CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL WALTER VAN GERVEN

apresentadas em 4 de Maio de 1994 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Os presentes processos prejudiciais inscrevem-se na sequência do acórdão de 17 de Maio de 1990, Barber, no qual, como é sabido, o Tribunal de Justiça declarou que:

«o artigo 119.° do Tratado obsta a que um homem despedido por razões económicas só tenha direito a uma pensão cujo pagamento é diferido até à idade normal de reforma, enquanto uma mulher, nas mesmas condições, tem imediatamente direito a uma pensão de reforma, em resultado da aplicação de uma condição de idade que difere consoante o sexo, idêntica à prevista no regime legal nacional para a concessão de pensões de reforma» [1].

Resulta, portanto, do acórdão Barber que tais discriminações em regimes profissionais de reforma devem ser suprimidas. Os presentes processos articulam-se em torno da questão da *forma* como esta supressão deve ser operada. Os dois regimes de pensão em discussão optaram por um alinhamento da idade normal de reforma dos trabalhadores femininos pela dos trabalhadores masculinos.

Antecedentes do processo C-408/92, Smith e o.

2. C. Smith e as outras autoras no processo principal no processo C-408/92 estavam ou estão ainda inscritas num regime de reforma convencionalmente excluído, o Avdel Pension & Life Assurance Plan (a seguir «regime»), gerido pelo seu empregador, a Avdel Systems Limited.

O regime é financiado por cotizações do empregador e pela cotização dos trabalhadores, que é de 5% do salário que serve de base ao cálculo da pensão, menos os impostos. O regime confere aos inscritos o direito a uma pensão a partir do momento em que atinjam a idade normal de reforma ou a possibilidade de converter uma parte da pensão anual num montante em dinheiro isento de impostos. Em certas condições, podem igualmente

* Língua original: neerlandês.

1 — C-262/88, Colect., p. I-1889, n.° 35 e n.° 3 da parte decisória.

transferir para o regime o valor do direito a pensão adquirido no quadro de um emprego anterior.

Antes de 1 de Julho de 1991, o regime estabelecia como idade normal de reforma 65 anos para os homens e 60 anos para as mulheres. As regras do regime foram modificadas, a partir de 1 de Julho de 1991, e prevêem desde então uma idade normal de reforma uniforme aos 65 anos para os homens e para as mulheres. Segundo o despacho de reenvio, a alteração aplica-se quer aos benefícios obtidos a título de anos de trabalho posteriores a 1 de Julho de 1991, quer aos benefícios obtidos a título de anos de trabalho anteriores a 1 de Julho de 1991. As consequências da alteração são, mais concretamente, as seguintes:

a) se uma mulher se reformar com 60 anos a sua pensão sofrerá uma redução actuarial de 4% por cada ano de diferença entre a data da sua reforma e a data em que atingirá os 65 anos. Segundo as regras anteriores, receberia uma pensão completa;

b) se uma mulher deixar de estar inscrita no regime antes de ter atingido a idade normal de reforma, ou seja, 65 anos, o direito à pensão já constituído e susceptível de ser transferido para outro regime convencional ou utilizado na aquisição de uma apólice de seguro é calculado com base na idade normal de reforma de 65 anos, e

c) se uma mulher se reformar com 60 anos, as prestações de pensão adquiridas em virtude de um emprego anterior com base numa idade de reforma aos 60 anos sofrerão uma redução actuarial de 4% por cada ano de diferença entre a data da sua reforma e a data em que atingirá a idade de 65 anos. Contudo, o montante total das prestações de reforma não pode ser inferior ao nível da garantia dada, em termos monetários, no momento em que o direito em causa tiver sido transferido para o regime. Esta regra pode ter por efeito limitar a redução global líquida destas prestações.

3. 78 trabalhadores femininos propuseram uma acção contra estas novas regras no Bedford Industrial Tribunal (a seguir «Industrial Tribunal»). A sua acção tem como fundamento, em especial, o artigo 119.° do Tratado CE. Foi acordada entre as partes a selecção de cinco casos individuais considerados representativos. Estes casos podem ser divididos nas seguintes três categorias:

a) trabalhadores femininos que se reformaram após 1 de Julho de 1991, entre os 60 e os 65 anos. É o caso das Sr.as C. Smith, Ball e McHugh. Por aplicação das novas

regras, as suas reformas sofreram uma redução, respectivamente, de 20%, 8,3% e 11,28%;

b) trabalhadores femininos ainda ao serviço, que transferiram para o regime os direitos a pensão adquiridos num emprego anterior. É o caso da Sr.ª Parker. No caso de estas trabalhadoras se reformarem entre os 60 e os 65 anos, os seus direitos de pensão sofrerão a redução actuarial já referida de 4% por cada ano até ao seu 65.° aniversário, com reserva da garantia dada, em termos monetários, como já se indicou acima, e

c) trabalhadores femininos ainda ao serviço, mas já não inscritos no regime. É a situação da Sr.ª Vance, que deixou voluntariamente o regime. Ela tem direito a uma prestação diferida em função do direito que constituiu no decurso da sua filiação no regime, sendo todavia o valor desta pensão calculado com base numa idade normal de reforma de 65 anos [2].

4. Por despacho de 2 de Novembro de 1992, o Industrial Tribunal suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal as seguintes questões prejudiciais:

«1) Quando um regime profissional de pensões prevê idades normais de reforma diferentes para homens e mulheres (65 e 60, respectivamente) e um empregador tenta, à luz do decidido no processo Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group, eliminar essa distinção, é incompatível com o disposto no artigo 119.° do Tratado que o empregador adopte a idade de 65 anos como idade comum de reforma para homens e mulheres,

i) relativamente às prestações do regime de reforma recebidas pelos trabalhadores e baseadas em anos de serviço depois da data da uniformização, ou seja, 1 de Julho de 1981?

ii) relativamente às prestações do regime de reforma recebidas pelos trabalhadores e baseadas em anos de serviço em ou depois de 17 de Maio de 1990 mas antes da data de uniformização, em 1 de Julho de 1991?

2 — O despacho de reenvio menciona ainda uma quarta categoria, a saber, os trabalhadores femininos que estavam inscritos no regime, mas que entretanto faleceram. Como nenhum dos processos se refere a essa hipótese, não tomaremos essa categoria em consideração.

iii) relativamente às prestações do regime de reforma recebidas pelos trabalhadores e baseadas em anos de serviço anteriores a 17 de Maio de 1990, quando a data de uniformização foi 1 de Julho de 1991?

2) Se a resposta a toda ou parte da questão 1 *supra* for negativa, o artigo 119.° impõe ao empregador alguma obrigação de minimizar as consequências negativas para as mulheres cujas prestações são afectadas pela decisão do empregador de eliminar a diferença nas idades de reforma?

3) Se a resposta a toda ou parte da questão 1 *supra* for afirmativa, o empregador pode, nos termos do artigo 119.°, invocar o princípio das causas objectivas relativamente às necessidades da empresa ou às necessidades do regime de reforma, como justificação para a redução das prestações pagas às mulheres, e, se assim for, quais os factores relevantes para apurar se essa justificação objectiva existe?»

