

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
WALTER VAN GERVEN

fremsat den 28. april 1993 \*

Indhold

Domstolens praksis vedrørende EØF-traktatens artikel 119 og Domstolens dom i Barber-sagen .....	I - 4894
Baggrunden for de foreliggende sager .....	I - 4897
Barber-dommens tidsmæssige virkninger .....	I - 4901
Gælder dommen i Barber-sagen og den deri fastsatte tidsmæssige begrænsning også for andre erhvervstilknyttede pensionsordninger end dem, Barber-dommen drejede sig om? ...	I - 4911
Er anvendelse af forskellige aktuarmæssige faktorer for mænd og kvinder i strid med EØF-traktatens artikel 119? .....	I - 4913
Er betaling af enkemandspension omfattet af traktatens artikel 119? .....	I - 4923
Spørgsmålet om, hvorvidt artikel 119 kan påberåbes af den afdøde arbejdstagers ægtefælle	I - 4927
Spørgsmålet om, hvorvidt artikel 119 kan påberåbes over for en erhvervstilknyttet pensionsordnings »trustees« .....	I - 4929
Artikel 119 og de forskellige finansieringsmetoder for erhvervstilknyttede pensionsordninger .....	I - 4934
Anvendelse af artikel 119 på pensionsordninger, som kun personer af ét køn er tilsluttet ..	I - 4935
Forslag til afgørelse .....	I - 4936

\* Originalsprog: nederlandsk.

*Hr. præsident,  
De herrer dommere,*

1. I de foreliggende sager er der forelagt Domstolen en lang række præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikel 119, navnlig under hensyntagen til dommen af 17. maj 1990 i Barber-sagen<sup>1</sup>. I sag C-110/91, Moroni, er der tillige forelagt en række fortolknings-spørgsmål vedrørende forholdet mellem artikel 119, dommen i Barber-sagen og Rådets direktiv 86/378/EØF af 24. juli 1986 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger<sup>2</sup>.

2. I betragtning af omfanget af de forelagte spørgsmål, deres kompleksitet og de indlæg, der er afgivet for Domstolen, vil jeg gå til værks på følgende måde. Allerførst skal jeg behandle det efter min mening mest afgørende spørgsmål, der går som en rød tråd gennem disse sager, nemlig hvilken tidsmæssig virkning følgerne af Barber-dommen præcist har. Derefter vil jeg undersøge, om Barber-dommen og den deri fastsatte tidsmæssige begrænsning også gælder for andre pensionsordninger end dem, som Barber-dommen drejede sig om. Følgende undersøger jeg et spørgsmål — der især spiller en rolle i sag C-152/91, Neath, og C-200/91, Coloroll — nemlig om anvendelse af aktuar-mæssige faktorer baseret på køn til beregning af pensionsbidrag og -ydelser er forenelig med artikel 119. Til slut vil jeg drøfte en

række andre spørgsmål, der er rejst i de foreliggende sager, nemlig i) om betaling af en enkemandspension falder ind under artikel 119 (dette spørgsmål er stillet i sag C-109/91, Ten Oever), ii) om artikel 119 kan påberåbes af en afdød arbejdstagers ægtefælle og over for »trustees« i en pensionsordning (et af de centrale spørgsmål i Coloroll-sagen) og iii) en række spørgsmål vedrørende den praktiske gennemførelse af princippet i artikel 119 om ligebehandling inden for erhvervstilknyttede pensionsordninger samt ansvaret herfor (igen i Coloroll-sagen).

Først er det dog formålstjenligt i korthed at sammenfatte Barber-dommen og at skitsere baggrunden for sagerne for de nationale domstole, for så vidt dette har betydning for mit forslag til afgørelse.

#### **Domstolens praksis vedrørende EØF-traktatens artikel 119 og Domstolens dom i Barber-sagen**

3. Som bekendt indeholder traktatens artikel 119 for medlemsstaterne en forpligtelse til at sikre lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde. »Løn« defineres i artikel 119, stk. 2, som »den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier«. Domstolen har siden

<sup>1</sup> — Dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Sml. I, s. 1889.

<sup>2</sup> — EFT L 225, s. 40.

Defrenne I-dommen anlagt en vid fortolkning af det således definerede lønbegreb, idet begrebet skal omfatte:

»samtlige ydelser, aktuelle eller fremtidige, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren, eventuelt indirekte, i penge eller naturalier«<sup>3</sup>.

Endvidere, tilføjede Domstolen i Defrenne II-sagen, finder artikel 119

»umiddelbart, og uden at der fra Fællesskabets eller medlemsstaternes side skal træffes nærmere gennemførelsesbestemmelser, anvendelse på enhver direkte og åben forskelsbehandling, som kan konstateres allerede ved hjælp af de i artiklen opstillede kriterier, samme arbejde og lige løn«<sup>4</sup>.

Med hensyn til fortolkningen af »ydelser« i artikel 119's forstand havde Domstolen i Defrenne I-sagen udtalt, at socialsikringsordninger og -ydelser, navnlig alderspensioner, selv om de principielt ikke helt kan udelukkes fra begrebet løn, ikke er omfattet af lønbegrebet. Domstolen traf denne afgørelse ud fra følgende kendetegn for sociale sikringsordninger: i) de er direkte reguleret ved lov

uden nogen form for overenskomst inden for den pågældende virksomhed eller erhvervsgræn, og de finder obligatorisk anvendelse på almindelige grupper af arbejdstagere, og ii) de sikrer arbejdstagerne ydelser fra »et lovmæssigt system«, der finansieres af arbejdstagere, arbejdsgivere og eventuelt det offentlige, og hvortil bidragene i mindre grad følger af arbejdsforholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager end af socialpolitiske overvejelser, således at arbejdsgivernes andel i finansieringen af disse systemer ikke udgør en direkte eller indirekte betaling til arbejdstageren i artikel 119's forstand<sup>5</sup>. Under anvendelse af disse kriterier nåede Domstolen i Bilka-dommen af 13. maj 1986 dog frem til at betegne ydelser inden for rammerne af en virksomhedspensionsordning — som var baseret på en overenskomst mellem arbejdsgiver og bedriftsråd, og som udgjorde en integrerende del af arbejdskontrakten — som ydelser i artikel 119's forstand<sup>6</sup>.

4. I Barber-sagen skulle Domstolen tage stilling til en såkaldt »contracted-out« pensionsordning, der var godkendt ifølge den britiske lovgivning, dvs. en erhvervstilknyttet pensionsordning, som etableres ved overenskomst mellem arbejdsmarkedets parter eller ved en ensidig beslutning fra arbejdsgiveren, som alene finansieres af arbejdsgiveren eller af arbejdsgiveren og arbejdstageren i fællesskab, og hvori arbejdstageren kan optages med henblik på, at ordningen delvis træder i stedet for den lovbestemte pension. Af de ovenfor nævnte principper udledte Domstolen, at

3 — Dom af 25.5.1971, sag 80/70, Defrenne, Sml. 1971, s. 109, org. ref.: Rec. s. 445, præmis 6, bl.a. bekræftet i dom af 9.2.1982, sag 12/81, Garland, Sml. s. 359, præmis 5, og i Barber dommen, præmis 12; se endvidere meget ny dom af 17.2.1993, sag C. 173/91, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 673, præmis 13.

4 — Citatet stammer fra dommen af 27.3.1983, sag 129/79, Macarthy's, Sml. s. 1275, præmis 10, som på dette punkt udtrykkeligt henviser til Defrenne II dommen; for så vidt angår selve Defrenne II dommen, se dom af 8.4.1976, sag 43/75, Sml. s. 455, navnlig præmis 18, 21, 24 og 40. Med hensyn til senere praksis i samme retning jf. bl.a. dom af 11.3.1981, sag 69/81, Worringham, Sml. s. 767, præmis 23, af 31.3.1981, sag 96/80, Jenkins, Sml. s. 911, præmis 17, og Barber dommen, præmis 37.

5 — Defrenne I dommen, præmis 7, 8 og 9, jf. dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, præmis 17 og 18; se tillige den nyere dom, der er citeret i note 3, Kommissionen mod Belgien, præmis 14.

6 — Bilka dommen, præmis 22.

»pension, der udbetales i henhold til en 'contracted-out' ordning, ... er ydelser, som arbejdstageren modtager fra arbejdsgiveren som følge af arbejdsforholdet, og at en sådan pension derfor er omfattet af traktatens artikel 119«<sup>7</sup>.

fra, at artikel 119 ikke fandt anvendelse på pensioner i henhold til en »contracted-out« ordning. Med disse to begrundelser besluttede Domstolen at foretage en begrænsning af de tidsmæssige virkninger af dommen:

Et spørgsmål om, hvorvidt en ordning, der indebærer, at en mand, der afskediges, kun har krav på en opsat pension ved den normale pensionsalders indtræden, mens en kvinde under samme omstændigheder har ret til en aktuel pension, er forenelig med artikel 119, besvarede Domstolen benægtende. Som begrundelse herfor udtalte Domstolen i Barber-dommens præmis 32, at

»Under disse omstændigheder er bydende retssikkerhedshensyn til hinder for, at der rejses tvivl om retsforhold, hvis virkninger allerede er udtømt, når dette kan bevirke, at ligevægten i en række af disse pensionsordninger forstyrres med tilbagevirkende kraft. Der bør dog gøres en undtagelse, for så vidt angår personer, som rettidigt har taget skridt til at sikre deres rettigheder. Endelig bemærkes, at virkningerne af den nævnte fortolkning ikke bør begrænses, for så vidt angår pensionsrettigheder, der erhverves efter afsigelsen af nærværende dom«<sup>10</sup>.

»... artikel 119 forbyder enhver form for lønmæssig forskelsbehandling af mænd og kvinder, uanset hvilken ordning der giver anledning til forskelsbehandlingen. Følgelig er det i strid med artikel 119 at fastsætte forskellige aldersbetingelser for de to køn for så vidt angår pensioner, der udbetales i henhold til en 'contracted-out' ordning, selv om forskellen i pensionsalder for mænd og kvinder svarer til den forskel, der gælder efter den nationale lovbestemte ordning.«

Domstolen fastslog derfor, at

»den direkte virkning af traktatens artikel 119 ikke [kan] påberåbes til støtte for krav om tilkendelse af pensionsret fra et tidspunkt, der ligger forud for afsigelsen af nærværende dom, medmindre arbejdstagerne eller disses retssuccessorerer forinden har anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage i henhold til gældende national ret«<sup>11</sup>.

5. Domstolen var dog klar over de vidtrækkende økonomiske konsekvenser af sin afgørelse. Endvidere fandt den, at medlemsstaterne i henhold til de i direktiv 79/7/EØF<sup>8</sup> og 86/378/EØF<sup>9</sup> fastsatte undtagelser fra princippet om ligebehandling vedrørende pensionsalderen med rimelighed kunne gå ud

Problematikken i de foreliggende sager angives — for så vidt angår begrænsningen af de

7 — Barber-dommen, præmis 28.

