lavoro e/o dal regime pensionistico d'azienda siano estranei ad ogni discriminazione basata sul sesso [23] e non contengano nemmeno limitazioni al principio di parità di trattamento che non siano strettamente necessarie [24].

17 — Così, a mio parere, non occorre prendere in considerazione i fattori di costo che comportano un effetto potenziale generale, quali i costi potenziali, menzionati dall'Advel Systems Limited, collegati ad un aumento limitato dell'indice dei prezzi, e le prospettive di una recessione economica.

18 — Punto 7.4 dell'ordinanza di rinvio.

19 — Advel Systems Limited fa valere a tal riguardo le conseguenze per la consistenza del suo personale di un ricorso massiccio dei lavoratori di sesso maschile (in totale circa il 90% del suo personale) al diritto che sarebbe loro conferito di poter far valere una pensione ad un'aliquota piena all'età di 60 anni.

20 — Il fatto che nella valutazione della giustificazione di discriminazione la Corte sia disposta a prendere in considerazione l'equilibrio finanziario del regime di cui trattasi risulta tra l'altro dalle sentenze 7 luglio 1992, causa C-9/91, Equal Opportunities Commission (Racc. pag. I-4297, punti 15-18; regimi legali di pensione) e 27 ottobre 1993, causa C-338/91, Steenhorst-Neerings (Racc. pag. I-5475, punto 23; regime legale di prestazione di incapacità lavorativa).

21 — Il semplice fatto che l'attuazione del principio della parità di trattamento determini oneri finanziari che comportano taluni effetti per quanto riguarda l'equilibrio finanziario di un regime pensionistico d'azienda non può pertanto costituire di per sé solo un motivo di giustificazione: deve trattarsi di difficoltà *impossibili o quasi impossibili da sormontare*. Se si tratta, in considerazione tra l'altro del termine limitato e della situazione finanziaria di un regime pensionistico (ad esempio la presenza di eccedenze, di riserve, di altri fattori analoghi), di sforzi che sono sormontabili, si può rinviare per analogia alle considerazioni svolte dalla Corte nella sentenza Roks, soprammenzionata (nota 5), relative ai provvedimenti legali di sicurezza sociale: «orbene, se considerazioni di bilancio possono costituire fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e influenzare la natura ovvero l'estensione dei provvedimenti di tutela sociale che esso intende adottare, esse non costituiscono tuttavia di per sé un obiettivo perseguito da tale politica e non possono, pertanto, giustificare una discriminazione a sfavore di uno dei sessi» (punto 35).

22 — V., per quanto riguarda la direttiva 79/7, sentenza 8 marzo 1988, causa 80/87, Dik (Racc. pag. 1601, punto 14).

23 — V. sentenza 13 luglio 1989, causa 171/88, Rinner-Kühn (Racc. pag. 2743, punto 15).

24 — Cfr. il criterio di proporzionalità, come è stato tra l'altro formulato nella sentenza Bilka, punto 36, e nella sentenza Teuling, soprammenzionata (nota 12), punto 18: i mezzi scelti devono essere *idonei* a raggiungere l'obiettivo giustificato e anche essere necessari a tal fine. Ciò comporta non solo che il giudice nazionale esamini, nella fattispecie, se il provvedimento adottato dal datore di lavoro e/o dal regime pensionistico d'azienda sia pertinente, cioè presenti un nesso logico con l'obiettivo perseguito (per un caso in cui la Corte ha ritenuto che tale pertinenza non esisteva, v. sentenza 30 marzo 1993, causa C-328/91, Thomas e a. (Racc. pag. I-1247, punto 16), ma ancora se non esiste alternativa valida per il datore di lavoro e/o il regime pensionistico d'azienda, che limiti meno il principio di parità di trattamento.

