FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

fremsat den 27. marts 2001 [1]

1. Ved kendelse af 23. marts 1999 har Bundesarbeitsgericht (Tyskland) i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt et præjudicielt spørgsmål for Domstolen om fortolkningen af EF-traktatens artikel 119 (EF-traktatens artikel 117-120 er blevet erstattet af artikel 136 EF-143 EF). Den tyske ret ønsker navnlig oplyst, om begrebet arbejdsgiver i denne bestemmelse kan udstrækkes til også at omfatte en pensionskasse, der af den nævnte arbejdsgiver har fået pålagt at administrere virksomhedens pensionsordning, og om pensionskassen følgelig også er forpligtet til at overholde det i traktatens artikel 119 omhandlede princip om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til løn med alt, hvad det indebærer.

De relevante retsregler

Fællesskabsretten

2. Som bekendt er princippet om lige løn til mænd og kvinder fastsat i traktatens artikel 119 (nu artikel 141 EF). Det fremgår af denne bestemmelse, at hver medlemsstat gennemfører princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

Af artiklens stk. 2 fremgår endvidere:

»Ved løn forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdsgiveren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.«

Den tyske lov om forbedring af den erhvervstilknyttede alderspension

3. Det fremgår af forelæggelseskendelsen og den tyske regerings indlæg i sagen, at ydelser fra de erhvervstilknyttede pensions-

1 — Originalsprog: italiensk.

ordninger i Tyskland kan udredes på forskellig vis. Den mest enkle metode består i, at arbejdsgiveren selv forestår udbetalingen af de ydelser, han er forpligtet til at udrede i kraft af virksomhedens pensionsordning. De øvrige metoder indebærer derimod, at arbejdsgiveren gør brug af eksterne organisationer, der udreder de nævnte ydelser. Han udreder således ingen ydelser selv, men drager indirekte omsorg herfor ved hjælp af enten en »Direktversicherung«, dvs. en forsikring, der tegnes af arbejdsgiveren på almindelige markedsvilkår til fordel for arbejdstageren, en »Unterstützungskasse«, dvs. en hjælpe- eller forsorgskasse, eller som i det foreliggende tilfælde en »Pensionskasse«, dvs. en pensionskasse, som arbejdsgiveren har pålagt administrationen af virksomhedens pensionsordning, og som finansieres af de bidrag, som arbejdsgiveren indbetaler.

4. For så vidt angår det sidstnævnte tilfælde bemærkes, at det fremgår af § 1, stk. 3, i Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (lov om forbedring af den erhvervstilknyttede alderspension, herefter »BetrAVG«), at pensionskassen skal være en pensionsforsikringsanstalt med selvstændig retsevne, som udbetaler de ydelser til arbejdstagerne eller deres ydelsesberettigede pårørende, som de har krav på, og som påtager sig de risici, der er forbundet hermed på samme måde som et forsikringsselskab.

5. Selv om arbejdsgiveren ikke selv udreder ydelserne, i det omfang han vælger at indskyde en ekstern organisation som mellemled, hæfter han ikke desto mindre fortsat for udbetalingen af de pågældende ydelser, idet det er ham, der har forpligtet sig hertil i medfør af bestemmelserne i den underliggende ansættelseskontrakt. Navnlig forholder det sig ifølge den forelæggende ret således, at hvis de forsikringsbetingelser, der er fastsat i pensionskassens vedtægter, medfører, at arbejdstagerne stilles ringere end ansættelseskontrakten, er det arbejdsgiveren, der skal kompensere for manglen, idet han skal leve op til sine kontraktlige forpligtelser under iagttagelse af ligebehandlingsprincippet.

6. Den forelæggende ret har endelig understreget, at arbejdstagerens krav er beskyttet i henhold til BetrAVG's § 7 i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens. Det er i givet fald den offentlige myndighed, der er udpeget til dette formål, Pensions-Sicherungs-Verein AG, der skal påtage sig at udbetale ydelserne på arbejdsgiverens vegne.

Vedtægterne for Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse

7. I den foreliggende sag skal det endvidere understreges, at § 11 i vedtægterne for Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse (pensionskassen for funktionærer ved Barmer Ersatzkasse, herefter »Pensionskasse« eller »pensionskas-

sen«), der i den foreliggende sag er arbejdsgiveren, bl.a. bestemmer følgende:

»Ydelsesformer

Følgende ydelser erlægges til medlemmer, der på grund af et forhold, der giver ret til pension, er udtrådt af tjenesten hos Barmer Ersatzkasse [...]:

1. [...]