8 — Jf. artikel 7, stk. 1, i Rådets direktiv 79/7/EØF af 19.12.1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT 1979 L 6, s. 24).

9 — Jf. direktivets artikel 9, litra a).

10 — Barber-dommen, præmis 44.

11 — Barber-dommen, præmis 45 og punkt 5 i domskonklusionen.

tidsmæssige virkninger af Barber-dommen — af udtrykkene »rettsforhold, hvis virkninger allerede er udtømt« (»legal situations which have exhausted all their effects in the past«), »pensionsrettigheder, der erhverves efter afsigelsen af nærværende dom« (»the acquisition of entitlement to a pension as from the date of this judgment«) og »pensionsret fra et tidspunkt, der ligger forud for afsigelsen af nærværende dom« (»a pension with effect from a date prior to this judgment«).

### Baggrunden for de foreliggende sager

6. *Ten Oever-sagen*. G. C. Ten Oever var gift med M. F. Heeren, der arbejdede inden for rengøringsbranchen. Heeren's arbejdsgiver havde oprettet en pensionsordning for hende, som administreres af Stichting Bedrijfs-pensioenfonds voor het Glazenwassers-en Schoonmaakbedrijf (herefter benævnt »pensionskassen«). Det drejer sig om en kollektiv erhvervstilknyttet pension, som finansieres af arbejdsgiverne og arbejdstagerne i fællesskab. Indtil den 1. januar 1989 fandtes der i pensionskassens reglement kun bestemmelser om enkepension; efter denne dato kan der også tilkendes enkemandspension, dog uden tilbagevirkende kraft. Efter at Ten Oever's hustru var afgået ved døden den 13. oktober 1988, anmodede Ten Oever — ifølge forelæggelseskendelsen inden den 17. maj 1990 — om tilkendelse af en efterladtepension fra førstnævnte dato. Pensionskassen afviste anmodningen med den begrundelse, at dens pensionsreglement på dødstidspunktet ikke indeholdt bestemmelser om en sådan pension.

Den 8. juni 1990 anlagde Ten Oever sag ved Kantongerecht, Utrecht, med påstand om, at der skulle tilkendes ham en enkemandspension fra den 13. oktober 1988. Til støtte herfor anførte han, at en sådan pension måtte

betragtes som løn, jf. EØF-traktatens artikel 119, og at afslaget på at tilkende en enkemandspension — som ville være blevet udbetalt som enkepension, såfremt han var kvinde og hans ægtefælle en mand — var i strid med det i denne bestemmelse fastsatte princip om lige løn til mænd og kvinder. Pensionskassen påberåbte sig derimod begrænsningen af de tidsmæssige virkninger af Barber-dommen, hvori Domstolen efter pensionskassens opfattelse for første gang havde fastslået, at betalinger på grundlag af ikke-lovregulerede pensionsordninger har karakter af løn. Da sagen endnu ikke var anlagt på tidspunktet for afsigelsen af Barber-dommen, havde Ten Oever således ikke ret til pension.

Kantongerecht anså det for ønskeligt at forelægge problemstillingen for Domstolen i form af præjudicielle spørgsmål<sup>12</sup>.

7. *Moroni-sagen*. M. Moroni (født i 1948) var fra 1968 til 1983 ansat i Collo GmbH. I 1983 blev han ansat hos en anden arbejdsgiver. Ved sin ansættelse hos Collo fik han et tilsagn om pension i henhold til den for virksomheden gældende pensionsordning, hvori det bl.a. var bestemt, at arbejdstagere opnår ret til pension, såfremt de efter at være fyldt 65 år (for kvinder 60 år) forlader virksomheden og erhvervslivet, forudsat at de på det tidspunkt har været ansat mindst ti år hos Collo. Den 6. november 1990 anlagde Moroni sag mod Collo ved Arbeitsgericht Bonn. I henhold til EØF-traktatens artikel 119 og artikel 5 og 6 i direktiv 86/378 gjorde han gældende, at den erhvervstilknyttede pension, som han havde fået tilsagn om, allerede måtte tilkomme ham, når han fyldte 60 år, og at værdien af pensionsrettigheden

<sup>12</sup> - Med hensyn til den nøjagtige formulering af Kantongerecht's spørgsmål henvises til retsmøderapporten.

skulle beregnes, som om han havde fået tilsagn om pension fra dette tidspunkt. Collo påberåbte sig derimod ovennævnte direktivs artikel 8. Arbejdsgericht Bonn fandt, at sagens resultat måtte afhænge af fortolkningen af de pågældende fællesskabsretlige bestemmelser, og forelagde derfor en række præjudicielle spørgsmål for Domstolen<sup>13</sup>.

Det er hensigtsmæssigt at se lidt på den relevante tyske lovgivning. I henhold til denne lovgivning har Moroni, til trods for at han forlod Collo før tiden, på grundlag af arbejdsforholdet og det tidspunkt, da han forud for afskeden fra virksomheden fik tilsagn om en pension, erhvervet en uigenkaldelig *ret til opsat pension* (»Versorgungsanwartschaft«), som for så vidt angår den omstridte alderspension resulterer i et *aktuelt pensionskrav* (»Versorgungsanspruch«) fra det tidspunkt, hvor han fylder 65 år<sup>14</sup>. Forlades virksomheden før tiden, foregår beregningen af disse krav som følger: den erhvervstilknyttede pension, som skulle være udbetalt ved det fyldte 65. år i virksomheden, nedsættes proportionalt på grundlag af arbejdsforholdets faktiske varighed i forhold til arbejdsforholdets varighed, som det ville have været indtil det fyldte 65. år<sup>15</sup>. For en kvindelig arbejdstager med en uigenkaldelig ret til opsat pension, der forlader virksomheden før tiden, sker der derimod efter Collo's pensionsordning en forholdsvis mindre

nedsættelse ved beregningen af hendes pensionskrav, idet der, for så vidt angår arbejdsforholdets mulige varighed, kun bliver taget hensyn til tiden, indtil hun fylder 60 år (det tidspunkt, hvor hun kan udtræde, uden at det fører til nedsættelse af pensionen).

I henhold til tysk lovgivning har Moroni endvidere mulighed for førtids, dvs. inden han fylder 65 år (og tidligst, når han fylder 60 år), at gøre krav på den hos Collo optjente erhvervstilknyttede pension<sup>16</sup>. I den forbindelse stilles der dog for mandlige arbejdstagere den betingelse, at de kan gøre krav på alderspension i henhold til den lovbestemte pensionsordning, og at de også gør det, hvilket — foruden opfyldelse af bestemte aldersforsikringsperioder i henhold til den lovbestemte ordning — generelt kræver en ret lang arbejdsledsperiode forud for, at den pågældende fylder 60 år. For kvindelige arbejdstagere gælder denne betingelse ikke<sup>17</sup>. Endvidere skal Moroni, hvis han stiller krav om førtidspension, acceptere en *yderligere nedsættelse*, idet en mandlig arbejdstager ud over den ovennævnte forholdsmæssige nedsættelse skal acceptere en såkaldt *aktuarmæssig nedsættelse* (»versicherungsmathematischer Abschlag«). En kvindelig arbejdstager kan derimod, når hun har tilbagelagt de nødvendige forsikringsperioder i henhold til den lovbestemte pensionsordning, uden videre gøre krav på betaling af førtids-alderspension. Forlader hun virksomheden før tiden med en uigenkaldelig ret til opsat pension, skal hun kun acceptere den

13 — Med hensyn til den nøjagtige formulering henvises til retsmøderapporten.

14 — § 1, stk. 1, i Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (herefter benævnt »BetrAVG«).

15 — § 2, stk. 1, BetrAVG.

16 — § 6 BetrAVG.

17 — Arbeitsgericht henviser i den forbindelse til § 1248, stk. 2 og 3, i Reichsversicherungsordnung og § 25, stk. 2 og 3, i Angestelltenversicherungsgesetz.

deraf følgende nedsættelse, men ikke en forholdsmæssig nedsættelse eller en aktuariemæssig nedsættelse på grund af krav om førtidspension.

Denne behandling af mænd og kvinder inden for den erhvervstilknyttede pensionsordning stemmer overens med den lovbestemte alderspensionsordning, som har tjent som forbillede<sup>18</sup>.

8. *Neath-sagen*. D. Neath (født i 1935) var fra 1973 ansat hos Hugh Steeper Ltd, indtil han den 29. juni 1990 — dvs. efter Barberdommen — blev afskediget af økonomiske grunde. På det tidspunkt var han 54 år og 11 måneder. I denne periode var Neath successivt hinanden tilsluttet to erhvervstilknyttede pensionssystemer, som administreres af Hugh Steeper. Fra december 1975 til december 1978 var han tilsluttet pensionsordning nr. 5; fra januar 1979 til sin afskedigelse var han tilsluttet pensionsordning nr. 4, en såkaldt »contracted-out« ordning, som de rettigheder, han havde erhvervet i henhold til den førstnævnte ordning, var blevet overført til.

Begge ordninger finansieres af bidrag fra arbejdsgiver og arbejdstagere, således at arbejdstagerne betaler lige meget, uanset om de er mænd eller kvinder. Visse regler var dog forskellige alt efter arbejdstagerens køn. En kvinde kunne således gå på pension, når hun var 60, og få udbetalt fuld, erhvervstilknyttet pension, mens en mand først kunne gøre dette, når han var 65.

En person, der var tilsluttet pensionsordning nr. 4, kunne når som helst, efter at han eller hun var fyldt 50 år, med umiddelbar virkning få førtidspension, såfremt arbejdsgiveren og pensionsordningens »trustees« var indforstået med det. Såfremt tilladelsen gives, beregnes pensionen på grundlag af den pension, som den begunstigede ville have modtaget på det normale pensionstidspunkt, dog under hensyntagen til varigheden af udbetalingen af førtidspensionen. Med henblik herpå anvendes en nedsættelse på 6% for hvert år og del deraf, som ligger mellem den faktiske pensionsdato og den normale pensionsalder. Såfremt arbejdsgiveren og ordningens »trustees« ikke giver tilladelse til udbetaling af førtidspension, har den til pensionsordningen tilsluttede person, som forlader pensionsordning nr. 4, efter at han eller hun er fyldt 50 år, men forud for det normale pensionstidspunkt, kun ret til en opsat pension eller til at få sit tilgodehavende overført til en anden pensionsordning. Vælger han en opsat pension, skal der fra pensionsordning nr. 4 stadig betales den del af pensionen, der er optjent, mens han var tilsluttet denne ordning. Vælger den tilsluttede derimod en overførsel, overføres der et beløb, der aktuariemæssigt svarer til det af ham under hans tilslutning til pensionsordning nr. 4 optjente beløb, til en anden pensionsordning efter hans eget valg. Det betyder, at pensionsordning nr. 4 ikke længere har pligt til at udbetale ydelser til denne person.