Risposta ai quesiti posti nella causa Van den Akker

19. Contrariamente alla causa Smith, la causa Van den Akker riguarda un adeguamento dell'età di pensionamento dei lavoratori di sesso maschile e di quelli di sesso femminile attuato *prima* della sentenza Barber, cioè il 1° gennaio 1985, nell'ambito del quale, durante un periodo limitato (dall'inizio del 1985 alla fine del 1986), gli aderenti di sesso femminile che erano allora iscritti potevano optare per il mantenimento di un'età di pensionamento inferiore. Pertanto, la questione centrale formulata precedentemente (al paragrafo 8) ripresenta nella fattispecie una sfumatura, in quanto l'accento viene messo sugli effetti della sentenza Barber su un regime transitorio convenuto prima di tale sentenza — e anche prima della sentenza Bilka [25] — e cioè se un tale regime transitorio, che è limitato ratione personae e ratione temporis, debba essere abolito. Nel caso del mantenimento di un tale regime transitorio, i lavoratori di sesso maschile possono far valere gli stessi diritti che si applicano ai lavoratori di sesso femminile che, nell'ambito del regime transitorio del 1985, hanno optato per un'età di pensionamento fissata a 55 anni?

20. Le tesi sostenute dalle parti intervenienti dinanzi alla Corte sono divergenti. Le ricorrenti nella causa principale ed il governo dei Paesi Bassi ritengono che l'art. 119 del Trattato CE non si opponga al regime transitorio di cui trattasi. Le prime fanno valere a tal fine in particolare la motivazione della sentenza Barber, nella quale la Corte ha dichiarato che considerazioni imperative di certezza del diritto si oppongono a che situazioni giuridiche che hanno esaurito i loro effetti nel passato siano rimesse in discussione [26]. A loro parere, nella fattispecie, gli effetti delle situazioni giuridiche di cui trattasi si sono esauriti al sopravvenire della data ultima alla quale era possibile optare a favore del regime transitorio, cioè il 31 dicembre 1986. Adottare una tesi diversa porta a tener conto insufficientemente del principio fondamentale della certezza del diritto.

Per contro, secondo il fondo pensioni, dalla sentenza Barber deriva che attualmente il regime transitorio di cui trattasi nella fattispecie è anch'esso vietato. In considerazione del modo in cui la Corte ha limitato nel tempo gli effetti della sentenza Barber, secondo il fondo pensioni, trattandosi di diritti costituiti dopo il 17 maggio 1990, non è più consentito operare una discriminazione mantenendo un'età di pensionamento diversa a seconda del sesso.

La Commissione condivide quest'ultima tesi. Essa ritiene che le ricorrenti nella causa principale non possano opporsi alla soppressione del regime transitorio facendo valere l'art. 119 del Trattato CE. Secondo la Commissione, questa disposizione non si oppone a una riduzione per il futuro delle prestazioni di pensione del gruppo avvantaggiato per riportarle al livello di quelle del gruppo sfavorito, finché tuttavia il principio della parità di trattamento è rispettato. La que-

25 — Soprammenzionata (nota 16).

26 — V. sentenza Barber, soprammenzionata (nota 1), punti 41 e 44.

stione se siano lesi i diritti acquisiti delle ricorrenti è una questione diversa, che in via di principio occorre risolvere in base al diritto nazionale. Per il resto, la Commissione non ritiene di dover modulare il suo punto di vista in base alle circostanze menzionate dal Kantongerecht ai punti a), b) e c) della sua prima questione. Essa ritiene in particolare che la giurisprudenza della Corte in materia di prestazioni di previdenza sociale fornisca pure argomenti a sostegno della tesi secondo cui il principio della parità di trattamento deve essere rigorosamente rispettato anche nell'ambito del regime transitorio di cui trattasi nella fattispecie.

21. Passo ora ad esaminare la giurisprudenza richiamata dalla Commissione. Si tratta di un certo numero di sentenze (Borrie Clarke [27], Dik [28] e Johnson [29]) in cui la Corte si è pronunciata sulla compatibilità con la direttiva 79/7 di disposizioni legislative transitorie — il più sovente inserite in occasione dell'adeguamento della normativa nazionale a queste direttiva — che consentono di prolungare gli effetti di talune norme discriminatorie al di là della scadenza del termine di trasposizione di detta direttiva (23 dicembre 1984) [30]. La Corte ha fermamente ritenuto che un tale atteggiamento fosse incompatibile con la direttiva 79/7. Essa si è basata a tal riguardo innanzi tutto sull'efficacia diretta del divieto delle discriminazioni di cui all'art. 4, n. 1, della direttiva 79/7 e dell'obbligo per gli Stati membri, di cui all'art. 5 di tale direttiva, di sopprimere tutte le disposizioni incompatibili col principio della parità di trattamento [31]. Inoltre la Corte ha sottolineato che