Antecedentes do processo C-28/93, Van den Akker e o.

5. Van den Akker e as outras autoras do processo principal no processo C-28/93 são todas trabalhadoras de pessoas colectivas que fazem parte do grupo Koninklijke Shell. A este título, estão inscritas no regime profissional de reforma da Stichting Shell Pensioenfonds, ré no processo principal (a seguir «fundo de pensões»).

Até 31 de Dezembro de 1984, o regulamento deste regime de pensões estabelecia uma distinção entre os trabalhadores do sexo masculino e os trabalhadores do sexo feminino, na medida em que a idade normal de reforma estava fixada, respectivamente, em 60 anos para os primeiros e 55 anos para os segundos. Por esta razão, os trabalhadores do sexo masculino podiam aderir ao regime durante mais cinco anos do que as suas colegas, o que lhes permitia constituir uma pensão nominal mais elevada, dado que a constituição do direito a pensão terminava, em ambos os casos, a partir do momento em que fosse atingido o número máximo de anos de serviço.

Esta distinção foi suprimida a partir de 1 de Janeiro de 1985: a idade normal de reforma foi fixada para todos os filiados em 60 anos. Foi ainda adoptado o seguinte regime transitório: os trabalhadores do sexo feminino que, em 1 de Janeiro de 1985, estavam já inscritos no regime tinham a possibilidade de escolher

entre a adesão à nova regulamentação aceitando a elevação da idade de reforma dos 55 para os 60 anos, e a adesão mantendo a idade de reforma aos 55 anos. A escolha devia ser exercida, o mais tardar, até 31 de Dezembro de 1986. Na falta de uma escolha expressa a favor da idade de reforma aos 60 anos, presumia-se que a interessada tinha optado pela idade de reforma aos 55 anos. Todas as autoras no processo principal optaram, expressa ou tacitamente, pela manutenção da idade de reforma aos 55 anos.

6. Na sequência do acórdão Barber, já referido, o fundo de pensões considerou necessário modificar o regulamento de pensão no sentido da supressão, com efeitos a partir de 1 de Junho de 1991, da possibilidade conferida aos trabalhadores femininos pela modificação introduzida no regulamento em 1985 de manterem, após 1 de Janeiro de 1985, a idade de reforma aos 55 anos.

No momento desta modificação, foram criadas as seguintes regras de compensação. Calcula-se em primeiro lugar a diminuição resultante da modificação do valor actual do direito à pensão constituído no período anterior a 17 de Maio de 1990. Essa diminuição é seguidamente compensada, podendo cada aderente optar, o mais tardar até 1 de Dezembro de 1991, pela reforma antecipada (correspondente a esse valor actual) sem aplicação da dedução regulamentar devida por antecipação da reforma. Não sendo apresentada qualquer declaração até àquela data, considera-se que o interessado escolheu a primeira opção.

Segundo o despacho de reenvio, o fundo de pensões deu garantias de revisão da alteração, na medida em que se demonstre que a sua não aplicação não pode dar origem ao risco de violação do artigo 119.° do Tratado CE. Com efeito, o fundo de pensões receia que, em caso de se verificar violação desta disposição, se não se efectuar a alteração, os trabalhadores masculinos que se encontram na mesma situação possam exigir os mesmos direitos que os decorrentes do regime transitório iniciado em 1985 para as suas colegas e, em particular, optem por uma idade de reforma de 55 anos.

7. As autoras no processo principal consideram que o artigo 119.° e o acórdão Barber não tornam indispensável aquela alteração e que, assim, ela deve ser declarada inoperante. Elas pretendem uma declaração para esse efeito do Kantongerecht te 's-Gravenhage (a seguir «Kantongerecht»).

O Kantongerecht considerou necessário submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«A) É incompatível com o artigo 119.° do Tratado CEE, em relação a um regime de pensões adoptado no âmbito de um contrato de trabalho, nos termos do qual, a partir de 1 de Janeiro de 1985, a idade de reforma foi fixada aos 60 anos,

tanto para os seguradosmasculinos como para os femininos,manter, a partir de 17 de Maio de 1990, a idade de reforma aos 55 anos para um grupo limitado de segurados femininos, quando

a) isso resulta de um regime transitório adoptado em 1 de Janeiro de 1985 (data em que foi introduzida uma alteração no regulamento, que equiparou e fixou aos 60 anos as idades de reforma, que anteriormente estavam fixadas aos 60 anos para os segurados masculinos e aos 55 para os femininos) (regime transitório),

b) o regime transitório seja apenas aplicável aos segurados (ou aos que tenham pedido para o ser) femininos que, quer em 31 de Dezembro de 1984, quer em 1 de Janeiro de 1985, fossem trabalhadores de um empregador aderente ao regime da recorrida ('as prejudicadas'), e

c) o regime transitório estabeleça simultaneamente que as prejudicadas podem optar entre a idade de reforma aos 60 anos ou aos 55, opção que deviam fazer (o mais tardar) dentro de determinado prazo, que já expirou em 31 de Dezembro de 1986?

B) Para efeitos da resposta à questão A, tem qualquer relevância que, quando não se tenha, dentro do prazo, feito explicitamente uma opção, o regime transitório estabeleça que será aplicável a idade de reforma aos 55 anos, ou que seja aplicável a idade de reforma comum aos 60 anos?»

A elevação da idade de reforma dos trabalhadores femininos para o nível dos trabalhadores masculinos, em execução do acórdão Barber, é compatível com o artigo 119.° do Tratado CE?

8. Mau grado as diferenças entre os dois processos, a questão central com que o Tribunal de Justiça se encontra confrontado é a mesma, ou seja, a questão de saber se, e, na afirmativa, em que medida, para ter em conta as consequências do acórdão Barber, um regime contratual de pensões pode alinhar a idade em que os interessados podem exercer os seus direitos elevando a idade de reforma dos trabalhadores femininos em vez de baixar a dos trabalhadores masculinos. Decorre em particular do processo Smith que tal método implica um prejuízo para os trabalhadores femininos, que têm de permanecer mais tempo ao serviço para poderem ter direito a uma pensão profissional a taxa completa.

Passarei a analisar esta questão central em primeiro lugar no plano dos princípios, para seguidamente dar uma resposta às questões colocadas nos dois processos.

9. Muito embora se trate de uma questão delicada, sou de opinião de que, no plano do direito comunitário, a resposta *de princípio* é bastante clara. Uma questão semelhante foi colocada ao Tribunal no processo C-200/91, Coloroll: neste caso, a High Court of Justice (Chancery Division) pretende saber se o princípio da igualdade das remunerações exige sempre o aumento das prestações previstas para o sexo prejudicado ou se é compatível com o artigo 119.° reduzir as prestações previstas para o outro sexo [3]. Nas minhas conclusões de 28 de Abril de 1993 nos processos Ten Oever, Moroni, Neath e Coloroll [4], fiz, com base na jurisprudência do Tribunal, uma distinção entre as prestações de pensão consoante elas se baseiem em discriminações praticadas no passado (após o acórdão Barber) ou se refiram a actividades exercidas após a aplicação do novo regime, adaptado (na sequência daquele acórdão) ao princípio da igualdade de tratamento. Esta distinção impõe-se também no presente caso.