Da Neath blev afskediget, fik han ikke tilkendt en aktuel pension; han fik derfor valget mellem en opsat pension og en overførsel. Han fik meddelelse om, at såfremt han valgte den sidstnævnte mulighed, ville der blive overført et beløb på 30 672,59 UKL. Ved beregningen af denne overførselsværdi blev det taget som udgangspunkt, at Neath's normale pensionstidspunkt for ydelser på

18 -- Arbeitsgericht Bonn bemærker i den forbindelse, at såvel Bundessozialgericht som Bundesverfassungsgericht har fundet, at de pågældende bestemmelser i den lovbestemte alderspensionsordning indtil 1992 ikke gav anledning til juridiske indvendinger med hensyn til ligebehandling af mænd og kvinder.

grundlag af ansættelse efter den 17. maj 1990 (dvs. efter Barber-dommen) var hans fyldte 60. år. Barber-dommen ansås derimod ikke for at finde anvendelse på de ansættelsesperioder, der gik forud for denne dato. Endvidere gik man ud fra, at traktatens artikel 119 ikke er til hinder for anvendelse af aktuarmæssige faktorer. Af aktuarens beregninger for pensionsordning nr. 4 følger, at såfremt man ved beregningen af ydelserne til Neath skulle gå ud fra *hele hans ansættelsestid* ved et normalt pensionstidspunkt, når han fyldte 60 år, ville overførselsværdien have været 39 934,56 UKL, såfremt der blev anvendt aktuarmæssige faktorer for mænd. Anvendes der aktuarmæssige faktorer for kvinder, ville værdien være 41 486,25 UKL. Denne forskel kan forklares ved, at sidstnævnte beregnings-elementer tager udgangspunkt i en højere middellevetid for kvinder, således at udgifterne for pensionsordning nr. 4 i forbindelse med ydelser til kvinder anses for at være højere end for mænd.

Efter at han havde fået forelagt de valgmuligheder, der forelå, anlagde Neath sag mod Steeper ved Industrial Tribunal i Leeds. Han gjorde gældende, at de betingelser, som han fik tilbudt, var ringere end dem, han ville have fået tilbudt, såfremt han havde været kvinde. Med hensyn til muligheden for at vælge en opsat pension, ville han være nødsaget til at vente fem år længere på at opnå denne end en kvinde; også i tilfælde af, at han på det tidspunkt ville gøre brug af sin ret til at lade en del af sin pension omdanne til en engangsydelse, ville han opnå en lavere sum (17 193,94 UKL), end hvis han havde været kvinde (21 029,02 UKL). Denne forskel ville igen være baseret på aktuarmæssige faktorer, der forudsætter en længere middellevetid for kvinder. Neath anser dette for at være i strid med traktatens artikel 119, som bestemmelsen er fortolket af Domstolen i

Barber-sagen. Industrial Tribunal besluttede at rette en forespørgsel til Domstolen<sup>19</sup>.

9. *Coloroll-sagen*. Sagens for den nationale ret har her sit udgangspunkt i det økonomiske sammenbrud i Coloroll Group of Companies i midten af 1990, som bevirkede, at man måtte afvikle visse af disse virksomheders pensionsordninger. Det drejer sig ikke om en traditionel sag, men om en sag til afklaring af bestemte retsforhold (såkaldt »representative action«), som Coloroll Pension Trustees Ltd (herefter benævnt »Coloroll Trustees«), som stadig er »trustee« for otte pensionsordninger i Coloroll Group, har anlagt ved High Court. Coloroll Trustees ønsker anvisninger fra High Court med hensyn til forhold, der falder ind under rettens tilsynsbeføjelser vedrørende »truster«. »Sagsøgte« i sagen er en række af Coloroll Trustees udvalgte personer, der er repræsentative for de forskellige interesser og opfattelser<sup>20</sup>.

Coloroll Trustees stilles over for mange forskellige faktorer, der kan påvirke selskabets afgørelse vedrørende afviklingen af pensionsordningerne. Alle disse ordninger indeholder forskellige bestemmelser for mænd og kvinder. Den vigtigste forskel er, at alle pensionsordninger anvender 65 år som normal pensionsalder for mænd og 60 år for kvinder, dvs.

19 — Med hensyn til den nøjagtige formulering henvises også her til retsmøderapporten.

20 — Jf. vedrørende en beskrivelse af disse personers situation retsmøderapporten i sagen.

de alderskrav, der i Det Forenede Kongerige gælder for ydelse af en statslig pension. Som følge deraf opnår mænd og kvinder på samme alder og med samme anciennitet forskellige pensionsbeløb. Endvidere bliver der, når der tilkendes en alternativ ydelse på grundlag af en kapitalisering af pensionsretighederne, anvendt aktuarmæssige faktorer, der, fordi middellevetiden og pensionsalderens indtræden er forskellig for mænd og kvinder, fører til forskellige resultater. Endelig er to pensionsordninger karakteristiske i den forstand, at der ikke var kvinder tilsluttet ordningerne; alligevel påvirker ovennævnte faktorer, der er baseret på de tilsluttedes køn, også her ydelserne til visse mandlige arbejdstagere.

På grund af disse forskelle i behandlingen på grundlag af de tilsluttedes køn kan Coloroll Trustees ikke nå frem til en endelig fastsættelse af de forpligtelser, som påhviler selskabet ved afviklingen af pensionsordningerne. De frygter navnlig, at de fordelingsbestemmelser, som trustdokumenterne og pensionsbestemmelserne indeholder, i visse tilfælde kan tilsidesættes i kraft af EØF-traktatens artikel 119. Så længe Domstolen ikke har truffet nærmere afgørelse om, hvorvidt denne artikel finder anvendelse på det foreliggende tilfælde, kan det ifølge Coloroll Trustees ikke med sikkerhed siges, hvorledes midlerne skal fordeles. High Court's Chancery Division har med henblik herpå forelagt en lang række spørgsmål for Domstolen<sup>21</sup>.

### Barber-dommens tidsmæssige virkninger

10. *Fortolkningsmuligheder.* Som sagt er det centrale spørgsmål i de foreliggende sager Barber-dommens nøjagtige tidsmæssige virkninger. Af de indlæg, der er indgivet til Domstolen, fremgår, at svarets praktiske betydning er enorm. Jeg skal derfor straks gå lige til problemets kerne. Der er øjensynlig mulighed for fire forskellige fortolkninger af den begrænsning, som Domstolen har villet give virkningerne af Barber-dommen.

En *første fortolkning* kunne være den, at ligebehandlingsprincippet kun skal anvendes på arbejdstagere, der fra den 17. maj 1990 er blevet medlem af og er begyndt at indbetale bidrag til en erhvervstilknyttet pensionsordning. Denne valgmulighed fratager så at sige Barber-dommen enhver tilbagevirkende kraft. I praksis betyder det, at dommen først slår helt igennem, når der er gået omkring fyrré år.

En *anden fortolkningsmulighed* er den, at ligebehandlingsprincippet kun skal anvendes på ydelser, der skal udredes på grundlag af beskæftigelsesperioder efter den 17. maj 1990. De forudgående perioder skulle således ikke være omfattet af den direkte virkning af artikel 119.

Ifølge en *tredje fortolkning* skal ligebehandlingsprincippet anvendes på alle pensioner, der forfalder til betaling eller for første gang udbetales efter den 17. maj 1990, og dette uanset om hele pensionen eller en del af den

21 - Jf. retsmøderapporten i Coloroll sagen.

er blevet optjent under og ved hjælp af henholdsvis beskæftigelsesperioder og bidrag forud for denne dato. Sagt på en anden måde, det er ikke beskæftigelsesperioderne (før eller efter Barber), der er afgørende, men den dato, da pensionen kommer til udbetaling.

En *fjerde fortolkningsmulighed* er at anvende ligebehandlingen på alle pensionsydelse, der udbetales efter den 17. maj 1990, herunder også ydelser i henhold til pensioner, der forfaldt til udbetaling forud for denne dato, og her, ligesom efter den foregående fortolkningsmulighed, uanset tidspunktet for beskæftigelsesperioderne, i hvilke pensionen blev optjent. Denne fortolkning er utvivlsomt den, der har den største rækkevidde<sup>22</sup>.

11. For Domstolen har forhandlingerne navnlig drejet sig om den anden og den fjerde fortolkningsmulighed. Ingen af de parter, der har afgivet indlæg i sagen, går ind for den første fortolkning. Kommissionen gik ind for den tredje fortolkningsmulighed på det tidspunkt, da den indgav sine skriftlige indlæg i sagerne Ten Oever, Moroni og Neath. I sit skriftlige indlæg i Coloroll-sagen og under retsmødet har Kommissionen dog tilsluttet sig den anden fortolkningsmulighed.

Foruden af Kommissionen, ifølge dennes endelige argumentation, forsvares den anden mulighed for Domstolen af alle de implicerede pensionskasser eller »trustees« og alle medlemsstater, der har indgivet indlæg

(Danmark, Tyskland, Irland, Nederlandene og Det Forenede Kongerige). I Coloroll-sagen bifaldes den endvidere af to indstævnte, nemlig Broughton og Coloroll Group.

Fire af de indstævnte i Coloroll-sagen for den nationale ret (Russell, Parker, Sharp og Fuller) er gået ind for den fjerde fortolkning.

12. For at anbringe problematikken i den rette sammenhæng, skal jeg gøre opmærksom på den »protokol ad artikel 119 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab«, der er knyttet til traktaten om Den Europæiske Union<sup>23</sup>, selv om traktaten, der blev underskrevet i Maastricht den 7. februar 1992, endnu ikke er trådt i kraft. Protokollen bestemmer:

»Med henblik på anvendelsen af traktatens artikel 119 skal ydelser i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning ikke anses for løn, hvis og i det omfang de kan henføres til beskæftigelsesperioder, der ligger forud for den 17. maj 1990, undtagen for arbejdstagere eller deres ydelsesberettigede pårørende, der inden denne dato har anlagt søgsmål eller indbragt en dertil svarende klage i overensstemmelse med den relevante nationale ret.«

Jeg vender straks tilbage til betydningen af denne protokol for fortolkningen af Barberdommens tidsmæssige virkning.

22 — Jf. endvidere beskrivelsen af disse fortolkningsmuligheder hos S. Honeyball og J. Shaw, »Sex, law and the retiring man«, Eur. L. Rev., 1991 (47), s. 56 og 57. Med hensyn til en oversigt over standpunkter i teorien på dette punkt, se D. Curtin, »The constitutional structure of the Union: a Europe of bits and pieces«, C. M. L. Rev., 1993 (17), s. 50 og 51, med henvisninger.

23 — Traktaten er offentliggjort i EFT 1992 C 191.