«La direttiva non contempla alcuna deroga al principio della parità di trattamento, insito nell'art. 4, n. 1, della direttiva, per autorizzare la proroga degli effetti discriminatori di norme nazionali già in vigore. Ne consegue che uno Stato membro non può lasciar sussistere, dopo il 22 dicembre 1984, disparità di trattamento dovute al fatto che le condizioni prescritte per l'acquisto del diritto alla prestazione risalgono a un periodo precedente. Il fatto che queste disparità scaturiscano da disposizioni transitorie adottate in concomitanza con l'istituzione di una nuova prestazione non è una circostanza tale da indurre ad una diversa valutazione» [32].

22. Questa giurisprudenza, che richiede l'*efficacia immediata* nel tempo del principio della parità di trattamento deve, come suggerisce la Commissione, essere applicata illimitatamente alla problematica della fattispecie?

27 — Soprammenzionata (nota 5).

28 — Soprammenzionata (nota 22).

29 — Sentenza 11 luglio 1991, causa C-31/90 (Racc. pag. I-3723).

30 — Nella causa Borrie Clarke il Regno Unito difendeva un tale regime transitorio in materia di prestazioni di invalidità sviluppando l'argomento secondo cui occorreva salvaguardare in tal modo le legittime aspettative delle persone che beneficiavano di una prestazione con il precedente regime di non essere private dell'assegno a causa del cambiamento di disciplina (punto 4).

31 — V. sentenze Borrie Clarke, punto 9, e Dik, punto 8.

32 — Sentenza Borrie Clarke, punto 10. V. anche le sentenze Dik, punto 9, e Johnson, punto 32.

Nutro seri dubbi al riguardo. Questi dubbi sono alimentati tra l'altro dal fatto che, contrariamente alla direttiva 79/7, la direttiva 86/378/CEE [33], che applica il principio della parità di trattamento nel campo dei regimi professionali di sicurezza sociale, contiene, all'art. 8, n. 2, la seguente disposizione transitoria:

«La presente direttiva non osta al fatto che i diritti e gli obblighi relativi a un periodo di affiliazione a un regime professionale anteriore alla revisione di tale regime rimangano disciplinati dalle disposizioni del regime in vigore nel corso di tale periodo».

Contrariamente alla direttiva 79/7, la direttiva 86/378 contiene quindi una disposizione esplicita che prevede l'*efficacia differita nel tempo* delle nuove disposizioni normative [34].

23. Perché la direttiva 79/7 non contiene una tale deroga così come la direttiva 86/378? A mio parere, questa differenza si spiega principalmente col fatto che la prima di queste direttive riguarda i regimi *legali* [35] di sicurezza sociale, cioè, così come si è espressa la Corte,

«i regimi o prestazioni di sicurezza sociale, come ad esempio le pensioni di vecchiaia, disciplinati direttamente dalla legge, ad esclusione di ogni elemento di concertazione nell'ambito dell'impresa o del settore professionale interessato, e obbligatoriamente applicabili a categorie generali di lavoratori» [36].

Per quanto riguarda tali regimi si applica, in generale, il principio dell'effetto immediato della nuova legge [37]. Inoltre non bisogna perdere di vista che i) gli Stati membri disponevano di sei anni per adeguare le loro disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative [38], e ii) nel campo delle pensioni di anzianità e di vecchiaia, questa diret-

33 — Direttiva del Consiglio 24 luglio 1986, 86/378/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale (GU L 225, pag. 40).

34 — La proposta iniziale della Commissione non conteneva questo regime transitorio. Tuttavia, all'art. 10, la proposta conteneva un regime transitorio analogo relativo all'utilizzo di elementi di calcolo attuariale diversi a seconda del sesso.

