FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

föredraget den 27 mars 2001 [1]

1. Bundesarbeitsgericht (Förbundsrepubliken Tyskland) har genom beslut av den 23 mars 1999 i enlighet med artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) ställt en fråga om tolkningen av artikel 119 i EG-fördraget (artiklarna 117—120 i EG-fördraget har ersatts av artiklarna 136 EG—143 EG). Den tyska domstolen vill i synnerhet få klarhet i huruvida begreppet arbetsgivare i denna bestämmelse omfattar en pensionskassa som av arbetsgivaren har fått i uppdrag att förvalta sociala tjänsteförmåner och om denna kassa således är skyldig att iaktta den princip om lika lön för kvinnor och män som stadgas i artikel 119 i EG-fördraget.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

2. Som bekant fastslås principen om lika lön för manliga och kvinnliga arbetstagare i artikel 119 i EG-fördraget (nu artikel 141 EG). I denna bestämmelse föreskrivs att varje medlemsstat skall säkerställa denna princip för lika arbete.

I artikel 119.2 föreskrivs vidare följande:

"I denna artikel skall med *lön* förstås den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen."

Den tyska lagen om förbättring av kompletterande tjänstepension (BetrAVG)

3. Som framgår av begäran om förhandsavgörande och av den tyska regeringens yttrande tillhandahålls i Förbundsrepubli-

1 — Originalspråk: italienska.

ken Tyskland kompletterande tjänstepensionsförmåner i olika former. I det enklaste fallet påtar sig arbetsgivaren direkt dessa sociala förpliktelser. I övriga fall utnyttjas externa organ för att verkställa nämnda sociala förpliktelser. Arbetsgivaren utger då inte några förmåner, utan bidrar indirekt till dessa, närmare bestämt på följande sätt: genom Direktversicherung (direktförsäkring), det vill säga en försäkring på den öppna marknaden som arbetsgivaren tecknat till förmån för arbetstagaren, genom en Unterstützungskasse, det vill säga en hjälp- eller understödskassa, eller, såsom i det förevarande fallet, genom en Pensionskasse, det vill säga en pensionskassa som arbetsgivaren har inrättat och som finansieras genom avgifter som denne betalar.

4. Vad beträffar det sistnämnda fallet skall det påpekas att enligt 1 § tredje stycket Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (lag om förbättring av kompletterande tjänstepension, nedan kallad BetrAVG) är Pensionskasse ett försäkringsorgan med rättskapacitet, som till arbetstagaren eller hans rättsinnehavare utger de förmåner som dessa har rätt till, och som övertar försäkringsriskerna på samma sätt som ett försäkringsföretag.

5. Även om arbetsgivaren inte utger förmånerna direkt, utan för detta använder sig av ett försäkringsorgan, förblir arbetsgivaren gäldenär i fråga om de förmåner som denne är skyldig inom ramen för det anställningsförhållande som ligger till grund. Som den nationella domstolen har påpekat skall arbetsgivaren enligt 1 § första stycket fjärde meningen BetrAVG, om det i de försäkringsvillkor som fastställts enligt Pensionskasses stadgar föreskrivs en lägre ersättningsnivå än den som föreskrivs i anställningsavtalet, själv åtgärda denna brist och fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet, varvid likabehandlingsprincipen skall iakttas.

6. Den nationella domstolen har slutligen understrukit att den rättighet som härav följer för den enskilde arbetstagaren skyddas mot arbetsgivarens insolvens enligt 7 § BetrAVG. I sådana fall skall nämligen det organ som är offentligrättsligt behörigt i detta avseende, Pensions-Sicherungs-Verein a.G., åta sig arbetsgivarens utbetalningar.

Stadgan för Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse

7. I det förevarande fallet skall det påpekas att enligt 11 § i stadgan för Pensionskasse für die Angestellten der Barmer Ersatzkasse (nedan kallad Pensionskasse eller pensionskassan), det vill säga för pensionskassan för de anställda vid Barmer Ersatzkasse, som i

detta fall är arbetsgivare, föreskrivs bland annat följande:

"Förmåner

Följande förmåner beviljas medlemmar, som genom försäkringsutfallet lämnar Barmer Ersatzkasses tjänst...:

1. ...