13. *Domstolens retspraksis vedrørende dommes tidsmæssige virkning.* Før jeg tager stilling til den tidsmæssige virkning af Barberdommen, anser jeg det for vigtigt at redegøre for grundene til, at Domstolen besluttede at indsætte denne begrænsning i sin dom. At det her drejer sig om en usædvanlig fremgangsmåde behøver ikke nærmere forklaring, når henses til den retsfastsættende karakter, som principielt tilkommer Domstolens fortolkning af fællesskabsretten i henhold til traktatens artikel 177<sup>24</sup>. Domstolen udtalte således i dommen i sagerne Salumi og Denkavit Italiana:

»Den fortolkning, som Domstolen foretager af en fællesskabsretlig regel under udøvelse af sin kompetence i henhold til artikel 177, belyser og præciserer i nødvendigt omfang betydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den skal forstås og anvendes, henholdsvis burde have været forstået og anvendt fra sin ikrafttræden. Det følger heraf, at den således fortolkede regel kan og skal anvendes af retten endog i forbindelse med retsforhold, der er stiftet og består, før der afsiges dom vedrørende fortolkningsanmodningen, såfremt betingelserne for at forelægge en tvist om anvendelsen af den nævnte regel i øvrigt er opfyldt.

Kun undtagelsesvis vil Domstolen, som antaget i dommen af 8. april 1976 (sag 43/75, Defrenne mod Sabena, Sml. s. 455), under anvendelse af et almindeligt retssikkerhedsprincip, som er forankret i Fællesskabets retsorden, og under hensyntagen til de alvorlige vanskeligheder, som dens dom kunne have vedrørende fortidige retsforhold stiftet i

god tro, finde anledning til at begrænse muligheden for at påberåbe sig den således fortolkede bestemmelse med henblik på en fornyet prøvelse af de nævnte retsforhold.

En sådan begrænsning kan imidlertid kun antages at bestå på grundlag af selve den dom, der afgør fortolkningsspørgsmålet. Det grundlæggende krav om, at fællesskabsretten skal anvendes ensartet og generelt, medfører, at kun Domstolen kan afgøre, om dens fortolkning skal undergives tidsmæssige begrænsninger<sup>25</sup>.

14. Af ovennævnte citat fremgår, at Domstolen ved afgørelsen om at lade en doms tidsmæssige rækkevidde begrænse hovedsagelig lader sig lede af to hensyn, nemlig et *generelt retssikkerhedsprincip* og hensynet til at undgå, at der på grund af en anvendelse af dommen med uindskrænket tilbagevirkende kraft, opstår *alvorlige problemer* for visse retsforhold, der er indgået i *god tro*. Det skal dog straks tilføjes, som Domstolen gentagne gange har bekræftet, at det forhold alene, at en dom har afgørende praktiske konsekvenser, ikke i sig selv er tilstrækkelig grund til at hindre en uindskrænket anvendelse af den. I Blaizot-dommen blev dette, under henvisning til Defrenne II, udtrykt således:

24 — Jf. domme af 27.3.1980, sag 61/79, Denkavit Italiana, Sml. s. 1205, præmis 16, 17 og 18, og forenede sager 66/79, 127/79 og 128/79, Salumi, Sml. s. 1237, præmis 9, 10 og 11; jf. også domme af 10.7.1980, sag 811/79, Ariete, Sml. s. 2545, præmis 6, 7 og 8, og sag 826/79, Mireco, Sml. s. 2559, præmis 7, 8 og 9, og domme af 2.2.1988, sag 309/85, Barra, Sml. s. 355, præmis 11, 12 og 13, og sag 24/86, Blaizot, Sml. s. 379, præmis 27 og 28, samt dom af 5.10.1988, sag 210/87, Padovani, Sml. s. 6177, præmis 12. For nylig har Domstolen sammenfattet disse principper i dom af 16.7.1992, sag C 163/90, Legros, Sml. I, s. 4625, præmis 30.

24 — Jf. i denne forbindelse R. Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1981, s. 219.

»Ved afgørelsen af, om en doms tidsmæssige virkning skal begrænses, skal der ifølge Domstolens praksis (jf. navnlig nævnte dom af 8. april 1976) lægges vægt på, at selv om de praktiske følger af enhver retsafgørelse omhyggeligt må vurderes, kan man dog ikke gå så langt som til at gribe ind i rettens objektivitet og bringe dens fremtidige anvendelse i fare, blot fordi en retsafgørelse kan få virkninger for fortiden«<sup>26</sup>.

15. At retssikkerhedsprincippet er en del af fællesskabets retsorden er velkendt<sup>27</sup>. Det betyder, at Domstolen er villig til på grundlag af særlige omstændigheder, ikke at sætte spørgsmålstegn ved tidligere stiftede retsforhold, selv om der er anledning til det på grund af en nærmere fortolkning, som Domstolen i mellemtiden har givet. Af praksis fremgår, at Domstolen anerkender de berørte parter eller medlemsstaternes gode tro eller berettigede forventning<sup>28</sup> som en sådan særlig omstændighed, såfremt en anvendelse af dommen med tilbagevirkende kraft ville medføre alvorlige problemer for parterne eller medlemsstaterne. En sådan god tro foreligger, når parterne eller medlemsstaterne ved indgåelsen af retsforhold »med rimelig-

hed [måtte] gå ud fra«<sup>29</sup>, at den handle måde, de har fulgt, var i overensstemmelse med fællesskabsretten, f.eks. når rækkevidden af en fællesskabsbestemmelse ikke var helt tydelig. Domstolen har så meget desto mere accepteret, at der forelå god tro i de tilfælde, hvor fællesskabsinstitutioner selv havde givet udseende af en fællesskabsretlig gyldighed, enten ved at udstede en bestemt retsakt som led i den sekundære fællesskabsret, som ikke ændrede den pågældende praksis på området (Pinna I<sup>30</sup>, Barber, Legros), eller ved at undlade at gøre krav gældende i henhold til artikel 169 mod en medlemsstat, der undlod at opfylde sine fællesskabsforpligtelser (Defrenne II, Legros), eller — med hensyn til spørgsmålet om foreneligheden med fællesskabsretten — ved at indtage en ubeslutsom holdning (Blazitot).

Men såfremt det står fast, at parter eller medlemsstater, navnlig på baggrund af en klar og bekendt praksis ved Domstolen, ikke kunne være i tvivl om de fællesskabsretlige forpligtelser, der påhvilede dem, er betingelsen om god tro ikke opfyldt. Som det fremgår af dommene i sagerne Worryingham<sup>31</sup> og Essevi og Salengo<sup>32</sup>, ser Domstolen sig i så fald ikke nødsaget til at undergive dommen en tidsmæssig begrænsning.

16. God tro hos de berørte parter eller medlemsstater er altså en særlig omstændighed, der kan begrunde en begrænsning af den tidsmæssige virkning af en dom, såfremt en manglende begrænsning ville skabe alvorlige problemer for retsforhold, der var indgået i

26 — Blazitot-dommen, præmis 30; Defrenne II-dommen, præmis 71; jf. tillige Worryingham-dommen (dommen nævnt ovenfor i note 4), præmis 31, og den i note 25 nævnte Legros-dom, præmis 30.

27 — Princippet er udtrykkeligt bekræftet bl.a. i dom af 21.9.1983, forenede sager 205/82-215/82, Deutsche Milchkontor, Sml. s. 2633, præmis 30. Om retssikkerhed som et princip til beskyttelse af retsforhold, der er indgået i god tro, se bl.a. K.-D. Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Kehl, *Schriftenreihe Europa-Forschung*, Band 15, 1988, s. 135-136, og M. Schlockermann, *Rechtssicherheit als Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des EuGH*, disputats, München, 1984, s. 144-151.

28 — Dette udtryk anvendes af Domstolen i dom af 27.5.1981, forenede sager 142/80 og 143/80, Essevi og Salengo, Sml. s. 1413, præmis 34.

29 — Dette udtryk forekommer såvel i Barber-dommen, præmis 43, som i Legros-dommen, præmis 33.

30 — Dom af 15.1.1986, sag 41/84, Sml. s. 1, præmis 27. Som følge af, at Rådet havde udstedt (den i dommen annullerede) artikel 73, stk. 2, i forordning nr. 1408/71, havde Frankrig gennem en længere periode ment at kunne oprettholde en ordning, der ikke havde hjemmel i traktatens artikel 48 og 51.

31 — Worryingham-dommen, præmis 33.

32 — Allerede nævnt i note 28, præmis 34.

allerede forløbne tidsrum. Et sådant problem foreligger ifølge Domstolen, såfremt den pågældende dom, ud over de særlige forhold i den konkrete sag, kan have afgørende *generelle økonomiske og finansielle konsekvenser*. Således viste Domstolen i Defrenne II-sagen forståelse for den af Det Forenede Kongerige og Irland udtrykte frygt for, at talrige virksomheder på grund af uforudseelige lønkrav ville kunne komme i alvorlige økonomiske vanskeligheder<sup>33</sup>. Bl.a. under hensyntagen til den (ovenfor nævnte) gode tro hos erhvervsvirksomhederne udtalte Domstolen:

»Da man ikke kender det samlede beløb, som lønningerne ville have andraget, må det under disse omstændigheder konstateres, at bydende retssikkerhedsbetragtninger med hensyn til samtlige de interesser, som gør sig gældende, offentlige såvel som private, principielt er til hinder for nu at bestride de lønninger, som angår tidligere perioder.

Bortset fra tilfælde, hvor arbejdstagere allerede har anlagt retssag eller rejst en tilsvarende administrativ klage, kan den direkte virkning af artikel 119 derfor ikke påberåbes til støtte for krav vedrørende lønperioder, der ligger forud for nærværende doms dato<sup>34</sup>.

Domstolens hensyntagen til »samtlige de interesser af såvel offentlig som privat karakter,

der gør sig gældende«<sup>35</sup>, herunder de alvorlige økonomiske følger af en dom for parter eller offentlige myndigheder, der har handlet i god tro, fremgår også af en række nyere sager. Domstolen tog således i Blaizot-sagen hensyn til den mulighed, at dens dom — hvori et supplerende registreringsgebyr for udenlandske universitetsstuderende blev fundet uforeneligt med EØF-traktatens artikel 7 — »med tilbagevirkning vil gribe afgørende ind i finansieringen af universitetsuddannelsen, og vil kunne medføre uoverskuelige konsekvenser for universiteternes fortsatte uforstyrrede virksomhed«<sup>36</sup>. Også i Barber-sagen (jf. den i ovenfor i punkt 5 citerede passage) tog Domstolen hensyn til faren for, at »ligevægten i en række af disse pensionsordninger forstyrres med tilbagevirkende kraft«. I en nyere sag, Legros, hvor en afgift, der blev opkrævet ved indførsel til franske oversøiske områder (en såkaldt »octroi de mer«), blev erklæret i strid med fællesskabsretten, var Domstolen villig til at begrænse den tidsmæssige virkning af dommen på grund af de katastrofale økonomiske konsekvenser, det ville få for de franske oversøiske departementer, hvis afgifter, der var betalt med urette, kunne kræves tilbagebetalt:

»Under disse omstændigheder er tvungende retssikkerhedshensyn til hinder for anfægtelse af retsforhold, der har udtømt deres virkninger i fortiden, idet en sådan anfægtelse med tilbagevirkende kraft ville skabe kaos i den økonomiske forvaltning hos de

33 — Defrenne II dommen, præmis 70. I Worringham-dommen nåede Domstolen derimod til det resultat, at »antallet af tilfælde, som i denne forbindelse ville blive berørt af bestemte direktes virkninger ikke var tilstrækkelig relevant til at hensyn til retssikkerheden, at begrænse den tidsmæssige virkning af dommen (præmis 33).