35 — V. l'art. 3, n. 1, lett. a), della direttiva 79/7 e il secondo 'considerando' del preambolo della direttiva. L'art. 3, n. 1, lett. b), prevede che la direttiva si applica anche alle disposizioni concernenti l'aiuto sociale, in quanto esse sono destinate a completare i regimi di cui alla lett. a) o a sostituirli.

36 — Sentenza Ten Oever, soprammenzionata (nota 6), punto 9, con rinvio alla sentenza 25 maggio 1971, causa 80/71, Defrenne I (punto 7). V. anche la sentenza Moroni, soprammenzionata (nota 6), punto 14. Confrontare la definizione che in una giurisprudenza costante la Corte dà della nozione di «prestazioni di sicurezza sociale» ai sensi del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori salariati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità (GU L 149, pag. 2), cioè una prestazione che «è concessa, al di fuori di ogni valutazione individuale e discrezionale delle necessità personali, ai beneficiari sulla base di una situazione legalmente definita (e che) si riferisce a uno dei rischi elencati esplicitamente all'art. 4, n. 1, del regolamento n. 1408/71» (v. tra altre sentenze 16 luglio 1992, causa C-78/91, Hughes, Racc. pag. I-4839, punto 15, e 10 marzo 1993, causa C-111/91, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-817, punto 29).

37 — Per la ragion d'essere di tale applicabilità immediata, vedi l'opera classica di Roubier, P.: Le droit transitoire, Parigi, Dalloz, 1960, pagg. 340 e seguenti.

38 — V. art. 8, n. 1, della direttiva 79/7.

tiva prevede una deroga relativa alla fissazione dell'età di pensionamento la cui validità non è stata mai messa in dubbio dalla Corte [39].

Per contro, nel caso dei regimi pensionistici d'azienda, ci si trova nel settore *convenzionale*. In tale settore il diritto transitorio è soggetto a considerazioni diverse rispetto a quello dei regimi legali che hanno portata generale, quali il rispetto dell'autonomia della volontà delle parti e dell'equilibrio contrattuale raggiunto. Generalmente, trattandosi di convenzioni, si ammette l'efficacia differita della nuova legge rispetto alla legge precedente, in quanto l'applicazione immediata della nuova norma deve essere garantita solo laddove l'interesse generale sia gravemente pregiudicato dal prolungamento delle situazioni nate quando vigeva il precedente diritto [40].

24. Il principio dell'efficacia differita di una nuova legge mi sembra del tutto appropriato nel caso di situazioni convenzionali che si prolungano nel futuro. Tuttavia, ritengo che questo principio non debba essere applicato nella fattispecie, in considerazione della giurisprudenza della Corte e più in particolare delle sentenze Defrenne II e Barber. Nella prima di queste sentenze la Corte ha dichiarato che

«dato che l'art. 119 è di natura imperativa, il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile riguarda infatti non solo le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure per i contratti fra singoli» [41].

Pertanto l'applicazione diretta (e in via di principio immediata nel tempo) dell'art. 119 a regimi orizzontali ed in particolare convenzionali è stata ammessa.

Nella sentenza Barber, come del resto nella sentenza Defrenne II, la Corte ha tuttavia limitato questa applicazione immediata limitando l'efficacia di tale sentenza nel tempo, il che ha avuto come conseguenza di conferire a questa disposizione un effetto temporale differito. Mi sembra che procedendo in tal modo, con l'istituzione di un regime transitorio giurisprudenziale, la Corte abbia attuato essa stessa la ponderazione, costituendo il fondamento del principio dell'effetto differito, dell'interesse generale comunitario (ed in particolare della necessità di un'applicazione uniforme e generale del diritto comunitario) e dell'interesse particolare (specialmente della certezza giuridica e della tutela dei rapporti contrattuali nati in buona fede). È quindi questo regime transitorio, contenuto nella sentenza Barber, che

39 — V. sentenza Equal Opportunities Commission, soprammenzionata (nota 20), confermata nella sentenza Thomas e a., soprammenzionata (nota 24), punto 9.