2. Pensioner til efterladte efter bortfald af pensionsbetaling til medlemmer, henholdsvis lønbetaling:

   a) Enkepension til enken efter det afdøde medlem. Enkemandspension modtager enkemanden efter sin forsikrede hustrus død, når den afdøde i det væsentlige havde forsørget familien.«

De faktiske omstændigheder og hovedsagens behandling

8. Det præjudicielle spørgsmål er opstået i en sag, der verserer for de tyske retsinstanser mellem Hans Menauer, der er sagsøger i første instans og indstævnt i kassationsankesagen, og Pensionskasse. Sagen drejer sig om, hvorvidt pensionskassen er forpligtet til at anerkende, at Hans Menauer har ret til enkemandspension.

9. Hans Menauer er enkemand efter Margitta Menauer, der var ansat i Barmer Ersatzkasses distriktskontor i Straubing fra den 1. september 1956 og indtil sin død den 12. november 1993. I kraft af en bestemmelse i Margitta Menauer's ansættelseskontrakt fandt den kollektive overenskomst for ansatte i Barmer Ersatzkasse anvendelse på Margitta Menauer's ansættelsesforhold. I medfør af denne overenskomst var Barmer Ersatzkasse forpligtet til at udrede ydelser fra virksomhedens pensionsordning til de ansatte uanset deres køn. Disse ydelser bestod af en alderspension, som Barmer Ersatzkasse selv skulle udrede, og en pension, der skulle udbetales af pensionskassen til de medarbejdere — såvel mænd som kvinder — der var tilknyttet pensionskassen. Ifølge overenskomsten skulle Barmer Ersatzkasse indbetale bidrag til pensionskassen på medarbejdernes vegne — uanset disses køn.

10. Margitta Menauer havde været tilknyttet pensionskassen under hele ansættelseskontraktens varighed. Efter hendes død

havde den efterlevende ægtefælle, Hans Menauer, forgæves forsøgt at få Barmer Ersatzkasse og Pensionskasse til at anerkende, at han havde ret til en efterladtepension.

11. Hans Menauer besluttede herefter at anlægge sag ved Arbeitsgericht mod Barmer Ersatzkasse og Pensionskasse for at få den pågældende pension udbetalt. Han gjorde gældende, at den yderligere betingelse, som i henhold til pensionskassens vedtægter skal være opfyldt for, at en enkemandspension kan komme til udbetaling — dvs. at den afdøde kvinde i det væsentlige havde forsørget familien — var ugyldig, idet betingelsen var i strid med lighedsprincippet, da den kun gjaldt for kvindelige arbejdstagere.

12. Arbeitsgericht gav ham medhold heri for så vidt angår pensionskassen, men frifandt Barmer Ersatzkasse. Pensionskassen ankede dommen til Landesarbeitsgericht, der imidlertid ikke gav pensionskassen medhold. Pensionskassen indbragte herefter sagen for Bundesarbeitsgericht.

Det præjudicielle spørgsmål

13. For så vidt angår spørgsmålet, om § 11, stk. 2, litra a), i pensionskassens vedtægter er i overensstemmelse med ligelønsprincippet i traktatens artikel 119, i det omfang det efter bestemmelsens ordlyd er en betingelse for at opnå ret til enkemandspension, at den afdøde kvindelige arbejdstager i det væsentlige havde forsørget familien, er den tyske ret tilsyneladende ikke i tvivl. Når det er fastslået, at efterladtepensionen henhører under en af de »andre ydelser«, der udgør »løn« i artikel 119's forstand, fremgår den diskriminerende karakter af § 11, stk. 2, litra a), i vedtægterne for pensionskassen tydeligt, idet denne bestemmelse undergiver enkemandens ret til efterladtepension efter en kvindelig arbejdstager en indskrænkende betingelse, der ikke gælder for en tilsvarende pension, der tilkommer enken efter en mandlig arbejdstager. Den forelæggende ret har således lagt til grund, at den omhandlede tyske bestemmelse er uforenelig med traktatens artikel 119, og har henset til Domstolens praksis [2] besluttet at se bort fra bestemmelsen, når den skal træffe afgørelse i sagen.