34 — Defrenne II dommen, præmis 74 og 75.

35 — Udtrykket anvendes også af Domstolen i Pinna I-dommen, præmis 28; jf. herom J. Boulouis, »Quelques observations à propos de la sécurité juridique«, i *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden Baden, Nomos, 1987, (53), s. 55.

36 — Blaizot dommen, præmis 34.

lokale myndigheder i de franske oversøiske departementer«<sup>37</sup>.

17. *Nærmere redegørelse for Barberdommens tidsmæssige virkning.* Det er på baggrund af den ovenfor nævnte domspraksis, at afsnittet fra Barberdommen om begrænsning af de tidsmæssige virkninger af dommen skal ses.

Først skal jeg dog nævne, at det for den foreliggende problematik er af afgørende betydning at have indsigt i den måde, på hvilken erhvervstilknyttede pensionsordninger («contracted-out» eller tillægspensionsordninger) er opbygget og administreres. Som det fremgår af indlæggen for Domstolen fra regeringerne og pensionskasserne i de foreliggende sager, er de fleste af disse pensionsordninger kendetegnet ved deres *optjeningskarakter*, dvs. at arbejdstageren under ansættelsen optjener pensionskrav i forhold til beskæftigelsesperioderne hos den pågældende arbejdsgiver. I den forbindelse betaler arbejdstageren og/eller arbejdsgiveren perio-

diske bidrag til en bestemt pensionskasse<sup>38</sup> på grundlag af bestemte beskæftigelsesperioder (og ifølge aktuar-mæssige faktorer).

Juridisk fører denne optjeningskarakter for de erhvervstilknyttede pensionsordninger til, at man bør foretage en sondring mellem pensionsrettighedernes opståen, nemlig som følge af *optjeningen* af pensionen i forhold til beskæftigelsesperioderne, og rettighedernes forfaldstidspunkt, nemlig når pensionen *tilkendes* den pågældende.

Finansielt og økonomisk er ligevægten i disse erhvervstilknyttede pensionsordninger bl.a. baseret på en række forudsætninger, herunder vedrørende pensionsalder og overlevelseschancen for mænd og kvinder (jf. nedenfor, punkt 34-39).

37 — Legrosdommen, præmis 34. Jf. med hensyn til en anden nyere tidsmæssig begrænsning af hensyn til en doms økonomiske følger, denne gang vedrørende ugyldigheden af en fællesskabsforordning på landbrugsområdet (navnlig en »clawback«-afgift på produkter, for hvilke der var udbetalt en variabel slagtepræmie), dom af 10.3.1992, forenede sager C-38/90 og C-151/90, Lomas, Sml. 1992 I, s. 1781, præmis 27-30.

38 — I denne forbindelse må der sondres mellem de såkaldte *bidragsdefinerede ordninger* (også benævnt »defined contribution plans« eller »money purchase schemes« (tarifpensionsordninger)) og de såkaldte *ydelsesdefinerede ordninger* (også benævnt »defined benefit plans« (tilsagnsordninger)). I de førstnævnte ordninger består ydelsen i den kapitaliserede værdi af — og er derfor afhængig af — forud periodisk indbetalte bidrag fra deltagerne. I ydelsesdefinerede ordninger derimod er ydelsens størrelse fastsat på forhånd (i trustdokumentet, vedtægterne, policedokumenterne eller andre almindelige betingelser) alt efter ansættelsens varighed i år, enten som et fast beløb eller som en procentdel af arbejdstagerens slutløn. Jeg skal i forbifarten lige nævne, at pensionsordningerne i Coloroll er af denne anden type, og at det fremgår af oplysningerne i sagen, at de fleste erhvervstilknyttede pensionsordninger i Danmark, Nederlandene og Det Forenede Kongerige ligeledes hører ind under denne kategori. Vedrørende den nævnte sondring mellem erhvervstilknyttede pensionsordninger, se bl.a. P.-G. d'Herbais, *Mémoire des retraités dans la C. E. E. Analyse comparée des régimes de base et complémentaires des salaires et des fonctionnaires*, Paris, CERR, 1990, s. 17 og 18; jf. tillige, sammen med andre inddelinger, G. Tamburi og P. Mouton, »Problèmes de frontières entre régimes privés et régimes publics de pensions«, *Revue internationale du Travail*, 1986, (143), s. 145 og 146.

18. Det forekommer mig, at Domstolen også i Barber-sagen, om end underforstået, anerkender sondringen mellem henholdsvis optjening og tilkendelse af en erhvervstilknyttet pension. Således må man nok forstå Domstolens udtalelse om, at pension, der udbetales i henhold til en »contracted-out« pensionsordning, »er ydelser, som arbejdstageren modtager fra arbejdsgiveren som følge af arbejdsforholdet«<sup>39</sup>. Set i lyset af EØF-traktatens artikel 119 må ydelser inden for rammerne af en erhvervstilknyttet pensionsordning således betragtes som en form for »opsat« løn, som arbejdstageren har *optjent* som led i det arbejde, som han har udført for én eller flere arbejdsgivere i en bestemt beskæftigelsesperiode.

Ovennævnte sondring gør det i øvrigt klart, hvad Domstolen i Barber-dommens præmis 44 mener med »pensionsrettigheder, der erhverves efter afsigelsen af nærværende dom«. Da det er selve arbejdet og eventuelt de dertil knyttede bidrag, der indebærer, at arbejdstageren erhverver pensionsrettighederne, og at de dertil svarende forpligtelser opstår for arbejdsgiveren og/eller for pensionsordningerne (eller deres »trustees«), har Domstolen her klart beskæftigelsesperioder efter den 17. maj 1990 for øje. Enhver forskelsbehandling baseret på køn, der forekommer på dette felt efter denne dato — navnlig ved anvendelse af forskellig pensionsalder ved beregning af bidrag og/eller de ydelser, der skal udredes på grundlag af bidragene — falder ind under forbuddet i artikel 119.

19. Sondringen mellem henholdsvis, at pensionen optjenes (eller pensionsrettighederne erhverves), og at pensionen bliver tilkendt

den pågældende (eller pensionsrettighederne forfalder til betaling), er efter min mening ligeledes af interesse for en korrekt forståelse af, hvad Domstolen mener i Barber-dommens præmis 44, når den udtaler, at der ikke må rejses tvivl om »retsforhold, hvis virkninger allerede er udtømt«. Det kan ikke være rigtigt at opfatte denne passage bogstaveligt, således som nogle parter gør det i Coloroll-sagen for den nationale ret (nemlig Russell, Parker og Sharp). Tages den bogstaveligt, kan man faktisk påstå, at virkningerne af en erhvervstilknyttet pension først er udtømt, når pensionen er blevet fuldt udbetalt til den (pensionerede) arbejdstager. En sådan fortolkning ville medføre, at den af Domstolen fastsatte tidsmæssige begrænsning af dommens virkninger næsten ikke ville have nogen betydning, og at den praktiske betydning af den af Domstolen fastsatte begrænsning i vidt omfang ville forsvinde<sup>40</sup>.

Sondringen mellem optjening og tilkendelse af pensionen bidrager også til større klarhed på dette punkt. Da det er selve arbejdet og eventuelt de pågældende bidrag, der får arbejdstagerens og arbejdsgiverens (og/eller pensionsordningens »trustees'«) rettigheder og forpligtelser til at opstå, kan man med rimelighed antage, at Domstolen med udtrykket »retsforhold, hvis virkninger allerede er udtømt« har de situationer for øje, hvor retten til pension *allerede var erhvervet* i henhold til beskæftigelsesperioder, der ligger forud for Barber-dommen. Når en pensionsrettighed erhverves på grundlag af en

39 -- Barber-dommen, præmis 28; jf. ovenfor i punkt 4.

40 -- At Domstolens domme ikke må fortolkes på en sådan måde, at de mister deres praktiske betydning, er bekræftet af Domstolen, bl.a. i dom af 2.3.1989, sag 359/87, Pinna II, Sml s. 585, præmis 16; se tillige forslag til afgørelse fra generaladvokat Lenz i samme sag, navnlig på s. 605 og 606, punkt 29, her citeres en praksis, hvoraf fremgår, at en for målsfortolkning af Domstolens domme er sædvanlig.

forudgående beskæftigelsesperiode, giver dette ganske rigtigt anledning til en retstilstand, hvis virkninger er udtømt i den forstand, at arbejdstageren endeligt har erhvervet ret til pension for den pågældende beskæftigelsesperiode.

20. Grunden til, at Domstolen har valgt en begrænsning af dommen til de pensionsrettigheder, der er omtalt i det foregående, kan direkte bringes i forbindelse med det af Domstolen udtrykkeligt udtalte ønske om, at den økonomiske ligevægt i »contracted-out« pensionsordninger ikke måtte forstyrres med tilbagevirkende kraft. Retssikkerhed betyder i denne forbindelse, at størrelsen af disse rettigheder bestemmes på grundlag af den fællesskabsretlige regel, der fandt anvendelse under den beskæftigelsesperiode, der dannede grundlag for *erhvervelsen* af disse rettigheder, dvs. artikel 119, som den blev fortolket inden Barber-dommen.

Dette er bestemt ikke et nyt forhold i fællesskabsretten. I Fællesskabets retspraksis vedrørende sociale sikringsordninger kan citeres et fortilfælde, nemlig Belbouab-dommen af 12. oktober 1978. Denne sag vedrørte forordning nr. 1408/71. Den drejede sig om en algerisk arbejdstager, der forud for Algeriets uafhængighed havde haft fransk statsborgerskab, og som fransk statsborger havde arbejdet i Frankrig og Tyskland. Da han i Tyskland ansøgte om at få tilkendt en minarbejderpension, fik han afslag på, at der skulle tages hensyn til de forsikringsperioder, der var tilbagelagt i Frankrig, og dette skete under henvisning til, at han ikke længere opfyldte det i forordningens artikel 2, stk. 1, opstillede krav om statsborgerskab i en medlemsstat. Domstolen gendrev på følgende måde den forelæggende rets argumentation om, at den betingelse om statsborgerskab,

der opstilles i forordningens artikel 2, stk. 1, vedrører statsborgerskabet på tidspunktet for *indgivelsen af pensionsansøgningen*:

»[det i artikel 2, stk. 1 ... foreskrevne krav om statsborgerskab] skal — af hensyn til retssikkerhedsprincippet, der bl.a. kræver, at faktiske omstændigheder normalt, medmindre andet udtrykkeligt er bestemt, skal bedømmes efter samtidige retsregler — fortolkes således, at arbejdstageren skal være statsborger i en medlemsstat på det tidspunkt, hvor han er beskæftiget, betaler bidrag for forsikringsperioder og *erhverver hertil svarende rettigheder*«<sup>41</sup>.