40 — V. tra l'altro Chabas, F. in Mazeaud, Mazeaud e Chabas: Leçons de droit civil, I, Introduction à l'étude du droit, Parigi, Montchrestien, 1991, 147, pagg. 197 e 198; Ghestin, J., e Goubeaux, G.: Traité de droit civil. Introduction générale, Parigi, LGDJ, 1990, 373, pagg. 333 e 334; Roubier, P.: Le droit transitoire, pagg. 380 e seguenti.

41 — Sentenza Defrenne II, soprammenzionata (nota 9), punto 39, confermata successivamente in una giurisprudenza costante, tra l'altro nelle sentenze 27 giugno 1990, Kowalska, soprammenzionata (nota 5), punto 12, e 7 febbraio 1991, Nimz, soprammenzionata (nota 5), punto 17 (in quest'ultima sentenza, unicamente per quanto riguarda contratti collettivi di lavoro).

occorre applicare ai fini dell'interpretazione dell'art. 119 del Trattato CE nel campo dei regimi pensionistici d'azienda.

25. In concreto questa constatazione comporta le seguenti implicazioni. Dato che, in virtù della sentenza Barber, l'efficacia diretta dell'art. 119 del Trattato CE può essere fatta valere solo per periodi di attività successivi al 17 maggio 1990, i lavoratori di sesso maschile del gruppo Koninkljke Shell non possono in alcun modo far valere l'incompatibilità del regime transitorio con l'art. 119 del Trattato CE per periodi di occupazione precedenti alla sentenza Barber. Va da sé anche che i lavoratori di sesso femminile i quali, nell'ambito del regime transitorio, hanno optato per il mantenimento a 55 anni dell'età di pensionamento e che hanno raggiunto questa età prima della sentenza Barber non sono interessati dalla sentenza soprammenzionata: il loro caso è precisamente quello che la Corte aveva preso in considerazione al punto 44 della sentenza Barber, cioè il caso in cui

«considerazioni tassative di certezza del diritto ostano alla rimessa in discussione di rapporti giuridici che hanno esaurito i loro effetti nel passato».

26. Contrariamente alle ricorrenti nella causa principale ritengo tuttavia che *non* è possibile considerare la situazione dei lavoratori di sesso femminile i quali, nell'ambito del regime transitorio, hanno optato a favore di un'età di pensionamento fissata a 55 anni, ma che non avevano ancora raggiunto tale età all'epoca della sentenza Barber, come una situazione «che ha esaurito i suoi effetti nel passato»: infatti, i loro diritti a pensione continuano o hanno continuato a costituirsi dopo la sentenza Barber. Per quanto riguarda periodi di attività compiuti da questi lavoratori e dai loro colleghi di sesso maschile dopo il 17 maggio 1990, occorre applicare illimitatamente l'ultima frase del punto 44 della sentenza Barber, in cui la Corte ha esplicitamente escluso un'efficacia differita della nuova interpretazione dell'art. 119:

«Va precisato infine che non può essere ammessa alcuna limitazione degli effetti di detta interpretazione per quanto riguarda il diritto alla pensione a decorrere dalla data della presente sentenza» [42].

27. Come riteneva giustamente il fondo pensione, il regime transitorio doveva quindi essere adeguato per tener conto delle conseguenze della sentenza Barber [43]. Per i periodi di attività collocati tra il 17 maggio 1990 e il 1° giugno 1991, data della modifica del regolamento pensionistico, trova applica-

42 — Precisando l'efficacia nel tempo della sentenza Barber nelle sentenze Ten Oever (punto 19), Moroni (punto 31) e Neath (punto 16), soprammenzionate (nota 6), la Corte ha rinviato esplicitamente alla motivazione del punto 44 della sentenza Barber.