10. Quanto às prestações baseadas em períodos de actividade situados no *passado*, aos quais se aplicava um regime discriminatório, na expectativa de uma medida que neutralize esta discriminação, deve ser efectuada a *elevação* das prestações das pessoas do sexo que é prejudicado, a fim de atingirem o nível daquelas que recebem as pessoas do sexo beneficiado. Com efeito, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça em matéria de discriminação baseada no sexo, o regime mais favorável deve ser aplicado igualmente às pessoas do sexo que é menos beneficiado, dado que este regime «constitui o único sistema de referência válido» para uma aplicação imediata do princípio da igualdade de tratamento [5].

No quadro da aplicação desta jurisprudência, deve evidentemente ter-se em conta a limitação no tempo do acórdão Barber. Como o Tribunal de Justiça precisou recentemente nos acórdãos Ten Oever, Moroni e Neath, isto significa que:

«o efeito directo do artigo 119.° do Tratado só pode ser invocado, a fim de se exigir a

3 — Esta questão figura no ponto 1., 2), iii) das questões do processo Coloroll.

4 — Conclusões nos processos C-109/91, C-110/91, C-152/91 e C-200/91 (Colect. 1993, pp. I-4932 e I-4933, n.° 60).

5 — O Tribunal de Justiça desenvolveu, pela primeira vez, este critério no acórdão de 20 de Março de 1984, Razzouk e Beydoun (75/82 e 117/82, Recueil, p. 1509, n.° 19), quanto ao direito à igualdade de tratamento de funcionários europeus do sexo masculino e do sexo feminino. Utilizou-o depois para assegurar a aplicação do princípio da igualdade de tratamento consagrado pelo artigo 4.°, n.° 1, da Directiva 79/7 (v. referência completa na nota 11), enquanto o legislador nacional não assegurou a aplicação (integral) desta directiva: v., entre outros, os acórdãos de 24 de Junho de 1987, Borrie Clarke (384/85, Colect. p. 2865, n.° 12), e, recentemente, de 24 de Fevereiro de 1994, Roks (C-343/92, Colect., p. I-587, n.° 18). Nos acórdãos Kowalsa e Nimz, o Tribunal de Justiça aplicou igualmente esta jurisprudência no domínio do artigo 119.° do Tratado CE: acórdãos de 27 de Junho de 1990, Kowalska (C-33/89, Colect., p. I-2591, n.° 19), e de 7 de Fevereiro de 1991, Nimz (C-184/89, Colect., p. I-297, n.° 18).

igualdade de tratamento em matéria de pensões profissionais, para as prestações devidas a título de períodos de emprego posteriores a 17 de Maio de 1990, com reserva da excepção prevista a favor dos trabalhadores ou dos seus sucessores que, antes dessa data, tiverem proposto uma acção judicial ou feito uma reclamação equivalente segundo o direito nacional aplicável» [6].

Noutros termos, no domínio das pensões profissionais, a jurisprudência atrás mencionada, relativa ao «único sistema de referência válido», só pode ser aplicada aos períodos de actividade posteriores a 17 de Maio de 1990.

11. A situação configura-se de forma essencialmente diferente no caso de prestações que tenham como base um novo regime, adaptado ao princípio da igualdade de tratamento e relativo a períodos de actividade *futuros*, ou seja, a períodos de actividade cumpridos após a entrada em vigor desse regime. Tal como a Avdel Systems Limited, o Governo do Reino Unido, o Governo alemão e a Comissão, sou de opinião de que o direito comunitário não se opõe a uma diminuição destas prestações, desde que elas sejam fixadas a um nível igual para os trabalhadores masculinos e femininos. Emitir uma opinião diferente constituiria uma intrusão comunitária inoportuna num domínio político que entra actualmente na competência dos Estados-membros, os quais, como iterativamente tem sublinhado o Tribunal de Justiça, «dispõem de uma margem de apreciação razoável no que diz respeito à natureza das medidas de protecção e às modalidades concretas da sua realização» [7].

Contrariamente ao que as autoras nos dois processos principais sustentam, o acórdão Defrenne II não desmente esta conclusão. É exacto que, neste acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que, dado o objectivo social em que se enquadra o artigo 119.° — que se traduz na melhoria das condições de vida e de trabalho da mão-de-obra, prescrita pelo

6 — Acórdãos de 6 de Outubro de 1993, Ten Oever (C-109/91, Colect., p. I-48/79, n.° 20 e n.° 2 da parte decisória); de 14 de Dezembro de 1993, Moroni (C-110/91, Colect., p. I-6591, n.° 31 e n.° 3 da parte decisória); de 22 de Dezembro de 1993, Neath (C-152/91, Colect., p. I-6953, n.° 18 e n.° 1 da parte decisória).

7 — Acórdãos de 12 de Julho de 1984, Hofmann (184/83, Recueil, p. 3407, n.° 27); de 7 de Maio de 1991, Comissão/Bélgica (C-229/89, Colect., p. I-2205, n.° 22), e de 19 de Novembro de 1992, Molenbroek (C-226/91, Colect., p. I-5943, n.° 15). V. ainda, recentemente, o acórdão de 24 de Fevereiro de 1994, Roks, já referido na nota 5, no qual, relativamente à Directiva 79/7, o Tribunal de Justiça confirmou que esta «deixa contudo intacta a competência que os artigos 117.° e 118.° do Tratado reconhecem aos Estados-membros para, no quadro de uma colaboração estreita organizada pela Comissão, definirem a sua política social e, em consequência, a natureza e o alcance das medidas de protecção social, incluindo o sector da segurança social, bem como as modalidades concretas da sua execução...» (n.° 28). Em minha opinião, o mesmo se aplica ao artigo 119.° do Tratado CE.

artigo 117.° [8] — tinha de se «afastar a objecção baseada em que este artigo podia ser cumprido de forma diferente da elevação dos salários menos elevados» [9]. Como afirmei nas minhas conclusões de 28 de Abril de 1993, supracitadas [10], esse fundamento do acórdão deve ser lido no seu contexto: o processo principal tinha como objecto um pedido de indemnização formulado por Gabrielle Defrenne contra o seu antigo empregador, a Sabena, em virtude de discriminações salariais relativas a actividade profissional exercida no decurso do decénio precedente. Assim, este fundamento tem de ser considerado como aplicável apenas a discriminações ocorridas *no passado* relativamente às quais, como vimos, o Tribunal de Justiça exige que o regime mais favorável se aplique igualmente ao grupo menos favorecido.

12. Aliás, considero que o ponto de vista aqui defendido tem apoio no recente acórdão Roks. Nesse processo, o Tribunal de Justiça era questionado sobre se o direito comunitário impedia a criação de regras nacionais que — subordinando a aquisição do direito a uma prestação de invalidez a condições de rendimento, a partir de então, aplicáveis quer aos homens quer às mulheres — tinha como resultado serem as mulheres privadas no futuro dos direitos que até aí decorriam do efeito directo do artigo 4.°, n.° 1, da Directiva 79/7/CEE [11]. Referindo-se às competências dos Estados-membros em matéria de política social, o Tribunal de Justiça respondeu que

«o direito comunitário não se opõe a que um Estado-membro, ao controlar as suas despesas sociais, adopte medidas que privem a determinadas categorias de pessoas do benefício de prestações de segurança social, *na condição de que tais medidas respeitem o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, tal como definido no artigo 4.°, n.° 1, da Directiva 79/7...*» [12].