Det er således ikke det tidspunkt, hvor et pensionskrav fremsættes, der er afgørende for anvendelsen af forordning nr. 1408/71, og navnlig det deri indeholdte krav om statsborgerskab, men *henholdsvis beskæftigelsesperioderne og forsikringsperioderne*, dvs. de perioder, hvori forsikringsbidragene betales, og, som Domstolen udtrykkeligt anførte det i Belbouab-dommen, hvori de hertil svarende rettigheder — inklusive retten til en lovbestemt pension — erhverves<sup>42</sup>.

En tilsvarende anvendelse af retssikkerhedsprincippet, denne gang på børnetilskudsområdet, findes i Pinna I-dommen. Domstolen fastslog, at den daværende artikel 73, stk. 2, i

41 — Dom af 12.10.1978, sag 10/78, Belbouab, Sml. s. 1915, præmis 7, min fremhævelse; jf. ligeledes dom af 14.11.1990, sag C-105/89, Buhari Haji, Sml. I, s. 4211, præmis 17. I Henckdommene af 14.7.1971 havde Domstolen allerede udtalt, at »retssikkerhedsprincippet kræver, at der henvises til den ret, der gælder på tidspunktet for anvendelsen af den bestemmelse, som ønskes fortolket«, jf. sag 12/71, Sml. 1971, s. 179, org. ref.: Rec. s. 743, 13/71, Sml. 1971, s. 183, org. ref.: Rec. s. 767, og 14/71, Sml. 1971, s. 185, org. ref.: Rec. s. 779, dommenes præmis 5.

42 — Dette princip blev allerede lagt til grund i Domstolens domme vedrørende forordning nr. 3: se navnlig dom af 26.6.1975, sag 6/75, Horst, Sml. s. 823, præmis 8.

forordning nr. 1408/71 — som for arbejdstagere, der var beskæftiget i Frankrig, fastsatte en ordning vedrørende børnetilskud, som afveg fra ordningen i henhold til bestemmelsens stk. 1 for andre medlemsstater — var ugyldig, men den begrænsede ikke desto mindre den tidsmæssige virkning af sin dom. »Tvingende retssikkerhedsmæssige hensyn vedrørende samtlige de interesser af såvel offentlig som privat karakter, der gør sig gældende«, var ifølge Domstolen til hinder for, at anfægte »afgørelser om børnetilskud for perioder forud for afsigelsen af denne dom ...«<sup>43</sup>. I det konkrete tilfælde statuerede Domstolen, at den pågældende bestemmelses ugyldighed ikke kunne påberåbes »til støtte for krav vedrørende børnetilskud for perioder forud for denne dag«<sup>44</sup>.

21. *Forslag til fortolkning.* På grundlag af ovenstående må præmis 45 og punkt 5 i konklusionen i Barber-dommen, hvori Domstolen fastslår, at artikel 119 ikke kan påberåbes »til støtte for krav om tilkendelse af pensionsret fra et tidspunkt, der ligger forud for afsigelsen af nærværende dom« (jf. ovenfor, punkt 5), fortolkes således, at der herved forstås krav på en pension, der er erhvervet i forbindelse med beskæftigelsesperioder forud for domsafsigelsen i Barber-sagen. Med andre ord vælger jeg den anden fortolkningsmulighed, der er angivet ovenfor (punkt 10).

Denne fortolkning kan bedst forenes med, at arbejdsgiverne og pensionskasserne har

handlet i *god tro*. Der skal nemlig tages hensyn til, at de var overbevist om, at forskellige betingelser vedrørende pensionsalderen var tilladt. Domstolen har klart anerkendt dette i Barber-dommen. På baggrund af undtagelserne fra ligebehandlingsprincippet i direktiv 79/7 og 86/378 måtte medlemsstaterne og »de berørte parter« »med rimelighed« gå ud fra, »at artikel 119 ikke fandt anvendelse på pensioner, der blev udbetalt i henhold til 'contracted-out' ordninger, og at der fortsat kunne gøres undtagelse fra princippet om ligestilling af mænd og kvinder på dette område«<sup>45</sup>.

At der tages hensyn til god tro hos parterne, navnlig hos arbejdsgiverne og de erhvervstilknyttede pensionsordninger, betyder, at de forud for Barber-dommen kunne tilkende pensioner og udbetale ydelser på grundlag af forskellig pensionsalder for mænd og kvinder ud fra den overbevisning, at artikel 119 ikke fandt anvendelse. De pågældende pensionsordningers *økonomiske ligevægt* kunne forud for dommen derfor støttes på dette grundlag. Kun for beskæftigelsesperioderne *efter Barber-dommen* vidste arbejdsgiverne, at der ved administrationen af de erhvervstilknyttede pensionsordninger og beregningen af bidragene til disse skulle tages hensyn til samme pensionsalder for mænd og kvinder. Såfremt der ikke blev taget hensyn til deres og pensionskassebestyrelsernes gode tro, ville det medføre alvorlige økonomiske problemer for pensionsordningerne. Alt dette

43 — Pinna I-dommen, præmis 28.

44 — Pinna I-dommen, præmis 30, bortset fra, som Domstolen tilføjede, tilfælde hvor arbejdstagere har anlagt retssag eller indgivet en hermed sidestillet klage inden denne dato. Domstolen gentog sit standpunkt i denne forbindelse i dom af 13.11.1990, sag C 99/89, Yañez-Campoy, Sml. I, s. 4097, præmis 18.

45 — Barber dommen, præmis 43.

taler for ikke at gøre indgreb i forpligtelser, der var indgået, og beløb, der var udbetalt, forud for domsafsigelsen i Barber-sagen <sup>46</sup>.

22. I denne forbindelse vil jeg henvise til, at den  *tredje fortolkningsmulighed* , hvorefter det afgørende kriterium skal være, at pensionsret tilkendes efter den 17. maj 1990 (og dette uanset i hvilket tidsrum de beskæftigelsesperioder, som pensionen vedrører, er placeret), efter min mening ikke kan tages i betragtning. Dette anser jeg ikke alene for uønsket i betragtning af den ovenfor anførte måde, på hvilken pensionsrettighederne erhverves, men tillige på grund af den  *åbenbare urimelighed* , som denne fortolkning ville føre til for mange arbejdstagere. Ingen arbejdstager, hvis erhvervstilknyttede pension forfaldt til betaling, eller som blev udbetalt første gang forud for ovennævnte dato, ville i så fald kunne påberåbe sig princippet om lige løn, og helt ensartede situationer, som kun adskiller sig fra hinanden ved, at de har ført til en ret til en ydelse før eller efter den 17. maj 1990, ville i så fald blive behandlet helt forskelligt.

Endelig går den  *fjerde fortolkningsmulighed*  efter min mening for vidt. Den tager nemlig på ingen måde hensyn til den økonomiske ligevægt i de erhvervstilknyttede pensionsordninger, således som denne er bragt i stand på grundlag af beregningsfaktorer, hvor der er taget udgangspunkt i en forskellig pensionsalder for mænd og kvinder.

46 — Et tilsvarende standpunkt har Domstolen gentagne gange indtaget ved annullation af institutionernes retsakter. Det siges så, at af hensyn til »væsentlige retssikkerhedshensyn« kan annullationen af den pågældende retsakt ikke anfægte gyldigheden af de udførte betalinger og indgåede forpligtelser til gennemførelse af den pågældende retsakt, indtil afsigelsen af den pågældende dom, jf. dom af 3.7.1986, sag 34/86, Rådet mod Parlamentet, Sml. s. 2155, præmis 48, og af 31.3.1992, sag C-284/90, Rådet mod Parlamentet, Sml. I, s. 2277, præmis 37.

23. Den fortolkning, der her foretrækkes, vedrørende en begrænsning af de tidsmæssige virkninger af Barber-dommen, falder stort set sammen med den, som er indeholdt i den protokol ad artikel 119, der er knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union. Jeg må i øvrigt påpege, at såfremt Domstolen når frem til et andet resultat, vil denne afgørelse være forældet, når traktaten om Den Europæiske Union træder i kraft.

En protokol, der knyttes til EØF-traktaten, er nemlig omfattet af traktatens artikel 239, og når traktaten om Den Europæiske Union træder i kraft, vil protokollen udgøre en integrerende del af EØF-traktaten. Den har med andre ord samme retskraft som en traktatbestemmelse <sup>47</sup>. Jeg skal dog understrege, at protokollen ikke tjener det formål at foretage en ændring af artikel 119, og at den heller ikke ser ud til at sætte spørgsmålstegn ved Domstolens praksis. I unionstraktatens artikel B, femte led bekræftes det nemlig udtrykkeligt, at Unionen har som mål »at opretholde gældende fællesskabsret fuldt ud og udbygge den«, det vil sige alle eksisterende fællesskabsretlige bestemmelser som fortolket og anvendt af Domstolen <sup>48</sup>. Jeg kan derfor heller ikke i protokollen se andet

47 — Jf. C. Vedder, »Artikel 239«, i Grabitz, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, München, Beck, s. 2, nr. 5. Krænkelser af en protokolbestemmelse indebærer således et traktatbrud: M. Hilf, »Artikel 239«, i Groeben-Thiesing-Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, IV, Baden-Baden, Nomos, 1991, s. 5947, nr. 7 og 8. I øvrigt anses protokoller i den internationale traktatret generelt som del af den traktat, som de er knyttet til: Myers, »The name and scope of Treaties«, *Am. J. Int. L.*, 1957, (574), 587; jf. i øvrigt definitionen af »traktat« i artikel 2, stk. 1, litra a), i Wienerkonventionen af 23.5.1969 om traktatretten: »en mellemfolkelig overenskomst afsluttet i skriftlig form mellem stater og undergivet folkerettens regler, uanset om den består af et enkelt instrument eller to eller flere sammenhørende instrumenter og uden hensyn til dens specielle betegnelse«.

48 — Se ligeledes artikel C i traktaten om Den Europæiske Union, hvori er bestemt, at Unionens fælles institutionelle ramme skal sikres, »idet gældende fællesskabsret samtidig overholdes og udbygges«.

end en *erklæring om indholdet* af artikel 119 og Domstolens praksis <sup>49</sup>.

ser, der er omfattet af artikel 119 (jf. ovenfor, punkt 3).