14. Bundesarbeitsgericht er imidlertid i tvivl om, hvorvidt Hans Menauer i den konkrete sag kan gøre sin ret til at oppebære efterladtepension gældende ikke blot over for arbejdsgiveren, men også over for pensionskassen. Retten har således rejst det principielle spørgsmål, om ligelønsprincippet i traktatens artikel 119 finder anvendelse på en organisation, som en pensionskasse, ikke blot på grund af, at pensionskassen er et selvstændigt retssubjekt, men også — som allerede anført — fordi pensionskassen fungerer som et forsikringsselskab. I sin egenskab af forsikringsselskab er kassen underlagt de organer, der har til

2 — Jf. dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne II, Sml. s. 455, præmis 40, og af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, præmis 21.

opgave at føre tilsyn med forsikringsvirksomhed i Tyskland i medfør af Versicherungsaufsichtsgesetz (lov om tilsyn med forsikringsvirksomhed), samt underlagt det selvstændige lighedsprincip, der er gældende inden for det forsikringsretlige område, hvorved selskaberne pålægges at udbetale samme ydelser ved samme præmiebetaling.

15. Den forelæggende ret har anført, at det netop er af disse grunde, at det i den overvejende del af den tyske litteratur afvises, at en pensionskasse — selv om den i sin egenskab af forsikringsselskab har påtaget sig visse pensionsrisici som omhandlet i BetrAVG's § 1, stk. 3 (jf. punkt 4 ovenfor) — hæfter direkte for opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Hvis omfanget af en pensionskasses forpligtelser inden for forsikringsområdet, således som disse er fastlagt i pensionskassens vedtægter, blev forøget, ville kassen være nødsaget til at kompensere for de ekstra udgifter, der følger heraf, i medfør af det allerede omtalte forsikringsretlige lighedsprincip ved at sætte bidragene tilsvarende op, hvilket ville påvirke lønnen for de arbejdstagere, der er tilknyttet pensionskassen, i det ikke usædvanlige tilfælde, hvor arbejdsgiveren ikke har påtaget sig hele bidragsbetalingen for sine medarbejdere.

16. Retten har i den forbindelse gjort opmærksom på, at en eventuel udvidelse af anvendelsesområdet for traktatens artikel 119 til også at omfatte pensionskasserne ville give betydelige problemer i national ret, og at dette ikke er påkrævet for at beskytte arbejdstagerne mod forskelsbehandling på grundlag af køn. Efter tysk ret skal der sondres mellem det underliggende retsforhold mellem på den ene side arbejdsgiveren og arbejdstageren, der er reguleret af de arbejdsretlige regler, og på den anden side forholdet mellem arbejdsgiveren og pensionsforsikringsselskabet, der er reguleret af forsikringsretlige regler. Det er netop denne sondring, der efter den forelæggende rets opfattelse gør det muligt at overholde princippet i traktatens artikel 119, idet arbejdsgiveren som allerede nævnt under alle omstændigheder fortsat hæfter for udbetalingen af pensionsydelserne til arbejdstagerne. Hver gang et gensidigt pensionsforsikringsselskab udbetaler ydelser, der ikke er i overensstemmelse med ligelønsprincippet, er arbejdsgiveren således forpligtet til at supplere ydelsen for at bringe den i overensstemmelse med dette princip. Arbejdstageren har tilmed — som allerede anført — en garanti for, at betalingen sker selv i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens.

17. Under disse omstændigheder vil det ikke være nødvendigt også at gøre et ansvar gældende over for en organisation, der står uden for forholdet mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren, med henblik på at beskytte sidstnævnte mod overtrædelser af traktatens artikel 119. Eftersom denne konklusion — henset til Domstolens praksis i Coloroll Pension Trustees-sagen samt i Fisscher-sagen [3] — ikke er utvivlsom, således som det også vil fremgå af det følgende, har Bundesarbeitsgericht i medfør af trak-

3 — Domme af 28.9.1994, sag C-200/91, Coloroll Pension Trustees, Sml. I, s. 4389, og sag C-128/93, Fisscher, Sml. I, s. 4583.

tatens artikel 177 forelagt følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»Skal EF-traktatens artikel 119 fortolkes således, at pensionskasser skal anses for arbejdsgivere og skal ligebehandle mænd og kvinder i forbindelse med ydelser fra erhvervstilknyttede alderspensionsordninger, selv om de diskriminerede arbejdstagere — over for dem, der umiddelbart er forpligtet til at erlægge pensionsydelserne, dvs. arbejdsgiverne som parter i arbejdskontrakterne — har et krav, der er sikret i tilfælde af insolvens, og som udelukker forskelsbehandling?«