2. Pensioner till efterlevande efter det att utbetalningar av pensioner respektive av lön till medlemmar uteblivit:

   a) Änkepension till änkan efter avliden medlem. En make erhåller änkepension efter en försäkrad makas död, om den avlidna makan till övervägande del svarat för försörjningen av familjen."

Bakgrund och förfarande

8. Frågan har uppkommit i en tvist vid de tyska domstolarna mellan Hans Menauer, som var sökande i första instans och svarande i överinstansen, och Pensionskasse, och gäller huruvida Pensionskasse är skyldig att tillerkänna Hans Menauer rätten att uppbära änkepension.

9. Hans Menauer är änkling efter Margitta Menauer, som från den 1 september 1956 och fram till sin bortgång den 12 november 1993 var anställd vid Barmer Ersatzkasses områdeskontor i Straubing. Margitta Menauers anställningsförhållande omfattades av det kollektivavtal som var tillämpligt på Barmer Ersatzkasse, på grund av en hänvisning i Margitta Menauers enskilda anställningsavtal. Enligt detta kollektivavtal är Barmer Ersatzkasse skyldig att stå för en kompletterande tjänstepension för sina anställda av båda könen. Denna förmån består av ett avgångsvederlag som arbetsgivaren själv skall utge och en pension som skall utges från Pensionskasse till de manliga och kvinnliga anställda som är medlemmar i denna pensionskassa. Enligt detta kollektivavtal skulle Barmer Ersatzkasse till Pensionskasse erlägga medlemsavgifter för sina anställda av båda könen.

10. Margitta Menauer var under hela sin anställningstid medlem i nämnda pensionskassa. Efter hennes bortgång begärde Hans

Menauer utan framgång hos Barmer Ersatzkasse och hos Pensionskasse att han skulle beviljas efterlevandepension.

11. Hans Menauer beslutade då att väcka talan vid Arbeitsgericht och yrkade därvid att Barmer Ersatzkasse och Pensionskasse skulle förpliktas att utbetala ovannämnda pension. Hans Menauer gjorde gällande att ovannämnda, i Pensionskasses stadga föreskrivna, villkor för beviljande av efterlevandepension till änklingen — det vill säga att den avlidna arbetstagaren till övervägande del svarat för försörjningen av familjen — är rättsstridigt på grund av åsidosättande av likabehandlingsprincipen, då detta är ett krav enbart i fråga om kvinnliga arbetstagare.

12. Arbeitsgericht biföll Hans Menauers talan mot Pensionskasse, men ogillade talan mot Barmer Ersatzkasse. Pensionskasse överklagade denna dom till Landesarbeitsgericht, men överklagandet vann inte bifall. Pensionskasse överklagade därför denna dom till Bundesarbeitsgericht.

Tolkningsfrågan

13. Den tyska domstolen förefaller inte tvivla på att 11 § 2 a i Pensionskasses stadgar strider mot principen om lika lön som stadgas i artikel 119 i EG-fördraget, eftersom det enligt denna bestämmelse är ett villkor för förmånen för änkling att den avlidna kvinnliga arbetstagaren till övervägande del skall ha svarat för försörjningen av familjen. Eftersom det i 11 § 2 a i Pensionskasses stadgar föreskrivs att efterlevandepension ingår bland de "övriga förmåner" som utgör "lön" i den mening som avses i denna artikel är det uppenbart att bestämmelsen är av diskriminerande art, eftersom det i denna finns ett restriktivt villkor för att en änkling skall ha rätt till efterlevandepension avseende en kvinnlig arbetstagare och detta villkor inte har någon motsvarighet vad gäller liknande typ av pension för en änka efter en manlig arbetstagare. Det ankommer således på den nationella domstolen att avgöra om de tyska försäkringsbestämmelserna är förenliga med artikel 119 i fördraget och om det är nödvändigt att mot bakgrund av domstolens rättspraxis [2] underlåta att tillämpa dessa bestämmelser i det enskilda fallet.