O mesmo sucede no que se refere à aplicação do artigo 119.° do Tratado CE a regimes de reforma profissionais: esta disposição exige efectivamente a igualdade de remuneração entre homens e mulheres; todavia, não impõe um *nível* determinado das futuras prestações da pensão profissional.

8 — O Tribunal sublinhou em várias ocasiões que, se bem que esta disposição possa conter elementos importantes para a interpretação de outras disposições do direito comunitário, ela tem uma natureza essencialmente programática e a concretização desses objectivos deve ser o resultado de uma política social que cabe às autoridades competentes definir (v. o acórdão de 29 de Setembro de 1987, Giménez Zaera, 126/86, Colect., p. 3697, n.os 13 e 14). O Tribunal de Justiça confirmou-o mais recentemente no acórdão de 17 de Março de 1993, Sloman Neptun (C-72/91 e C-73/91, Colect., p. I-887, n.os 25 e 26), acrescentando que o artigo 117.° não autoriza o controlo jurisdicional da política social definida pelos Estados-membros (n.° 27).

9 — Acórdão de 8 de Abril de 1976, Defrenne II (43/75, Recueil, p. 455, n.° 15).

10 — Ponto 60 das conclusões.

11 — Do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social (JO 1979, L 6, p. 24; EE F5 02 p. 174).

12 — Acórdão Roks, já referido, n.° 29, sublinhado nosso, com referência aos acórdãos de 11 de Junho de 1987, Teuling (30/85, Colect., p. 2497), e Comissão/ Bélgica, já referido na nota 7. Este princípio foi efectivamente já formulado no n.° 22 do acórdão referido em primeiro lugar e no n.° 22 do acórdão referido em segundo lugar, mas sem a passagem sublinhada.

Resposta às questões colocadas no processo Smith

13. Aplicada ao caso Smith, esta argumentação conduz ao seguinte resultado. Como correctamente salienta na sua primeira questão o Industrial Tribunal, devem ser distinguidas três situações possíveis.

Começarei pela última, que consiste em elevar a idade de reforma comum para 65 anos para trabalhadores masculinos e femininos relativamente a pensões baseadas em *períodos de serviço anteriores a 17 de Maio de 1990*. A solução do direito comunitário é clara: tal situação não é afectada pelo artigo 119.° do Tratado CE porquanto este artigo — pelo menos no que diz respeito à discriminação resultante de diferenças de idades de reforma — não tem efeito directo relativamente a essas prestações e nenhuma outra regra ou princípio do direito comunitário exige que os regimes de pensões profissionais sejam adaptados ao princípio da igualdade de tratamento através da introdução de uma idade geral (mais baixa ou mais elevada) de reforma. Tenho, é certo, alguma simpatia pela posição defendida pelas autoras no processo principal e pelo Governo alemão, que sustentam que um aumento da idade de reforma para as mulheres pode acarretar uma violação de direitos adquiridos ao abrigo do regime profissional de pensões subsequentemente modificado. Porém, dada a ausência de normas de direito comunitário no período considerado, esta questão só pode ser resolvida pelo direito nacional. Com efeito, resulta das observações apresentadas pelos governos intervenientes, que existem várias soluções segundo o direito nacional; o Reino Unido menciona regras da lei dos contratos e da lei dos *trusts* aplicáveis naquele Estado-membro, o Governo alemão menciona princípios de protecção das expectativas legítimas e dos direitos adquiridos decorrentes da lei alemã («Prinzip des Vertrauens-und Bestandsschutz»), bem como a jurisprudência do Bundesarbeitsgericht [13]. Deve acrescentar-se que a Avdel Systems Limited não pode, de forma alguma, invocar as consequências financeiras do acórdão Barber para justificar uma modificação retroactiva do regime, uma vez que este acórdão não se aplica precisamente a períodos de actividade que lhe sejam anteriores.

14. Em seguida, temos o alinhamento pela mais elevada das idades de reforma para os trabalhadores masculinos e femininos no que respeita às prestações de pensão adquiridas a título de *períodos de actividade situados entre 17 de Maio de 1990 e a data desse alinhamento, neste caso, 1 de Julho de 1991*. Dado que estes períodos de actividade se situam após o acórdão Barber, tem de se aplicar integralmente nesta situação a regra

13 — Nos n.os 14 e 15 das suas observações escritas, o Governo alemão refere-se especificamente ao chamado acórdão sobre as «pensões de viúvo» (Witewerrenten-Urteil) do Bundesarbeitsgericht de 5 de Setembro de 1989 (3 AZR 575/88, também publicado em *Betriebs-Berater*, 1989, p. 2400, e em *Der Betrieb*, 1989, p. 2615), em que foi aplicada uma «teoria dos três níveis» em sede de protecção dos direitos adquiridos na implementação do princípio da igualdade de tratamento no caso de regimes privados de seguro de pensões de viúvo. Segundo esta teoria, um empregador só poderá uniformizar retroactivamente idades de reforma se demonstrar *razões imperativas* («zwigende Gründe»), tais como uma crise económica, a redução de uma superprotecção não planeada ou uma quebra grave do dever de lealdade.

decorrente da jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual o princípio da igualdade de tratamento exige que o regime que se aplica às pessoas do sexo mais beneficiado (no caso, as mulheres) se aplique às pessoas do sexo menos beneficiado (no caso, os homens).

Contrariamente à Comissão — que considera que só a data de pagamento da pensão é pertinente para a apreciação da questão de saber se houve violação do artigo 119.° do Tratado CE [14] — sou de opinião de que o artigo 119.° do Tratado CE não permite, no que toca a prestações *adquiridas* a título destes períodos de actividade, um alinhamento pela idade mais elevada das idades de reforma.

15. Finalmente, quanto ao alinhamento pela mais elevada das idades de reforma para prestações adquiridas a título de *períodos de actividade posteriores à data do alinhamento,* à semelhança do Governo do Reino Unido e do Governo alemão, e pelos motivos anteriormente referidos (v. pontos 11 e 12), considero que tal operação não é contrária ao artigo 119.° do Tratado CE, na medida, pelo menos, em que respeite inteiramente o princípio da igualdade de tratamento.

16. Este último ponto conduz-nos à segunda questão colocada pelo Industrial Tribunal: mesmo que não se oponha ao alinhamento pela mais elevada das idades de reforma, o artigo 119.° do Tratado CE impõe ao empregador que limite tanto quanto possível as repercussões negativas para as mulheres cujas prestações são afectadas pelo referido alinhamento? No que respeita ao alinhamento referente às prestações relativas a períodos de actividade *anteriores a 17 de Maio de 1990,* a resposta é clara: para este período não se pode inferir do artigo 119.° do Tratado CE qualquer obrigação para o empregador.