Stillingtagen

Indledende bemærkninger

18. Før jeg påbegynder gennemgangen af det præjudicielle spørgsmål, vil jeg indledningsvis understrege — som Kommissionen og den nederlandske regering også har gjort det i deres indlæg — at svaret på de argumenter, der er fremført i forelæggelseskendelsen, og som jeg netop har gengivet, i vidt omfang allerede findes i Domstolens praksis, hvilket Bundesarbeitsgericht på sin vis selv har bekræftet. Jeg vil derfor gennemgå disse argumenter på baggrund af denne praksis.

Betydningen af pensionskassens retlige status

19. Som det fremgår af det ovenfor anførte, har et af de vigtigste argumenter, som Bundesarbeitsgericht på linje med pensionskassen og den tyske regering har fremført til støtte for, at traktatens artikel 119 ikke finder anvendelse på pensionskasserne, sammenhæng med kassernes retlige status og de negative konsekvenser, som en sådan anvendelse ville få for det tyske retssystem.

20. Hertil skal jeg først og fremmest bemærke, at selv om sådanne konsekvenser kommer på tale, kan argumentet ikke tillægges betydning, når der henses til det faste fællesskabsretlige princip om, at de vanskeligheder eller den uforenelighed med national ret, der måtte følge af gennemførelsen af fællesskabsretten i medlemsstaternes retsorden, ikke må hindre dennes gennemførelse [4].

4 — Jf. f.eks. og navnlig for så vidt angår dette argument Coloroll Pension Trustees-dommen, præmis 41 ff.

21. Der findes imidlertid i Domstolens praksis mere specifikke og mere velegnede holdepunkter for, at traktatens artikel 119 finder anvendelse på pensionskasser. For det første skal jeg henlede opmærksomheden på, at det af Domstolens faste praksis fremgår, at en alderspension, der udbetales fra en erhvervstilknyttet pensionsordning, der er oprettet i henhold til en kollektiv overenskomst, udgør »løn« med den virkning, at forbuddet mod forskelsbehandling i traktatens artikel 119 finder anvendelse herpå. Der opnås rent faktisk ret til en sådan pension i kraft af det tidligere arbejdsforhold, uanset om den erhvervstilknyttede pensionsordning erstatter den lovbestemte sociale pension eller den udgør et supplement hertil [5].

22. Dette fremgår endvidere af fast praksis, at efterladtepensioner er omfattet af begrebet »andre ydelser« i traktatens artikel 119, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren i forbindelse med oprettelsen af en erhvervstilknyttet pensionsordning. Selv om en sådan pension ikke skal udbetales til arbejdstageren, men derimod til den efterlevende ægtefælle, er alderspensionen en ydelse, der udspringer af den afdøde ægtefælles tilknytning til den pågældende pensionsordning [6].

23. Det skal endelig bemærkes — hvilket for mig er det mest interessante — at den omstændighed, at pensionen ikke udbetales af arbejdsgiveren selv, men derimod af en ekstern organisation, der er udpeget hertil af arbejdsgiveren, og som er et selvstændigt retssubjekt, heller ikke fratager pensionen sin karakter af løn. En sådan pensionsordning henhører ifølge Domstolen ligeledes under anvendelsesområdet for traktatens artikel 119 [7].

24. Dette fremgår af Domstolens udtalelser i Barber-dommen, hvori anvendelsen af princippet om lige løn til mænd og kvinder blev bekræftet, også for så vidt angår de erhvervstilknyttede pensionsordninger, der er »[...] oprettet i form af en 'trust' og administreres af 'trustees', som formelt er uafhængige af arbejdsgiveren, eftersom artikel 119 også finder anvendelse på ydelser, der modtages indirekte fra arbejdsgiveren« [8]. Denne fortolkning er efterfølgende — som Bundesarbeitsgericht også har anført — blevet bekræftet i de senere domme i Coloroll Pension Trustees-sagen og i Fisscher-sagen, hvori Domstolen fandt, at både »the trustees« efter lovgivningen i Det Forenede Kongerige og forvalterne af en erhvervstilknyttet pensionsordning efter nederlandsk ret, selv om de formelt set er uafhængige i forhold til arbejdsgiveren, »skal således, selv om de ikke har noget at gøre med arbejdsforholdet, udbetale ydelser, som har karakter af løn i artikel 119's forstand«, og »de har pligt til at

5 — Jf. dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, præmis 20, af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 28, og af 14.12.1993, sag C-110/91, Moroni, Sml. I, s. 6591, præmis 15 ff.