14. I det förevarande fallet vill emellertid Bundesarbeitsgericht få klarhet i huruvida Hans Menauer kan göra gällande sin rätt till efterlevandepension, inte enbart mot arbetsgivaren utan även gentemot Pensionskasse. Mer allmänt vill Bundesarbeitsgericht få klarhet i huruvida likabehandlingsprincipen, som fastslås i artikel 119 i fördraget, är tillämplig på ett sådant organ som pensionskassan dels eftersom Pensionskasse är juridiskt självständig, dels eftersom den har karaktären av försäk-

2 — Se dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne II (REG 1976, s. 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59), punkt 40, och av den 7 februari 1991 i mål C-184/89, Nimz (REG 1991, s. I-297), punkt 21.

ringsföretag. Pensionskasse omfattas i denna egenskap av försäkringsinspektionens kontroll enligt Versicherungsaufsichtsgesetz (lag om kontroll av försäkringsbolag och deras verksamhet) och av den självständiga likabehandlingsprincip som gäller inom försäkringsrätten, vilken innebär att lika förmåner skall utgå för lika avgifter.

15. Den nationella domstolen har påpekat att just av dessa skäl anses det i den övervägande delen av tysk doktrin uteslutet att en pensionskassa, enbart genom att den såsom försäkringsgivare övertar vissa risker i fråga om social trygghet och understöd i den mening som avses i 1 § tredje stycket BetrAVG (se ovan punkt 4) kan vara direkt ansvarig för de skyldigheter som följer av likabehandlingsprincipen. Om de försäkringsskyldigheter som kassan har enligt stadgan skulle utökas måste — enligt den ovannämnda försäkringsrättsliga likabehandlingsprincipen — de därav orsakade merkostnaderna täckas av en motsvarande höjning av avgifterna. Detta skulle få återverkningar på medlemmarnas löner i den föga ovanliga situationen att arbetsgivaren inte helt har övertagit skyldigheten att betala de anställdas försäkringsavgifter.

16. Bundesarbeitsgericht har understrukit att om tillämpningen av artikel 119 i fördraget i denna situation skulle utvidgas till att även omfatta organen i fråga skulle det leda till allvarlig inkonsekvens i det tyska systemet, utan att en sådan utvidgning verkligen vore nödvändig för att skydda arbetstagarna mot könsdiskriminering. I den tyska rättsordningen finns det en skillnad mellan å ena sidan det grundläggande förhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren, som regleras av arbetsrättsliga bestämmelser, och å andra sidan förhållandet mellan arbetsgivaren och försäkringsorganet, som regleras av försäkringsrätten. Just denna skillnad möjliggör enligt den nationella domstolen att säkerställa att principen i artikel 119 i fördraget iakttas, eftersom arbetsgivaren som sagt förblir gäldenär i fråga om förmånerna till arbetstagaren. När försäkringsorganet erbjuder förmåner som inte är förenliga med principen om lika lön, är arbetsgivaren emellertid skyldig att komplettera den förmån som skall utges på sådant sätt att denna princip iakttas. Som jag har anfört ovan skyddas arbetstagaren även mot arbetsgivarens insolvens.

17. I denna situation är det inte nödvändigt att ett organ som står utanför förhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren går in för att säkerställa dennes rättigheter mot åsidosättande av artikel 119 i fördraget. Med hänsyn till att denna slutsats, mot bakgrund av domstolens rättspraxis i domarna i målet Coloroll och i målet Fisscher [3], såsom vi snart skall se inte är helt uppenbar har Bundesarbeitsgericht med stöd av artikel 177 i EG-fördraget

3 — Dom av den 28 september 1994 i mål C-200/91, Coloroll Pension Trustees (REG 1994, s. I-4389; svensk specialutgåva, volym 16, s. 89) och i mål C-128/93, Fisscher (REG 1994, s. I-4583; svensk specialutgåva, volym 16, s. 127).

ställt följande tolkningsfråga till EG-domstolen:

"Skall artikel 119 i EG-fördraget tolkas så att pensionskassor skall anses vara arbetsgivare och skyldiga att behandla män och kvinnor lika vid beviljande av en tjänstebaserad ålderspension, trots att de diskriminerade arbetstagarna har rätt att kräva en pension av den som är omedelbart skyldig att stå för förmånen — nämligen enligt anställningsavtalet arbetsgivarna — och nämnda rätt är skyddad mot insolvens och utesluter diskriminering?"