Não é necessário descrever em pormenor a situação relativa às prestações referentes aos períodos de actividade situados entre 17 de Maio de 1990 e a data do alinhamento: como referi, o artigo 119.° opõe-se, neste caso, a um alinhamento pela idade de reforma mais elevada.

Mas que se passa quanto ao alinhamento relativamente aos anos de serviço *futuros* (ou seja, os anos posteriores à data de alinhamento de 1 de Julho de 1991, prevista no regime)? C. Smith e as outras autoras no processo principal sustentam que, neste caso, o empregador está vinculado ao princípio de direito comunitário da proporcionalidade. O

14 — Na audiência, o advogado das autoras no processo Smith indicou com razão que o ponto de vista da Comissão não tinha em conta as características intrínsecas dos regimes profissionais de pensões. Com efeito, como o Tribunal de Justiça observou nos acórdãos Ten Oever (n.° 17), Moroni (n.° 29) e Neath (n.° 14), citados na nota 6, os regimes profissionais de reforma têm um carácter especial «consistente na dissociação temporal entre a constituição do direito à pensão, que se realiza progressivamente ao longo da carreira do trabalhador, e o pagamento efectivo da prestação, que é, em contrapartida, diferido até uma idade determinada».

método escolhido para eliminar a discriminação proibida não pode ter o efeito de diminuir as prestações de reforma das mulheres numa medida superior à estritamente necessária para responder às necessidades da empresa. É necessário ainda ter em conta nomeadamente os excedentes de que dispõe o fundo de pensões ou métodos alternativos de financiamento, tais como o aumento das cotizações, e a maneira como no passado o empregador beneficiou da manutenção de um regime de pensões discriminatório (assim sucede neste o caso, dado que a Avdel Systems Limited deixou de pagar cotizações desde 1 de Junho de 1989).

Esta argumentação não é procedente. O artigo 119.° do Tratado CE obriga o empregador a suprimir as desigualdades de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos. Em minha opinião, o princípio da proporcionalidade não pode ser invocado para prejudicar a aplicação de «uma norma tão fundamental do direito comunitário como é a da igualdade entre homens e mulheres» [15].

17. A terceira questão colocada no processo Smith só carece de resposta quanto à segunda hipótese, ou seja, a de prestações de pensão de trabalhadores baseadas em períodos de actividade com início a partir de 17 de Maio de 1990, mas anteriores à data do alinhamento de 1 de Julho de 1991: o empregador pode, para este período, elevar a idade de reforma das mulheres e, em consequência, diminuir as suas prestações *se* puder invocar uma justificação objectiva, como as necessidades da empresa ou do regime profissional de pensões?

Inclino-me para uma posição restritiva a este respeito. Com efeito, a duração do período em causa e os custos ligados a essa duração estão à disposição do próprio empregador: quanto mais rapidamente o regime de pensões for adaptado ao princípio da igualdade de tratamento, mais curto será o período durante o qual a regra do «único sistema de referência válido» se aplicará e, assim, mais reduzidos serão os custos que decorrem para o empregador e para o regime de pensões. Não nos parece por isso oportuno fazer neste ponto, como pretende a Avdel Systems Limited, uma aplicação flexível dos critérios que o Tribunal de Justiça desenvolveu designadamente no acórdão Bilka, para a justificação objectiva de discriminações *indirectas*. [16] À semelhança do Governo do Reino Unido, considero que o Tribunal de Justiça não pode excluir *a priori* a possibilidade de excepções objectivamente justificadas.

18. Contudo, tal possibilidade só pode ser utilizada em situações excepcionais, mais precisamente para ter em conta circunstâncias que sejam totalmente estranhas à discriminação baseada no sexo e que correspondam a uma necessidade *urgente* relativa à própria sobrevivência da empresa ou à solvabilidade do seu regime profissional de pen-

15 — A expressão é do acórdão Roks, já referido, n.° 36.

16 — Acórdão de 13 de Maio de 1986, Bilka (170/84, Colect., p. 1607, n.° 36). Estes critérios consistem em verificar se os meios escolhidos «correspondem a uma verdadeira necessidade da empresa, são adequados para alcançar o objectivo prosseguido por esta e necessários para esse fim».

sões. Quanto à sobrevivência da *empresa*, parece-me que um certo número — mas não a totalidade [17] — dos factores invocados pela Avdel Systems Limited no Industrial Tribunal [18] podem ser qualificados como tais necessidades urgentes: estou a pensar, por exemplo, na necessidade de uma empresa assegurar a realização de investimentos vitais ou de fazer face a choques brutais que afectem os seus efectivos [19]. No que se refere ao *regime profissional de pensões*, parece-me possível uma excepção quando a aplicação sem restrições do princípio da igualdade de tratamento comprometa gravemente o equilíbrio financeiro [20] do regime em causa e, portanto, a sua solvabilidade [21]. Dados os cálculos actuariais complexos a que pode dar origem a aplicação do princípio da igualdade de tratamento — nos casos em análise, por exemplo, são necessários cálculos diferentes para três períodos de serviço diferentes —, não quero excluir a possibilidade de um regime profissional preferir aquilo que, de um ponto de vista administrativo e actuarial, são os ajustamentos menos complexos para aplicação do princípio da igualdade de tratamento ao período em causa neste processo. Esta concepção alternativa deve, no entanto, ter plenamente em linha de conta os direitos que o artigo 119.° fez surgir a favor dos particulares a partir de 17 de Maio de 1990, data da prolação do acórdão Barber [22].

É evidente que é ao juiz nacional que cabe apreciar e controlar estes elementos e nomeadamente determinar se os motivos de justificação invocados pelo empregador e/ou pelo regime profissional de pensões são alheios a qualquer discriminação em razão do sexo [23] e não contêm mais limitações ao princípio da igualdade de tratamento do que o estritamente necessário [24].

17 — Assim, em minha opinião, não se devem considerar factores de custo que comportem um efeito potencial geral, como os custos potenciais referidos pela Avdel Systems Limited, ligados a uma subida limitada do índice de preços, nem as perspectivas de uma recessão económica.

18 — Ponto 7.4 do acórdão de reenvio.

19 — A Avdel Systems Limited invoca a este respeito as consequências para os seus efectivos do recurso maciço dos seus trabalhadores masculinos (cerca de 90% do total do seu pessoal) ao direito que lhe seria atribuído de obterem uma reforma à taxa completa aos 60 anos.

20 — O facto de, na apreciação da justificação de discriminações, o Tribunal de Justiça estar pronto a tomar em consideração o equilíbrio financeiro do regime em causa resulta, entre outros, dos acórdãos de 7 de Julho de 1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, Colect., p. I-4297, n.os 15 a 18; regimes de pensões legais), e de 27 de Outubro de 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Colect., p. I-5475, n.° 23; regime legal de prestação por invalidez).