6 — Jf. dom af 6.10.1993, sag C-109/91, Ten Oever, Sml. I, s. 4879, præmis 8 ff., Coloroll Pension Trustees-dommen, præmis 18, samt dom af 17.4.1997, sag C-147/95, Evrenopoulos, Sml. I, s. 2057, præmis 22.

7 — Jf. Barber-dommen, præmis 28 og 29, Coloroll Pension Trustees-dommen, præmis 20, og Fisscher-dommen, præmis 31.

8 — Barber-dommen, præmis 29.

overholde bestemmelsen ved at gøre alt, hvad der ligger inden for deres beføjelser, for at sikre, at ligebehandlingsprincippet overholdes« [9].

25. Efter min opfattelse kan det generelt udledes af denne praksis, at eksterne organisationer, der af arbejdsgiveren har fået pålagt at administrere virksomhedens pensionsordning, uanset deres retlige form og den måde, hvorpå de har fået pålagt forvaltningen af den pension, som medarbejderne optjener ret til som led i deres arbejdsforhold, er forpligtet til at respektere det princip, der er nedfældet i traktatens artikel 119. I de sager, som jeg har omtalt, var der som i den foreliggende sag rent faktisk tale om, at den tredjemand, der af arbejdsgiveren havde fået pålagt at administrere virksomhedens pensionsfond — på samme måde som pensionskassen i den foreliggende sag — formelt set fungerede selvstændigt og var uafhængig i forhold til arbejdsgiveren, men Domstolen fandt ikke, at dette var tilstrækkeligt til at bringe forholdet uden for traktatens artikel 119. Desuden fandt Domstolen ikke, at det var afgørende, hvilken retlig form organisationen havde (på grund af de særlige forhold, der gør sig gældende i medlemsstaternes retssystemer). Domstolen fandt derimod det forhold, at disse organisationer »skal [...] udbetale ydelser, som har karakter af løn i artikel 119's forstand« [10] afgørende. Dette får mig således til at konkludere, at det forhold, at pensionskassen udgør et selvstændigt retssubjekt i forhold til arbejdsgiveren, og at den har karakter af et forsikringsselskab, ikke er tilstrækkeligt til at fritage den fra forpligtelsen til at overholde dette grundlæggende princip. Den omstændighed, at pensionskassen af arbejdsgiveren har fået pålagt at udbetale ydelser fra virksomhedens pensionsordning, bevirker efter min opfattelse, at den er forpligtet til at respektere dette princip i forbindelse med udførelsen af denne opgave.

26. Jeg mener heller ikke, at et af de øvrige argumenter, der er nævnt ovenfor, kan ændre på denne konklusion, nemlig argumentet om, at en anvendelse af traktatens artikel 119 risikerer at medføre en forhøjelse af bidragene, eftersom det lighedsprincip, der er gældende inden for forsikringsretten, pålægger forsikringsselskaberne at udbetale forsikringsydelser i forhold til de indbetalte bidrag. Jeg skal i den forbindelse henlede opmærksomheden på, at dette argument også allerede er blevet fremført og forkastet i Coloroll Pension Trustees-dommen, hvori Domstolen udtalte, at »den omstændighed, at anvendelsen af ligelønsprincippet er forbundet med vanskeligheder, der skyldes, at de midler, *the trustees* bestyrer, er utilstrækkelige, eller at arbejdsgiveren er ude af stand til at stille yderligere midler til rådighed, er et problem, som henhører under national ret«, samt »at eventuelle problemer, som skyldes, at de midler, *the trustees* bestyrer, er utilstrækkelige til at gøre ydelserne ensartede, skal løses på grundlag af national ret under hensyntagen til ligelønsprincippet«, og altså i overensstemmelse med traktatens artikel 119 [11].

27. Efter min opfattelse er der ikke fremført argumenter i den foreliggende sag, der

9 — Fissher-dommen, præmis 31, og Coloroll Pension Trustees-dommen, præmis 22 og 23.