Rättslig bedömning

Bakgrund

18. Innan jag övergår till tolkningsfrågan, skall jag understryka, vilket även kommissionen och den nederländska regeringen har gjort i sina yttranden, att svaret på argumenten i begäran om förhandsavgörande, vilka har sammanfattats ovan, till stor del står att finna i domstolens rättspraxis, vilket även Bundesarbeitsgericht i viss mån bekräftar. Jag skall därför övergå till att behandla dessa argument och därvid till stor del utgå ifrån denna rättspraxis.

Betydelsen av pensionskassans rättsliga natur

19. Som vi redan har sett har ett av de huvudsakliga argument som Bundesarbeitsgericht, och även Pensionskasse och den tyska regeringen, anför för att utesluta tillämpning av artikel 119 i EG-fördraget på pensionskassor samband med de sistnämndas rättsliga natur och den negativa inverkan som en sådan tillämpning skulle ha på den tyska rättsordningen.

20. Jag vill härvid framför allt — och till att börja med rent allmänt — erinra om att även om det skulle förekomma sådan inverkan kan inte detta argument vara avgörande, eftersom det utgör en fast princip inom gemenskapsrätten att dess införlivande med medlemsstaternas rättsordningar inte kan hindras av att detta införlivande kan leda till svårigheter eller oförenlighet. [4]

4 — Se bland annat, särskilt i förhållande till ifrågavarande argument, domen i det ovannämnda målet Coloroll, punkt 41 och följande punkter.

21. Det finns emellertid stöd för uppfattningen att artikel 119 i fördraget är tillämplig på pensionskassor i ännu mer specifika och passande fall i domstolens rättspraxis. Jag vill härvid först och främst erinra om att enligt en fast linje i denna rättspraxis utgör en ålderspension som utges på grundval av ett system för tjänsteförmåner som inrättats med stöd av ett kollektivavtal "lön" enligt det diskrimineringsförbud som i detta avseende stadgas i artikel 119 i fördraget. En sådan pension medges på grund av det tidigare anställningsförhållandet, oberoende av huruvida tjänstepensionssystemet har trätt i stället för det lagstadgade systemet eller är av kompletterande karaktär. [5]

22. Det framgår även av fast rättspraxis att efterlevandepension omfattas av begreppet "övriga förmåner" i artikel 119 i EG-fördraget, vilka arbetstagaren på grund av anställningen får av arbetsgivaren, genom att det inrättas ett tjänstepensionssystem. Även om ovannämnda pension inte utges till arbetstagaren, utan till dennes efterlevande make eller maka, bygger rätten till en sådan förmån på att den efterlevandes make eller maka var ansluten till tjänstepensionssystemet. [6]

23. Jag vill slutligen — och detta är den mest intressanta frågan — erinra om att det inte heller är uteslutet att en tjänsteförmån har karaktären av lön i det fallet att förmånen inte utges av arbetsgivaren utan av ett, av denne inrättat, rättsligt självständigt externt organ. Även ett sådant förmånssystem omfattas enligt domstolen av tillämpningsområdet för artikel 119 i fördraget. [7]

24. Denna inriktning lades fast i domen i målet Barber, i vilken det fastslogs att principen om lika lön för kvinnor och män skall tillämpas även på privata yrkespensionssystem "som står under förvaltarskap, med förvaltare som är formellt självständiga gentemot arbetsgivaren, eftersom det i artikel 119 även åsyftas sådana förmåner som erhålles indirekt från arbetsgivaren". [8] Denna inriktning bekräftades, såsom Bundesarbeitsgericht erinrar om, i de senare domarna i de ovannämnda målen Coloroll och Fisscher, i vilka domstolen slog fast att såväl förvaltare enligt Förenade kungarikets rätt som administratörerna av ett tjänstepensionssystem enligt nederländsk rätt, vilka, även om de är formellt självständiga gentemot arbetsgivaren och även om de "står utanför anställningsförhållandet, [skall] utge förmåner som utgör lön enligt artikel 119", vilket leder till att de "är ... skyldiga att iaktta bestämmelsen i

5 — Se dom av den 13 maj 1986 i mål 170/84, Bilka (REG 1986, s. 1607; svensk specialutgåva, volym 8, s. 583), punkt 20, av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889; svensk specialutgåva, volym 10, s. 407), punkt 28, och av den 14 december 1993 i mål C-110/91, Moroni (REG 1993, s. I-6591; svensk specialutgåva, volym 14, s. 453), punkt 15 och följande punkter.