21 — O simples facto de a aplicação do princípio da igualdade de tratamento acarretar encargos financeiros que implicam certos efeitos quanto ao equilíbrio financeiro de um regime profissional de pensões não pode, portanto, constituir, por si só, um motivo de justificação: deverá tratar-se de dificuldades *impossíveis ou quase impossíveis de ultrapassar*. Se se tratar, devido ao prazo limitado e à situação financeira do regime de pensões (por exemplo, a existência de excedentes, de reservas e outros factores análogos), de esforços suportáveis, pode remeter-se, por analogia, para as considerações desenvolvidas pelo Tribunal de Justiça no acórdão Roks, já referido na nota 5, relativas às medidas legais de segurança social: «Ora, as considerações de ordem orçamental, apesar de poderem estar na base das opções de política social de um Estado-membro e influenciar a natureza ou o alcance das medidas de protecção social que pretenda adoptar, não constituem todavia, em si mesmas, um objectivo prosseguido por essa política, não sendo, em consequência, susceptíveis de justificar uma discriminação em detrimento de um dos sexos» (n.° 35).

22 — Quanto à Directiva 79/7, v. o acórdão de 8 de Março de 1988, Dik (80/87, Colect., p. 1601, n.° 14).

23 — V. acórdão de 13 de Julho de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Colect., p. 2743, n.° 15).

24 — Compare-se o critério de proporcionalidade tal como foi formulado no acórdão Bilka (n.° 36) e no acórdão Teuling, já referido na nota 12, n.° 18: os meios escolhidos devem ser *adequados* para atingir o objectivo justificado e ser igualmente *necessários* para esse efeito. Isso implica não apenas que o juiz nacional deve examinar, no caso concreto, se a medida adoptada pelo empregador e/ou pelo regime profissional de pensões é pertinente, isto é, tem uma ligação lógica com o objectivo prosseguido (para um caso em que o Tribunal declarou que essa pertinência não existia, v. o acórdão de 30 de Março de 1993, Thomas e o., C-328/91, Colect., p. I-1247, n.° 16), mas ainda se não existe alternativa válida para o empregador e/ou o regime profissional de pensões, que não restrinja tanto o princípio de igualdade de tratamento.

Respostas às questões colocadas no processo Van den Akker

19. Contrariamente ao processo Smith, o processo Van den Akker diz respeito a um alinhamento da idade de reforma dos trabalhadores masculinos e femininos feito *antes* do acórdão Barber, ou seja, em 1 de Janeiro de 1985, no quadro do qual, durante um período limitado (do início do ano de 1985 ao final do ano de 1986), os aderentes femininos então inscritos podiam optar pela manutenção de uma idade de reforma inferior. Assim, a questão central formulada acima (ponto 8) tem neste caso uma variante, sendo o acento colocado nos efeitos do acórdão Barber sobre um regime transitório acordado antes deste acórdão — e mesmo antes do acórdão Bilka [25]: deve tal regime transitório, limitado *ratione personae* e *ratione temporis*, ser abolido? No caso de manutenção desse regime, os trabalhadores masculinos podem também exigir os mesmos direitos que têm os trabalhadores femininos que, no quadro do regime transitório de 1985, optaram por uma idade de reforma de 55 anos?

20. Os pontos de vista sustentados pelas partes no processo no Tribunal de Justiça são divergentes. As autoras no processo principal e o Governo dos Países Baixos consideram que o artigo 119.° do Tratado CE não se opõe ao regime transitório em causa. As primeiras invocam a este propósito os fundamentos do acórdão Barber, em que o Tribunal de Justiça declarou que considerações imperiosas de segurança jurídica se opõem a que situações que esgotaram os seus efeitos no passado sejam postas em causa [26]. Segundo elas, no caso em apreço, os efeitos das situações jurídicas em causa forma esgotados pela superveniência da data até à qual era possível optar pelo regime transitório, ou seja, 31 de Dezembro de 1986. Adoptar um ponto de vista diferente equivaleria a não ter suficientemente em conta o princípio fundamental da segurança jurídica.

Em contrapartida, segundo o fundo de pensões, decorre do acórdão Barber que actualmente o regime transitório em causa é igualmente proibido. Tendo em conta a forma como o Tribunal de Justiça limitou no tempo os efeitos do acórdão Barber, para o fundo de pensões, relativamente aos direitos constituídos depois de 17 de Maio de 1990, não é já possível discriminar, mantendo idades de reforma diferentes segundo o sexo.

A Comissão subscreve este último ponto de vista. Considera que as autoras no processo principal não podem opor-se à supressão do regime transitório invocando o artigo 119.° do Tratado CE. Segundo a Comissão, esta disposição não se opõe a uma redução para o futuro das prestações do grupo beneficiado para as fixar ao nível das do grupo desfavorecido, desde que o princípio da igualdade de tratamento seja respeitado. A questão de saber se há violação de direitos adquiridos

25 — Já referido na nota 16.

26 — V. acórdão Barber, n.os 41 e 44.

das autoras é uma outra questão, à qual, em princípio, deve ser o direito nacional a responder. Aliás, a Comissão considera não dever mitigar o seu ponto de vista à luz das circunstâncias mencionadas pelo Kantongerecht nas alíneas a), b) e c) da sua primeira questão. Ela considera em particular que a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de prestações de segurança social fornece bons argumentos em apoio da tese segundo a qual o princípio da igualdade de tratamento deve ser rigorosamente respeitado, mesmo no quadro do regime transitório em causa no presente processo.

21. Analisemos desde já a jurisprudência invocada pela Comissão. Trata-se de um conjunto de acórdãos (Borrie Clarke [27], Dik [28] e Johnson [29]), em que o Tribunal de Justiça se pronunciou sobre a compatibilidade com a Directiva 79/7 de disposições transitórias legais — normalmente introduzidas no momento da adaptação da legislação nacional a essa directiva — que permitem prolongar os efeitos de determinadas normas discriminatórias para além do prazo de transposição da directiva (23 de Dezembro de 1984) [30]. O Tribunal considerou firmemente tal atitude contrária à Directiva 79/7, baseando-se, em primeiro lugar, no efeito directo da proibição de discriminações estabelecida no n.° 1 do artigo 4.° da Directiva 79/7 e na obrigação dos Estados-membros, constante do artigo 5.° da directiva, de suprimirem todas as disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento [31]. Além disso, o Tribunal de Justiça sublinhou que

«a directiva não prevê qualquer derrogação ao princípio da igualdade de tratamento definido no seu artigo 4.°, n.° 1, que autorize a continuação dos efeitos discriminatórios de disposições nacionais anteriores. Daí que um Estado-membro não possa deixar subsistir, após 22 de Dezembro de 1984, desigualdades de tratamento devidas ao facto de condições exigidas para a aquisição do direito à prestação serem anteriores a essa data. O facto de essas desigualdades resultarem de disposições transitórias adoptadas aquando da instituição de uma nova prestação não constitui uma circunstância susceptível de determinar uma apreciação diferente» [32].

22. Esta jurisprudência, que exige o *efeito imediato* no tempo do princípio da igualdade de tratamento, deve, como a Comissão sugere, aplicar-se sem restrições à problemática em apreciação? Tenho sérias dúvidas a

27 — Já referido na nota 5.

28 — Já referido na nota 22.

29 — Acórdão de 11 de Julho de 1991 (C-31/90, Colect., p. I-3723).