43 — A tal fine il fondo pensione sviluppa ancora un altro argomento, cioè il fatto che al punto 32 della sentenza Barber la Corte ha dichiarato che «l'art. 119 vieta qualsiasi discriminazione in materia di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, *quale che sia il meccanismo* che genera questa ineguaglianza» (punto 32, il corsivo è mio). Non credo sia necessario risolvere qui la questione se occorra attribuire a questo passo l'interpretazione data dal fondo pensioni. Infatti, questo passo deve essere letto unitamente alla seconda frase di questo punto, da cui risulta che la Corte ritiene che la circostanza che un'età di pensionamento differente a seconda del sesso nell'ambito di un regime pensionistico d'azienda convenzionalmente escluso è basata sul regime legale di pensione non giustifica una tale discriminazione.

zione la norma sopra citata del «solo sistema di riferimento valido» (sopra, paragrafo 10). Per i periodi di attività successivi, l'elevazione dell'età di pensionamento dei lavoratori di sesso femminile che rientrano nel regime transitorio, affinché essa raggiunga il livello dell'età di pensionamento dei lavoratori di sesso maschile, è compatibile con l'art. 119 del Trattato CE, laddove nella fattispecie il principio della parità di trattamento sia interamente rispettato (sopra, paragrafo 11).

28. Per quanto riguarda la questione dell'elevazione retroattiva dell'età di pensionamento dei lavoratori di sesso femminile relativamente a periodi di occupazione collocati tra la sentenza Barber e la data dell'adeguamento dell'età di pensionamento, posso rinviare alla soluzione data nella causa Smith (sopra, paragrafo 17). Le parti non hanno richiamato questo problema nella fattispecie, a causa forse del regime di compensazione attuato dal fondo pensione (sopra, paragrafo 6).

Conclusione

29. Propongo alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali proposte nelle presenti cause nel modo seguente:

Nelle due cause:

«Il fatto per un datore di lavoro, a seguito della sentenza della Corte 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber (Racc. pag. I-1889), nell'ambito di un regime professionale di pensioni, di elevare l'età di pensionamento dei lavoratori di sesso femminile per periodi di lavoro collocati nel futuro, affinché essa raggiunga quella dei lavoratori di sesso maschile, non è incompatibile con l'art. 119 del Trattato CE, quanto meno laddove il principio della parità delle retribuzioni tra uomini e donne, inserito nella disposizione soprammenzionata, sia pienamente rispettato. Data la limitazione nel tempo dell'efficacia della sentenza Barber, il diritto comunitario non si oppone nemmeno all'esecuzione di una tale operazione per periodi di attività precedenti al 17 maggio 1990. Il diritto comunitario si oppone tuttavia all'esecuzione di una tale operazione per quanto riguarda i periodi di attività collocati tra il 17 maggio 1990 e la data dell'adeguamento. Per questi ultimi periodi di attività, il principio della parità di trattamento deve essere realizzato applicando le regole di cui beneficiano i membri del gruppo più avvantaggiato di persone dello stesso sesso ai membri del gruppo meno avvantaggiato di persone dello stesso sesso».

Nella causa C-408/92, Smith e a.:

«1) L'art. 119 del Trattato CE non comporta, in nessuno dei tre casi di specie soprammenzionati, l'obbligo indicato dall'Industrial Tribunal nella sua seconda questione.

2) Nel terzo caso di specie descritto dall'Industrial Tribunal, ai fini dell'attuazione del principio della parità di trattamento, è possibile, ma unicamente in casi eccezionali, tener conto di situazioni che sono totalmente estranee ad una discriminazione basata sul sesso e che rispondono ad una necessità urgente che riguarda la sopravvivenza stessa dell'impresa o la solvibilità del suo regime pensionistico professionale. Spetta al giudice nazionale esaminare questi elementi e controllare che il principio della parità di trattamento non sia limitato più di quanto non sia strettamente necessario».

Nella causa C-28/93, Van den Akker e a.:

«Data la sentenza Barber, il fatto, nell'ambito di un regime pensionistico d'azienda, per quanto riguarda periodi di attività successivi al 17 maggio 1990, di lasciare l'età di pensionamento fissata a 55 anni per un gruppo limitato di aderenti di sesso femminile i quali, in tale data, non hanno ancora raggiunto l'età di pensionamento, mentre per i lavoratori di sesso maschile l'età di pensionamento è fissata a 60 anni, è incompatibile con l'art. 119 del Trattato CE. Tale conclusione non è pregiudicata dalla circostanza secondo cui questa situazione rientra in un regime transitorio convenuto prima della sentenza Barber».