6 — Dom av den 6 oktober 1993 i mål C-109/91, Ten Oever (REG 1993, s. I-4879; svensk specialutgåva, volym 14, s. 341), punkt 8 och följande punkter, i det ovannämnda målet Coloroll, punkt 18, och av den 17 april 1997 i mål C-147/95, Evrenopoulos (REG 1997, s. I-2057), punkt 22.

7 — Domen i det ovannämnda målet Barber, punkterna 28 och 29, i det ovannämnda målet Coloroll, punkt 20, och i det ovannämnda målet Fisscher, punkt 31.

8 — Se domen i det ovannämnda målet, punkt 29.

fråga genom att göra allt som ryms inom ramarna för deras befogenheter för att säkerställa respekten för likabehandlingsprincipen på ifrågavarande område". [9]

25. Med stöd av denna rättspraxis anser jag det möjligt att dra den allmänna slutsatsen att tredje man som av arbetsgivaren har fått i uppdrag att förvalta ett tjänstepensionssystem skall iaktta den princip som stadgas i artikel 119 i EG-fördraget, oberoende av deras rättsliga form och på vilket sätt de har fått i uppdrag att förvalta den anställdes rätt till pension på grundval av anställningsförhållandet. Även i ovannämnda rättspraxis var den tredje man som av arbetsgivaren hade fått i uppdrag att förvalta en tjänstepensionsfond — såsom Pensionskasse i det förevarande fallet — formellt sett självständig gentemot arbetsgivaren, men domstolen ansåg inte detta vara tillräckligt för att artikel 119 i fördraget inte skulle vara tillämplig på denne. Inte heller ansågs det vara avgörande vilken rättslig form detta försäkringsorgan har enligt de särskilda reglerna i respektive nationell rättsordning. Däremot ansåg domstolen det vara avgörande att det ankommer på dessa organ att "utge förmåner som utgör lön enligt artikel 119". [10] Detta får mig att dra slutsatsen att Pensionskasses juridiska självständighet gentemot arbetsgivaren och dess karaktär av försäkringsorgan inte är tillräckligt för att denna kassa inte skall vara skyldig att iaktta denna grundläggande princip. Eftersom Pensionskasse av arbetsgivaren har fått i uppdrag att utge en tjänstepensionsförmån anser jag däremot att denna kassa är skyldig att iaktta denna princip vid utövandet av denna verksamhet.

26. Enligt min mening ändras inte heller denna slutsats på grund av ett annat av de ovan angivna argumenten, nämligen att eftersom den likabehandlingsprincip som gäller inom försäkringsrätten innebär att det skall utges försäkringsförmåner som motsvarar avgifterna, riskerar en tillämpning av artikel 119 i fördraget på Pensionskasse att leda till en höjning av avgifterna. Jag vill härvid erinra om att även denna invändning redan har behandlats — och förkastats — i domen i det ovannämnda målet Coloroll. Domstolen fastslog nämligen i den domen att "den omständigheten att tillämpningen av principen om lika lön stöter på svårigheter på grund av att de medel som förvaltarna förfogar över inte räcker till eller att arbetsgivaren inte kan tillhandahålla ytterligare medel, är ett problem som hänför sig till nationell rätt", vilket leder till att "de eventuella problem som följer av att de medel som *förvaltarna* förfogar över inte räcker till för en utjämning av förmånerna skall lösas på grundval av nationell rätt mot bakgrund av principen om lika lön", varvid således artikel 119 i fördraget iakttas fullt ut. [11]

27. Jag anser inte att det i förevarande mål har anförts argument som bör leda till en

9 — Se domen i det ovannämnda målet Fisscher, punkt 31, och domen i det ovannämnda målet Coloroll, punkterna 22 och 23.