30 — No processo Borrie Clarke, o Reino Unido defendeu um regime transitório semelhante em matéria de prestações de invalidez, avançando o argumento de que era necessário, deste modo, salvaguardar as expectativas legítimas das pessoas que beneficiavam de uma prestação sob o anterior regime a não serem privadas da sua atribuição em virtude da alteração da regulamentação (n.° 4).

31 — V. os acórdãos Borrie Clarke, n.° 9, e Dik, n.° 8.

32 — Acórdão Borrie Clarke, n.° 10. V. igualmente os acórdãos Dik, n.° 9, e Johnson, n.° 32.

este respeito. Estas dúvidas são alimentadas, entre outros, pelo facto de, ao contrário da Directiva 79/7, a Directiva 86/378/CEE [33], que aplica o princípio da igualdade de tratamento ao domínio dos regimes profissionais de segurança social, conter no n.° 2 do artigo 8.° a disposição transitória seguinte:

«A presente directiva não constitui impedimento a que os direitos e obrigações referentes a um período de filiação num regime profissional anterior à revisão desse regime continuem a ser regidos pelas disposições desse regime em vigor durante este período.»

Contrariamente à Directiva 79/7, a Directiva 86/378 contém, portanto, uma disposição expressa estabelecendo o *efeito diferido no tempo* das novas disposições normativas [34].

23. Por que razão a Directiva 79/7 não prevê uma excepção semelhante, e a Directiva 86/378 o faz? Em minha opinião, esta diferença explica-se principalmente pelo facto de a primeira destas directivas dizer respeito aos regimes *legais* [35] de segurança social, ou seja, segundo os termos utilizados pelo Tribunal de Justiça,

«os regimes ou prestações de segurança social como, por exemplo, as pensões de reforma, directamente regulados pela lei, com exclusão de qualquer elemento de concertação no seio da empresa ou do ramo profissional interessado, e obrigatoriamente aplicáveis a categorias gerais de trabalha dores» [36].

Quando se trate de regimes desta natureza, o princípio do efeito imediato da nova lei aplica-se geralmente [37]. Além disso, é preciso não perder de vista que i) os Estados-membros dispunham de seis anos para adaptar as suas disposições legislativas, regulamentares e administrativas [38], e ii) no domínio das pensões de velhice e de reforma, esta

33 — Do Conselho, de 24 de Julho de 1986, relativa à aplicação do princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres aos regimes profissionais de segurança social (JO L 225, p. 40).

34 — A proposta inicial da Comissão não previa este regime transitório. No entanto, no seu artigo 10.°, a proposta continha um regime transitório semelhante relativamente à utilização de elementos de cálculo actuarial diferentes segundo o sexo.

35 — V. o artigo 3.°, n.° 1, alínea a), da Directiva 79/7 e o segundo considerando do seu preâmbulo. O artigo 3.°, n° 1, alínea b), prevê que a directiva se aplique igualmente às disposições relativas à assistência social, na medida em que se destinem a complementar os regimes referidos na alínea a) ou a substituí-los.

36 — Acórdão Ten Oever, já referido na nota 6, n.° 9, que remete para o acórdão de 25 de Maio de 1971, Defrenne I (80/70, n.° 7). V. igualmente o acórdão Moroni, já referido na nota 6, n.° 14. Compare-se a definição que, segundo jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça dá da noção de «prestação de segurança social» na acepção do Regulamento (CEE) n.° 1408/71 do Conselho, de 14 de Junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados e à sua família que se deslocam no interior da Comunidade (JO L 49, p. 2; EE 05 F1 p. 98), ou seja, uma prestação que é «concedida, sem se proceder a qualquer apreciação individual e discricionária das necessidades pessoais, aos beneficiários com base numa situação legalmente definida (e que) se relacione com um dos riscos enumerados expressamente no artigo 4.°, n.° 1, do Regulamento n.° 1408/71» [v., entre outros, os acórdãos de 16 de Julho de 1992, Hughes (C-78/91, Colect., p. I-4839, n.° 15), e de 10 de Março de 1993, Comissão/Luxemburgo (C-111/91, Colect., p. I-817, n.° 29)].

37 — Para a razão de ser desta aplicabilidade imediata, v. a obra clássica de Roubier, P.: *Le droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1960, pp. 340 e segs.

38 — V. artigo 8.°, n.° 1, da Directiva 79/7.

directiva prevê uma derrogação relativa à fixação da idade de reforma cuja validade nunca foi posta em causa pelo Tribunal de Justiça [39].

Em contrapartida, no caso de regimes profissionais de pensões encontramo-nos no domínio *convencional*. Neste domínio, o direito transitório está sujeito a considerações diferentes das dos regimes legais de alcance geral, tais como o respeito pela autonomia da vontade das partes e do equilíbrio contratual existente. Geralmente, em matéria de contratos, admite-se o efeito diferido da lei nova relativamente à lei antiga, só devendo ser garantida a aplicação imediata da regra nova na medida em que o interesse geral seja gravemente afectado pela subsistência de situações surgidas sob a alçada da lei antiga [40].

24. O princípio do efeito diferido da lei nova parece-me, de facto, apropriado no caso de situações contratuais que se protraem no futuro. Todavia, penso que este princípio não deve ser aplicado neste caso concreto, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça e mais particularmente os acórdãos Defrenne II e Barber. No primeiro destes acórdãos, o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 119.°

«tendo carácter imperativo, a proibição de discriminações entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos impõe-se não apenas às autoridades públicas, mas aplica-se igualmente a todas as convenções que visem regular de forma colectiva o trabalho assalariado, bem como aos contratos entre particulares» [41].

Assim, a aplicação directa (e, em princípio, imediata no tempo) do artigo 119.° a regimes horizontais e, em particular, convencionais, foi admitida.

No acórdão Barber, como aliás também no acórdão Defrenne II, o Tribunal restringiu todavia essa aplicação imediata, limitando o efeito do acórdão no tempo, o que tem por consequência conferir a esta disposição um efeito diferido temporário. Julgo que ao assim proceder, pela instituição de um regime transitório jurisprudencial, o próprio Tribunal de Justiça fez a ponderação, que constitui o fundamento do princípio do efeito diferido, do interesse geral comunitário (e, em particular, da necessidade de uma aplicação uniforme e geral do direito comunitário) e do interesse particular (especialmente da segurança jurídica e da protecção das relações contratuais constituídas de boa fé). É, portanto, este regime transitório, decorrente do acórdão Barber, que deve ser aplicado

39 — V. acórdão Equal Opportunities Commission, já referido na nota 20, confirmado pelo acórdão Thomas e o., já referido na nota 24, n.° 9.

40 — V., entre outros, Chabas, F., in Mazeaud, Mazeaud e Chabas: *Leçons de droit civil, I, Introduction à l'étude du droit*, Paris, Montchrestien, 1991, 147, p. 197-198; Ghestin, J. e Goubeaux, G.: *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, LGDJ, 1990, 373, pp. 333 e 334; Roubier, P.: *Le droit transitoire*, pp. 380 e segs.