Gælder dommen i Barber-sagen og den deri fastsatte tidsmæssige begrænsning også for andre erhvervstilknyttede pensionsordninger end dem, Barber-dommen drejede sig om?

24. I Coloroll-sagen har High Court ligeledes spurgt Domstolen, om den tidsmæssige begrænsning i Barber-dommen omfatter andre erhvervstilknyttede pensionsordninger end de »contracted-out« erhvervstilknyttede pensionsordninger, der blev behandlet i Barber-dommen (spørgsmål 3), med andre ord, om den også omfatter tillægsordninger eller ikke-lovregulerede pensioner og ikke kun »contracted-out« pensionsordninger. Dette spørgsmål kommer også frem i Moroni-sagen, selv om spørgsmålene fra Arbeitsgericht Bonn i første række tjener til at få oplyst, om afgørelsen i Barber-sagen — især for så vidt angår uforeneligheden med artikel 119 af forskellige aldersbetingelser baseret på køn i forbindelse med krav på pension (jf. ovenfor, punkt 4) — også finder anvendelse på den erhvervstilknyttede pensionsordning, Moroni-sagen drejer sig om.

25. De to spørgsmål hænger sammen og vedrører efter min mening især den rækkevidde, som må tillægges Bilka-dommen fra 1986. Jeg skal minde om, at Domstolen i Bilka-dommen fastslog, at ydelser inden for rammerne af en i en tysk virksomhed gældende virksomhedspensionsordning er ydel-

De sagsøgte i Coloroll-sagen, bortset fra Broughton og Coloroll Group, har anført, at Domstolen i Bilka-dommen, der drejede sig om en pensionsordning, der ikke var »contracted-out«, må have haft hele situationen vedrørende sådanne pensionsordninger for øje. Med andre ord vedrørte dommen ifølge disse parter ikke alene spørgsmålet om *udelukkelse* af arbejdstagere, der var tilsluttet erhvervstilknyttede pensionsordninger, der ikke er »contracted-out« — som det specielt drejede sig om i denne sag — men også spørgsmålet om *tidspunktet* for pensionsrettens *indtræden* i sådanne virksomhedspensionsordninger. Da spørgsmålet om pensions-tidspunktet inden for ikke »contracted-out« virksomhedspensionsordninger derfor allerede var afgjort med Bilka-dommen, altså længe før Barber-dommen, skal den i Barber-dommen fastsatte tidsmæssige begrænsning efter deres opfattelse ikke finde anvendelse på erhvervstilknyttede pensionsordninger, som ikke er »contracted-out«.

Broughton, Coloroll Group, Det Forenede Kongerige og, i Moroni-sagen, den tyske regering har dog gjort gældende, at rækkevidden af Bilka-dommen er begrænset til forhold vedrørende udelukkelse af arbejdstagere, der er tilsluttet ikke »contracted-out« erhvervstilknyttede pensionsordninger. I modsætning til den tyske regering mener Broughton, Coloroll Group og Det Forenede Kongerige dog, at Barber-dommen, inklusive den deri fastsatte tidsmæssige begrænsning, med hensyn til datoen for pensionens indtræden — som sagen specielt drejede sig om — må gælde for alle erhvervstilknyttede pensionsordninger, »contracted-out« såvel som ikke »contracted-out«.

<sup>49</sup> — Se, i samme forbindelse, S. Prechal, »Bommen ruimen in Maastricht«, *Nederlands Juristenblad*, 1992, (349), s. 354.

26. Jeg er enig med Broughton, Coloroll Group og Det Forenede Kongerige i, at dommen i Barber-sagen, inklusive den deri fastsatte tidsbegrænsning, finder anvendelse på *alle erhvervstilknyttede pensionsordninger*, uanset hvilken type de tilhører.

I Bilka-sagen tog Domstolen efter min mening kun stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en erhvervstilknyttet pensionsordning af den type, som var til påkendelse — nemlig en kontraktligt udfærdiget og udelukkende af arbejdsgiveren finansieret virksomhedsordning, der var blevet vedtaget efter forhandlinger i den pågældende virksomhed — er omfattet af artikel 119, og til spørgsmålet om, hvorvidt udelukkelse af deltidsansatte (især kvinder) fra en sådan ordning er en forskelsbehandling, der er i strid med denne bestemmelse. Domstolen besvarede begge spørgsmål bekræftende. Først i Barber-sagen har Domstolen også beskæftiget sig med, om det er tilladt i forbindelse med pensionens indtræden at anvende forskellige aldersbetingelser alt efter køn i forbindelse med (i det konkrete tilfælde »contracted-out«) erhvervstilknyttede pensionsordninger (jf. ovenfor, punkt 4).

Selv om Barber-dommen drejede sig om en »contracted-out« erhvervstilknyttet pensionsordning, mener jeg, at Domstolen behandlede spørgsmålet i sagen om pensionstidspunktet generelt — dvs. for alle

erhvervstilknyttede pensionsordninger — og at den i dommen fastsatte tidsmæssige begrænsning derfor også må gælde for andre end »contracted-out« pensionsordninger. Jeg finder nemlig intet holdepunkt i konklusionen i Barber-dommen for en sondring mellem »contracted-out« og ikke »contracted-out« pensionsordninger, da der hverken i domskonklusionens punkt 3 eller 5 er omtalt nogen begrænsning, hvoraf det skulle fremgå, at den kun gælder erhvervstilknyttede pensionsordninger af typen »contracted-out«. En sådan sondring ville endvidere økonomisk medføre vilkårlige forvridninger mellem de pågældende pensionsordninger. Hvis Domstolen i øvrigt i Bilka-dommen også skulle have udtalt sig om pensionstidspunktet ved ikke »contracted-out« pensionsordninger, ville den efter min mening også have begrænset de tidsmæssige virkninger af dommen i stedet for, som det var tilfældet, at have givet tilbagevirkende kraft fra ... den 8. april 1976, dvs. den dato, da Domstolen i Defrenne II-sagen tillagde artikel 119 direkte virkning<sup>50</sup>. Følgen af alt dette ville så med hensyn til pensionstidspunktet være, at artikel 119 enten skulle eller ikke skulle finde anvendelse med tilbagevirkende kraft i over 14 år, alt efter om den pågældende erhvervstilknyttede pensionsordning var af typen »contracted-out« eller ikke »contracted-out«. De økonomiske følger af en sådan fortolkning ville være katastrofale for medlemsstater, hvor tillægsordninger, dvs. ikke »contracted-out« erhvervstilknyttede pensionsordninger, anvendes hyppigt. Dette kan ikke have været Domstolens hensigt.

50 — Domstolen ville ganske rigtigt i henhold til sin egen praksis (jf. ovenfor, punkt 13) ikke have mulighed for nu at begrænse de tidsmæssige virkninger af Bilka-dommen. Jf. et tilfælde, hvor Domstolen nægtede at fastsætte en sådan tidsmæssig begrænsning vedrørende en forudgående dom, Barra-dommen, citeret i note 25, præmis 14.

Er anvendelse af forskellige aktuarmæssige faktorer for mænd og kvinder i strid med EØF-traktatens artikel 119?

I sidstnævnte tilfælde modtager mænd således, under i øvrigt ens omstændigheder, en lavere sum end kvinder.

27. *Parternes anbringender.* I Neath-sagen [spørgsmål 3 b)] og Coloroll-sagen (spørgsmål 4) rejses der spørgsmål om, hvorvidt det er foreneligt med EØF-traktatens artikel 119, at de ydelser, der udbetales i henhold til en pensionsordning, beregnes på grundlag af aktuarmæssige faktorer, navnlig aktuarmæssige antagelser om forskellig middellevetid for mænd og kvinder, som fører til forskellige resultater for mænd og kvinder.

Pensionskasserne og disses bestyrelser samt de fleste af de medlemsstater, der har afgivet indlæg, gør gældende, at dette er helt normalt. De aktuarmæssige faktorer er baseret på pålidelige og objektive statistiske oplysninger i forbindelse med middellevetiden efter pensionsalderen. Da oplysningerne er forskellige for de to køn — kvinder lever gennemsnitligt længere, og modtager derfor gennemsnitligt pension i længere tid end mænd — er aktuarmæssige faktorer af afgørende betydning for vurderingen af de forpligtelser, en pensionskasse påtager sig, og dermed for finansieringsstrukturen for hele pensionsordningen. Hensyntagen til de aktuarmæssige oplysninger — der i øvrigt er en generelt accepteret praksis i sikringsordninger, der beror på aftale — vil derfor have en direkte og fuldt ud lovlig indvirkning på værdien af de rettigheder, der kan overføres til en anden ordning, samt på udbetalinger af engangsbeløb (dvs. når en person, der er tilsluttet, vælger at modtage en kapitaludbetaling i stedet for en periodisk pensionsydelse).

28. Kommissionen mener derimod, at princippet om lige løn til mænd og kvinder skal anvendes individuelt og ikke gruppevis. Det forhold, at kvinder generelt lever længere end mænd, bør ikke have nogen som helst betydning for et bestemt individs forventede levetid, og det vil ikke være acceptabelt, at en enkeltperson bliver straffet på grund af antagelser, der ikke nødvendigvis er rigtige i den pågældendes tilfælde. Desuden findes der en mængde risikofaktorer, der ikke tages hensyn til: risici i forbindelse med udøvelsen af et erhverv, rygning, helbred osv. Endelig hævdes det for pensionsordningerne ikke rent teknisk at være nødvendigt at foretage en sondring baseret på middellevetid, idet nogle pensionsordninger, og alle statslige pensionsordninger, anvender en udligningsordning for risici, som skyldes forskelle i mænds og kvinders gennemsnitlige levetid<sup>51</sup>. Amerikas Forenede Staters højesteret har erklæret en sådan forskelsbehandling med hensyn til pensionsordninger i strid med Civil Rights Act 1964. Kommissionen slutter heraf, at hverken arbejdsgivere eller »trustees« kan påberåbe sig forskellige aktuarmæssige faktorer — da de er i strid med traktatens artikel 119 — til støtte for en forholdsvis større nedsættelse af pensionen til en mand end til en kvinde ved førtidspension, til støtte for en mindre kapitaludbetaling til mænd end til kvinder, såfremt dette vælges, eller til støtte

51 — Disse argumenter blev allerede fremført af Kommissionen i begrundelsen af 29.4.1983 til det forslag, der blev vedtaget i form af direktiv 86/378/EØF: KOM(83) 217 endelig udg., s. 7 og 8.

for en forskellig sats for den nedsættelse af pensionen, som er nødvendig for at udbetale enke- eller enkemandspension til en ydelsesberettiget pårørende. Det samme skulle gælde for en kapitaludbetaling til »trustees« i en anden pensionsordning, såfremt en arbejdstager skifter arbejde, da også disse »trustees« skal overholde princippet om lige løn for så vidt angår den pågældende arbejdstager. Kun såfremt kapitalbeløbet er udbetalt til et forsikringsselskab eller en anden tredjemand, der står helt uden for arbejdsforholdet og derfor ikke er bundet af artikel 119, skulle man ikke kunne forbyde denne virksomhed eller tredjemand at anvende forskellige dødelighedstavler for mænd og kvinder.