10 — Se det ovannämnda målet Fisscher, punkt 31.

11 — Se domen i det ovannämnda målet Coloroll, punkterna 42 och 43, min kursivering.

omprövning av denna slutsats. Även om en tillämpning av den princip som stadgas i artikel 119 i fördraget skulle leda till en höjning av avgifterna, motiverar inte detta en begränsning av tillämpningen av den allmänna principen, såsom kommissionen har anfört i sitt skriftliga yttrande. Det är i sådana fall kassan som skall konstatera ovannämnda konsekvens och ombesörja ytterligare finansiering.

29. Vad beträffar det första argumentet, kan allmänt sägas att det i domstolens fasta rättspraxis har uttalats att "principen om lika lön utgör en av gemenskapens grundvalar och att artikel 119 ger upphov till rättigheter för de enskilda som det åligger de nationella domstolarna att skydda". [12] Av detta konstaterande har domstolen dragit slutsatsen att den ändamålsenliga verkan av denna bestämmelse inte är begränsad till vertikala förhållanden, mellan myndigheter och enskilda, utan även omfattar alla avtal som syftar till att kollektivt reglera anställningen, liksom avtal mellan enskilda.

Den subjektiva räckvidden av artikel 119 i EG-fördraget

28. För att bemöta denna invändning har såväl Bundesarbeitsgericht som den tyska regeringen anfört andra argument, vilka även har åberopats tidigare. De har först och främst understrukit att vad beträffar Pensionskasse förblir arbetsgivaren gäldenär i fråga om förmånerna, vilket han har förpliktat sig till genom det underliggande anställningsavtalet. Om de förmåner som föreskrivs i pensionskassans stadgar har ett lägre belopp än dem som arbetsgivaren är skyldig att tillförsäkra enligt detta anställningsavtal, kan arbetstagaren erhålla en kompletterande social förmån genom att vända sig till huvudgäldenären, det vill säga arbetsgivaren, i fråga om förmånen. Dessutom erinras om att i det tyska systemet skyddas arbetstagarens och hans rättsinnehavares rättigheter även mot arbetsgivarens insolvens.

30. Efter att ha konstaterat detta, anser jag att dessa avtal otvivelaktigt måste omfatta avtal som arbetsgivaren har ingått med tredje man, som har fått i uppdrag att förvalta pensionssystem. Domstolen har dragit just denna slutsats när den fastslog att "den ändamålsenliga verkan av artikel 119 avsevärt försvagas samtidigt som det rättsskydd som krävs för att effektiv likabehandling skall uppnås allvarligt äventyras om en arbetstagare eller dennes rättsinnehavare endast [kan] åberopa ifrågavarande bestämmelse gentemot arbetsgivaren, men inte gentemot de förvaltare som uttryckligen har ålagts att fullgöra arbetsgivarens skyldigheter". [13] Om detta inte vore fallet skulle arbetsgivaren ha möjlighet att "undandra sig de skyldigheter som

12 — Se domen i det ovannämnda målet Defrenne II, punkterna 12 och 39, dom av den 27 juni 1990 i mål C-33/89, Kowalska (REG 1990, s. I-2591), punkt 12, och domen i det ovannämnda målet Coloroll, punkt 26.

13 — Se domen i det ovannämnda målet Coloroll, punkt 23. Se i detta avseende beträffande förvaltare av ett yrkespensionssystem domen i det ovannämnda målet Fisscher, punkt 31, min kursivering.

åligger honom enligt artikel 119 genom att låta yrkespensionssystemet stå under förvaltarskap". [14]

31. I det förevarande fallet skulle arbetsgivaren kanske inte undandra sig de nämnda skyldigheterna, med hänsyn till att denne som sagt måste träda in för att uppfylla dessa. Att tvinga dem som har rätt till efterlevandepension att vända sig till arbetsgivaren skulle emellertid otvivelaktigt leda till att den ändamålsenliga verkan av artikel 119 i EG-fördraget försvagades. Såsom kommissionen har påpekat framstår kassan ur arbetstagarens (och hans rättsinnehavares) synvinkel logiskt och på något sätt naturligt som gäldenär i fråga om pensionen, vilket leder till att arbetstagaren föranleds att vända sig direkt till kassan för att erhålla pensionen. Vidare kan likabehandlingsprincipen få en enhetlig och generell tillämpning enbart om det organ som har fått i uppdrag att utge pension direkt och på eget initiativ säkerställer att principen iakttas, utan att rättsinnehavaren tvingas utkräva pensionen av arbetsgivaren eller vidta rättsliga åtgärder.