41 — Acórdão Defrenne II, já referido na nota 9, n.° 39, confirmado depois em jurisprudência constante, entre outros nos acórdãos de 27 de Junho de 1990, Kowalska, já referido, n.° 12, e de 7 de Fevereiro de 1991, Nimz, já referido, n.° 17 (neste último acórdão unicamente no que respeita às convenções colectivas de trabalho).

para efeitos de interpretação do artigo 119.° do Tratado CE no domínio dos regimes profissionais de pensões.

25. Concretamente, esta conclusão tem as implicações seguintes. Dado que, em virtude do acórdão Barber, o efeito directo do artigo 119.° do Tratado CE só pode ser invocado relativamente a períodos de actividade posteriores a 17 de Maio de 1990, os trabalhadores masculinos do grupo Koninklijke Shell não podem, de forma alguma, invocar a incompatibilidade do regime transitório com o artigo 119.° do Tratado CE relativamente a períodos de emprego anteriores ao acórdão Barber. É igualmente evidente que os trabalhadores femininos que, no quadro do regime transitório, optaram pela manutenção da idade de reforma aos 55 anos e que atingiram essa idade antes do acórdão Barber não são atingidas por esse acórdão: o seu caso é precisamento o que o Tribunal de Justiça tinha tomado em consideração no n.° 44 do acórdão Barber, ou seja, o caso em que

«considerações imperiosas de segurança jurídica obstam a que sejam postas em causa situações jurídicas que esgotaram os seus efeitos no passado».

26. Contrariamente às autoras no processo principal, julgo todavia que *não* é possível considerar a situação dos trabalhadores femininos que, no quadro do regime transitório, optaram por uma idade de reforma de 55 anos, mas que não tinham ainda atingido essa idade no momento do acórdão Barber, como uma situação «que esgotou os seus efeitos no passado»: com efeito, os seus direitos de pensão continuam ou continuaram a constituir-se após o acórdão Barber. Quanto aos períodos de actividade cumpridos por estas trabalhadoras e pelos seus colegas masculinos após 17 de Maio de 1990, deve aplicar-se sem restrições a última frase do n.° 44 do acórdão Barber, em que o Tribunal de Justiça excluiu expressamente o efeito diferido da nova interpretação do artigo 119.°:

«por fim, deve precisar-se que nenhuma limitação dos efeitos da referida interpretação pode ser aceite no que diz respeito à aquisição do direito a uma pensão a partir da data do presente acórdão» [42].

27. Como justamente defendia o fundo de pensões, o regime transitório devia, portanto, ser adaptado para ter em conta as consequências do acórdão Barber [43]. Para os períodos de actividade situados entre 17 de Maio de 1990 e 1 de Junho de 1991, data da modi-

42 — Ao precisar o efeito no tempo do acórdão Barber nos acórdãos Ten Oever (n.° 19), Moroni (n.° 31) e Neath (n.° 16), já referidos, o Tribunal remeteu expressamente para a fundamentação do n.° 44 do acórdão Barber.

43 — Para este efeito, o fundo de pensões avança ainda outro argumento, o facto de, no n.° 32 do acórdão Barber, o Tribunal de Justiça ter considerado que «o artigo 119.° proíbe qualquer discriminação em matéria de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, *qualquer que seja o mecanismo* que determine essa desigualdade» (n.° 32, sublinhado meu). Não creio que seja necessário responder aqui à questão de saber se é conveniente fazer desta passagem a interpretação avançada pelo fundo de pensões. Com efeito, este texto deve ser lido conjuntamente com a segunda frase deste número, do qual resulta que o Tribunal considera que a circunstância de uma idade de reforma diferente consoante o sexo, no quadro de um regime profissional de pensões convencionalmente excluído, ser baseada no regime legal de pensões não justifica essa discriminação.

ficação do regulamento da pensão, é a regra já citada do «único sistema de referência válido» (ponto 10, *supra*) que se aplica. Para os períodos de actividade posteriores, a elevação da idade de reforma dos trabalhadores femininos abrangidos pelo regime transitório, para atingir a idade de reforma dos trabalhadores masculinos, é compatível com o artigo 119.° do Tratado CE, desde que o princípio da igualdade de tratamento seja inteiramente respeitado (ponto 11 *supra*).

28. Quanto à questão da elevação retroactiva da idade de reforma dos trabalhadores femininos relativamente a períodos de emprego situados entre o acórdão Barber e a data de alinhamento da idade de reforma, remeto para a resposta dada no processo Smith (ponto 17, *supra*). As partes não referiram esse problema neste caso, talvez em virtude do regime de compensação aplicado pelo fundo de pensões (ponto 6, *supra*).

Conclusão

29. Proponho que o Tribunal responda às questões prejudiciais suscitadas nos presentes processos da forma seguinte:

Em ambos os processos:

«O facto de um empregador, na sequência do acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 1990, Barber (C-262/88, Colect., p. I-1889), no quadro de um regime profissional de pensões, elevar a idade de reforma dos trabalhadores femininos relativamente a períodos de trabalho situados no futuro, a fim de ela atingir a dos trabalhadores masculinos, não é contrário ao artigo 119.° do Tratado CE, pelo menos na medida em que o princípio da igualdade das remunerações entre homens e mulheres, constante da disposição citada, seja plenamente respeitado. Dada a limitação no tempo dos efeitos do acórdão Barber, o direito comunitário também não se opõe à execução de tal operação relativamente a períodos de actividade anteriores a 17 de Maio de 1990. O direito comunitário opõe-se, todavia, à execução dessa operação no que se refere aos períodos de actividade situados entre 17 de Maio de 1990 e a data do alinhamento. Para estes últimos períodos de actividade, o princípio da igualdade de tratamento deve ser realizado aplicando-se as regras de que beneficiam as pessoas do sexo mais favorecido às pessoas do sexo menos favorecido.»

No processo C-408/92, Smith e o.:

«1) O artigo 119.° do Tratado CE não implica, em nenuma das três hipóteses citadas, a obrigação indicada pelo Industrial Tribunal na sua segunda questão.

2) Na terceira hipótese descrita pelo Industrial Tribunal, para efeitos de aplicação do princípio da iguladade de tratamento, é possível, mas unicamente em casos excepcionais, ter em conta situações totalmente estranhas a uma discriminação baseada no sexo e que correspondam a uma necessidade urgente relativa à própria sobrevivência da empresa ou à solvabilidade do seu regime profissional de pensões. Cabe ao juiz nacional analisar estes elementos e velar por que o princípio da igualdade de tratamento não seja mais restingido do que o estritamente necessário.»

No processo C-28/93, Van den Akker e o.:

«Tendo em conta o acórdão Barber, o facto de, no quadro de um regime profissional de pensões, no que respeita a períodos de actividade posteriores a 17 de Maio de 1990, se deixar a idade de reforma fixada em 55 anos para um grupo limitado de aderentes femininos que, nessa data, ainda não tinham atingido a idade de reforma, enquanto para os trabalhadores masculinos a idade de reforma era de 60 anos, é contrário ao artigo 119.° do Tratado CE. Esta conclusão não é afectada pela circunstância de esta situação fazer parte de um regime transitório convencionado antes do acórdão Barber.»