10 — Fissher-dommen, præmis 31.

11 — Coloroll Pension Trustees-dommen, præmis 42 og 43, min fremhævelse.

kan rokke ved denne konklusion. I øvrigt kan det anføres, som også Kommissionen har understreget i sit skriftlige indlæg i sagen, at selv hvis man antog, at en anvendelse af princippet i traktatens artikel 119 ville føre til højere bidrag, ville en begrænsning i anvendelsen af det generelle princip ikke være berettiget, og det ville under alle omstændigheder være pensionskassens ansvar at tage højde for denne konsekvens og overveje andre former for finansiering.

Det personnelle anvendelsesområde for traktatens artikel 119

28. For at imødegå disse indvendinger har såvel Bundesarbeitsgericht som den tyske regering fremført andre argumenter, der også er nævnt ovenfor. De har først og fremmest for så vidt angår pensionskassen fremhævet, at arbejdsgiveren under alle omstændigheder fortsat hæfter for betalingen af de omhandlede ydelser, eftersom han har forpligtet sig hertil i medfør af den underliggende ansættelseskontrakt. Hvis de ydelser, der udbetales i medfør af vedtægterne for pensionskassen, skulle være ringere end dem, som arbejdsgiveren er forpligtet til at udrede i henhold til denne kontrakt, kan arbejdstageren få udbetalt en supplerende ydelse ved at gør krav gældende over for den umiddelbart forpligtede for denne ydelse, dvs. arbejdsgiveren selv. Det foreligger endvidere oplyst, at arbejdstagerens og den ydelsesberettigede pårørendes retskrav efter tysk ret ligeledes er beskyttet mod risikoen for arbejdsgiverens insolvens.

29. For at begynde med det første argument skal jeg først helt generelt anføre, at Domstolen i sin praksis klart har givet udtryk for, at »ligelønsprincippet hører til Fællesskabets grundlag, og at artikel 119 skaber rettigheder for borgerne, som de nationale domstole skal beskytte« [12]. Med udgangspunkt i denne udtalelse har Domstolen fastslået, at bestemmelsen ikke blot har retsvirkning i det »vertikale« forhold mellem offentlige myndigheder og private borgere, men tillige gælder for alle overenskomster, der kollektivt regulerer lønnet arbejde, samt for kontrakter indgået mellem private.

30. Når det er sagt, er der efter min opfattelse ingen tvivl om, at aftaler, som arbejdsgiveren har indgået med eksterne organisationer, der får pålagt at administrere pensionsordninger, ligeledes henhører under sådanne kontrakter. Domstolen har da også bekræftet denne antagelse, idet den har udtalt, at »artikel 119's effektive virkning [...] imidlertid i høj grad [ville] blive svækket, og det ville have særdeles uheldige følger for den retsbeskyttelse, der er nødvendig for en virkelig ligebehandling, hvis en arbejdstager eller dennes ydelsesberettigede pårørende kun kunne påberåbe sig bestemmelsen over for arbejdsgiveren og ikke over for *the trustees*, som det udtrykkelig er pålagt at opfylde arbejdsgiverens forpligtelser« [13]. Hvis dette ikke var tilfældet, ville arbejdsgiveren kunne »unddrage sig de forpligtelser, der påhviler ham i henhold til artikel 119, ved at vælge en

12 — Jf. Defrenne II-dommen, præmis 12 og 39, dom af 27.6.1990, C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, præmis 12, samt Corololl Pension Trustees-dommen, præmis 26.

13 — Coloroll Pension Trustees-dommen, præmis 23, og i samme retning, for så vidt angår forvalterne af en pensionsordning, Fisscher-dommen, præmis 31, min fremhævelse.

trust som den retlige organisationsform for oprettelsen af en erhvervstilknyttet pensionsordning« [14].

31. I den foreliggende sag vil arbejdsgiveren måske ikke kunne unddrage sig sine forpligtelser, da han som allerede anført under alle omstændigheder skal opfylde disse forpligtelser, men det ville dog utvivlsomt svække den effektive virkning af traktatens artikel 119, hvis den ydelsesberettigede pårørende var tvunget til at fremsætte kravet over for arbejdsgiveren. På den ene side fremstår pensionskassen, som Kommissionen også har gjort opmærksom på, for arbejdstageren (eller dennes ydelsesberettigede pårørende) som den, der rent logisk og på sin vis også naturligt er forpligtet til at udrede pensionen, i en sådan grad at han retter sig direkte til pensionskassen for at få pensionen udbetalt, og på den anden side kan den ensartede og generelle anvendelse af ligelønsprincippet kun realiseres, hvis den organisation, der har fået pålagt at forestå udbetalingen af pensionen, direkte og af egen drift overholder dette princip, uden at den ydelsesberettigede pårørende tvinges til at fremsætte pensionskravet over for arbejdsgiveren eller endog til at anlægge sag.