32. Inte heller anser jag att det andra ovan angivna argumentet är relevant, nämligen att i fall av arbetsgivarens insolvens vare sig försvagas eller inskränks det rättsliga skyddet för en arbetstagare som tillhör en diskriminerad grupp, eftersom det organ som enligt lag är behörigt att ansvara för skydd mot arbetsgivarens insolvens, Pensions-Sicherungs-Verein a.G., är skyldigt att stå för den insolvente arbetsgivarens förmåner. Den omständigheten att skyddet för arbetstagarnas sociala rättigheter säkerställs även i det nämnda fallet inverkar enligt min mening inte på detta syfte och är således inte utslagsgivande för om frågan huruvida kassan skall befrias från skyldigheten att iaktta principen om lika lön i artikel 119 i EG-fördraget. Jag anser snarare att det nämnda systemet för lagstadgat skydd mot arbetsgivarens insolvens skall bedömas som vad det verkligen är, nämligen en tilläggsgaranti för arbetstagarens rättigheter som har införts i enlighet med de relevanta gemenskapsrättsliga [15] och nationella bestämmelserna. Detta har dock inget att göra med frågan huruvida artikel 119 i EG-fördraget är tillämplig på pensionskassor.

33. Jag vill slutligen påpeka att denna tillämplighet, såsom den nederländska regeringen har erinrat om i sitt yttrande, indirekt bekräftas av artikel 6.2 i direktiv 86/378/EEG. [16] I denna bestäm-

14 — Se domen i det ovannämnda målet Coloroll, punkt 21, min kursivering.

15 — Se rådets direktiv 80/987/EEG av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens (EGT L 283, s. 23; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 121).

16 — Rådets direktiv 86/378/EEG av den 24 juli 1986 om genomförandet av principen om likabehandling av män och kvinnor i företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet (EGT L 225, s. 40, svensk specialutgåva, område 5, volym 4, s. 83). Denna bestämmelse har tolkats på samma sätt av generaladvokaten van Gerven i förslag till avgörande föredraget den 28 april 1993 i de ovannämnda målen Ten Oever och Coloroll (REG 1993, s. I-4893, punkt 57). I den lydelse som följer av rådets direktiv 96/97/EG av den 20 december 1996 om ändring av direktiv 86/378/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av män och kvinnor i företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet (EGT L 46, s. 20) kan också utläsas att förmånssystemets förvaltning "måste ... rätta sig efter likabehandlingsprincipen".

melse föreskrivs att när det överlämnas åt förmånssystemets förvaltning att efter gottfinnande bevilja förmåner, "måste den rätta sig efter likabehandlingsprincipen".

34. Av dessa skäl anser jag att arbetstagaren och hans rättsinnehavare skall ha rätt att åberopa artikel 119 i EG-fördraget, inte enbart gentemot arbetsgivaren utan även gentemot tredje man som av arbetsgivaren har fått i uppdrag att förvalta ett tilläggspensionssystem, såsom pensionskassan.

Förslag till avgörande

35. Mot bakgrund av de föregående övervägandena föreslår jag att den av Bundesarbeitsgericht ställda frågan skall besvaras på följande sätt:

Artikel 119 i EG-fördraget (artiklarna 117—120 i EG-fördraget har ersatts av artiklarna 136—143 EG) skall tolkas så, att pensionskassor som utger kompletterande tjänstepension skall anses vara arbetsgivare och är skyldiga att iaktta principen om lika lön för kvinnor och män, trots att arbetsgivaren förblir gäldenär i fråga om de sociala förmånerna och de diskriminerade arbetstagarna har en rätt som är skyddad mot insolvens och utesluter diskriminering.