32. Det andet argument, der er nævnt ovenfor, anser jeg heller ikke for at være relevant, nemlig argumentet om, at selv hvis arbejdsgiveren var insolvent, ville den retlige beskyttelse af en arbejdstager, der tilhører den gruppe, der udsættes for forskelsbehandling, hverken blive svækket eller begrænset, da den offentlige myndighed, der er ansvarlig for at sikre arbejdstagerens krav i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens, dvs. Pensions-Sicherungs-Verein AG, indestår for udbetalingen af den insolvente arbejdsgivers ydelser. Den omstændighed, at arbejdstagerens krav på pension selv i en sådan situation er beskyttet, finder jeg ikke er afgørende i den foreliggende sag, og det kan under alle omstændigheder ikke begrunde, at pensionskassen fritages fra at overholde ligelønsprincippet i traktatens artikel 119. Jeg vil snarere sige, at denne retlige beskyttelse mod arbejdsgiverens insolvens skal tages for det, som den reelt er, dvs. en supplerende garanti for arbejdstagerens rettigheder, der er indført i overensstemmelse med de relevante fællesskabsretlige [15] og nationale bestemmelser, men den har ingen sammenhæng med spørgsmålet om anvendelsen af traktatens artikel 119 på pensionskasserne.

33. Jeg skal endelig bemærke, at det forhold, at traktatens artikel 119 finder anvendelse under de foreliggende omstændigheder — som den nederlandske regering har gjort opmærksom på i sit indlæg — også indirekte bekræftes af artikel 6, stk. 2, i direktiv 86/378/EØF [16]. Det fremgår såle-

14 — Coloroll Pension Trustees-dommen, præmis 21, min fremhævelse.

15 — Jf. i den forbindelse Rådets direktiv 80/987/EØF af 20.10.1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens (EFT L 283, s. 23).

16 — Rådets direktiv af 24.7.1986 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (EFT L 225, s. 40). Denne bestemmelse er blevet fortolket i samme retning af generaladvokat Van Gerven i det forslag, han har fremsat den 28.4.1993 i Ten Oever- og Coloroll Pension Trustees-sagen, Sml. 1993 I, s. 4893, punkt 57. Af den affattelse, der følger af Rådets direktiv 96/97/EF af 20.12.1996 om ændring af direktiv 86/378 (EFT L 46, s. 20) fremgår det også, at de organer, der administrerer ordningen »skal [...] overholde ligebehandlingsprincippet«.

des af denne bestemmelse, at når tilkendelse af en erhvervstilknyttet tillægs- eller erstatningspension er overladt til det organ, der administrerer ordningen, »skal de pågældende organer overholde ligebehandlingsprincippet«.

34. Det er herefter min opfattelse, at det bør fastslås, at arbejdstageren og dennes ydelsesberettigede pårørende har mulighed for at påberåbe sig traktatens artikel 119 ikke blot over for arbejdsgiveren, men også over for eksterne organisationer, som arbejdsgiveren har pålagt administrationen af sine erhvervstilknyttede tillægspensionsordninger, f.eks. en pensionskasse.

Forslag til afgørelse

35. Sammenfattende foreslår jeg, at Bundesarbeitsgericht's spørgsmål besvares således:

»EF-traktatens artikel 119 (EF-traktatens artikel 117-120 er blevet erstattet af artikel 136 EF-143 EF) skal fortolkes således, at pensionskasser, der udbetaler ydelser fra erhvervstilknyttede pensionsordninger, skal sidestilles med arbejdsgivere og er forpligtet til at overholde princippet om lige løn til mænd og kvinder, selv om arbejdsgiveren under alle omstændigheder hæfter for udbetalingen af pensionsydelserne, og de diskriminerede arbejdstageres krav er beskyttet mod risikoen for arbejdsgiverens insolvens og udelukker enhver form for forskelsbehandling.«