29. *Fællesskabsbestemmelserne og EF-retspraksis.* Inden jeg tager stilling, vil jeg gerne placere spørgsmålet om de aktuarmæssige faktorer i fællesskabsretlig sammenhæng. For så vidt angår *fællesskabsbestemmelserne* har vi direktiv 86/378. I modsætning til Kommissionens oprindelige forslag til direktiv, som udtrykkeligt forbød fastsættelse af henholdsvis ydelser og bidragssatser under hensyn til »forskellige aktuarmæssige eller andre beregningselementer, for så vidt angår forhold som sygelighed, dødelighed eller middellevetid«<sup>52</sup>, indeholder direktivet en række undtagelser fra gennemførelsen af ligebehandlingsprincippet i erhvervstilknyttede ordninger og sociale sikringsordninger for bestemte faggrupper, og disse undtagelser har sammenhæng med anvendelse af aktuarmæssige faktorer, der er forskellige for de to

køn. For overskuelighedens skyld gengiver jeg her disse undtagelser:

— Artikel 9, litra c), bestemmer, at medlemsstaterne — som en undtagelse fra det i artikel 6, stk. 1, litra i), første afsnit, fastsatte forbud mod, baseret på kønnet, at fastsætte forskellige niveauer for *arbejdstagernes bidrag* — på dette punkt må udsætte gennemførelsen af ligebehandlingsprincippet »for at tage hensyn til forskellige aktuarmæssige faktorer«, senest indtil udløbet af en frist på 13 år fra meddelelsen af direktivet, dvs. indtil den 30. juli 1999.

— Artikel 6, stk. 1, litra h), tillader, at der, baseret på kønnet, fastsættes forskellige *ydelsesniveauer*, i det omfang det er nødvendigt som følge af aktuarmæssige faktorer, der er forskellige for de to køn i forbindelse med ydelser, som er bidragsdefinerede<sup>53</sup>.

— I henhold til artikel 6, stk. 1, litra i), andet afsnit, må der, baseret på kønnet, fastsættes forskellige *bidragsniveauer for arbejdsgiverne* i forbindelse med ydelser, som er bidragsdefinerede<sup>54</sup>, som led i »en tilnærmelse af beløbene for de pågældende ydelser«.

— I medfør af artikel 6, stk. 1, litra d), kan der, jf. hvad der er fastsat i henhold til

52 — Artikel 6, stk. 1, litra h) og i), i Kommissionens forslag af 5.5.1983 (EFT C 134, s. 7). Kommissionen fandt bl.a. støtte for disse synspunkter i Europa-Parlamentet: jf. betænkning af 12.3.1984 af H. Peeters fra Udvalget for Sociale Anliggender og Beskæftigelse, Parlement Européen, Documents de séance, 1983-1984, doc. 1-1502/83 (PE 87/755/def.), s. 10.

53 — Med udtrykket »som er bidragsdefinerede« henvises til de såkaldte tarispensionsordninger, jf. ovenfor i note 38.

54 — Jf. den foregående fodnote.

litra h) og i), baseret på kønnet, fastsættes forskellige regler for tilbagebetaling af bidrag, når arbejdstageren forlader ordningen uden at have opfyldt betingelserne for at få udbetalt langtidsydelse med opsættende virkning.

- Artikel 6, stk. 1, litra j), åbner til slut, for så vidt angår bestemmelserne i litra h) og i), mulighed for forskellige normer eller normer, der kun gælder for det ene køn, for *erhvervelse eller bevarelse af retten til at få udbetalt ydelser med opsættende virkning*, når den pågældende forlader ordningen.

Fællesskabsbestemmelserne indeholder således fem vigtige begrænsninger i gennemførelsen af ligebehandlingsprincippet, som hænger sammen med aktuarmæssige beregningsfaktorer, hvoraf de fire er uden nogen tidsmæssig begrænsning<sup>55</sup>. De vedrører dels bidrag enten fra arbejdstagere eller fra arbejdsgivere, dels udbetaling af ydelser eller tilbagebetaling af bidrag.

30. For så vidt angår forholdet mellem aktuarmæssige faktorer og ligebehandlingsprincippet findes der på nuværende tidspunkt

ingen *retspraksis* i Fællesskabet<sup>56</sup>. Også her skal Barber-dommen dog tages i betragtning, idet Domstolen af hensyn til en hensigtsmæssig domstolskontrol med overholdelsen af ligebehandlingsprincippet<sup>57</sup> udtrykkelig udtalte, at:

»Ligelønsprincippet skal overholdes for hver enkelt del af lønnen og ikke kun ud fra en samlet vurdering af de ydelser, arbejdstagerne modtager«<sup>58</sup>.

Det er netop denne passage i dommen, som Kommissionen påberåber sig til støtte for, at det i artikel 119 fastsatte forbud mod forskelsbehandling omfatter ethvert aspekt af en erhvervstilknyttet pensionsordning, inklusive de aktuarmæssige faktorer<sup>59</sup>. Endvidere skal der ifølge Kommissionen ikke tages hensyn til de nævnte undtagelser i direktiv 86/378, da Domstolen i Bilka-sagen og Barber-sagen har bekræftet, at artikel 119 for så vidt angår arbejdstageren finder direkte anvendelse på betingelserne for en erhvervstilknyttet pensionsordning.

55 -- Disse undtagelser er stødt på kritik fra forskellige forfattere, der bl.a. udtaler tvivl om, hvorvidt undtagelserne er forenelige med traktatens artikel 119: jf. D. Curtin, »Occupational pension schemes and Article 119: beyond the fringe?«, C. M. L. Rev., 1987, (215), s. 225-229, E. Ellis, *European Community Sex Equality Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, s. 56 og 57, A. Laurent, »Les C.E. éliminent des discriminations fondées sur le sexe dans les régimes professionnels de sécurité sociale«, *Revue internationale du Travail*, 1986, (753), s. 759, 760 og 761, og S. Prechal og N. Burrows, *Gender discrimination law of the European Community*, Aldershot, Dartmouth, 1990, s. 280, 281 og 282.

56 -- Jeg kan her lade den praksis ude af betragtning, som Domstolen og Retten i tjenestemandssager har udviklet vedrørende medregning af pensionsrettigheder, der er erhvervet andetsteds, navnlig den aktuarmæssige modværdi af disse rettigheder for så vidt angår ansatte i fællesskabsinstitutioner: jf. bl.a. dom af 6.10.1983, forenede sager 118/82-123/82, Celant m.fl., Sml. s. 2995, af 9.11.1989, forenede sager 75/88, 146/88 og 147/88, Bonazzi-Bertotilli m.fl., Sml. s. 3599, og af 14.2.1990, sag C-137/88, Schneemann m.fl., Sml. 1, s. 369.

57 -- Jf. præmis 33 og 34 i Barber dommen.

58 -- Barber dommen, præmis 35 og punkt 3 i domskonklusionen.

59 -- Om der faktisk kan tillægges dette afsnit en så vidtrækkende betydning, vil jeg lade være usagt. I det citerede afsnit drejede det sig nemlig om ydelser af forskellig art, som alt efter forholdene blev tilkendt mænd og kvinder. Domstolen blev anmodet om at tage stilling til alle disse ydelser som en helhed, en opgave den vanskeligt kunne udføre. I det foreliggende tilfælde drejer det sig dog ikke om forskellige løn dele, men om den aktuarmæssige beregningsmåde for så vidt angår en enkelt løn del.

31. *Spørgsmålet om forbuddet mod forskelsbehandling principielt finder anvendelse.* Man bliver således straks stillet over for spørgsmålet om, hvilken fællesskabsretlig bestemmelse der finder anvendelse på den foreliggende problematik, traktatens artikel 119 eller direktiv 86/378. Afgrænsningen mellem anvendelsesområdet for artikel 119 og anvendelsesområdet for Rådets direktiver til gennemførelse af ligebehandlingsprincippet har altid været vanskelig. Kort sagt går Domstolens praksis ud på, at når en tvist kan løses alene ved fortolkning af artikel 119, er kun denne bestemmelse relevant i fællesskabssammenhæng<sup>60</sup>. Direktiverne til gennemførelse af ligebehandlingsprincippet spiller med andre ord kun en rolle, såfremt de *supplerer* eller *udvider* virkningen af artikel 119<sup>61</sup>; de kan dog ikke på nogen måde ændre eller begrænse indholdet eller rækkevidden af bestemmelsen<sup>62</sup>. Det forhold, at direktiv 86/387 i forbindelse med anvendelse af forskellige aktuarmæssige faktorer, der er baseret på køn, medfører undtagelser fra ligebehandlingsprincippet (jf. ovenfor, punkt 29), kan derfor ikke danne grundlag for ved en analogi tillige at anse disse undtagelser for at gælde det i artikel 119 fastsatte ligebehandlingsprincip. Undtagelser fra rækkevidden af artikel 119 skal fremgå af selve artiklen.

32. Med hensyn til det sidstnævnte, nemlig rækkevidden af det i artikel 119 fastsatte forbud mod forskelsbehandling, har Domstolen siden dommen i Defrenne II-sagen fulgt en fast praksis, der ligeledes blev bekræftet i Barber-sagen:

»... ved anvendelsen af disse bestemmelser må man inden for artikel 119's samlede anvendelsesområde sondre mellem på den ene side direkte og åben forskelsbehandling, som kan konstateres allerede ved hjælp af de i artiklen opstillede kriterier samme arbejde og lige løn, og på den anden side indirekte og skjult forskelsbehandling, som kun kan påvises på grundlag af mere udtrykkelige gennemførelsesbestemmelser af fællesskabsretlig eller national karakter«<sup>63</sup>.

Den direkte virkning af artikel 119 gælder derfor kun for former for forskelsbehandling, der allerede kan karakteriseres som sådanne af *den nationale ret*<sup>64</sup> ved hjælp af de i artiklen nævnte kriterier »samme arbejde« og »lige løn«<sup>65</sup>. I Defrenne II-sagen fastslog Domstolen yderligere, at dette er tilfældet for forskelsbehandling, som retten kan

60 — Et klart eksempel herpå finder man i Macarthys-dommen. Sely om den forelæggende ret navnlig havde forelagt Domstolen spørgsmål om rækkevidden af direktiv 75/117/EØF, udtalte Domstolen, at tvisten kunne løses udelukkende ved en fortolkning af artikel 119; jf. præmis 17 i dommen.

61 — Det skal således bemærkes, at direktiv 86/378 omfatter en videre personkreds end artikel 119, da det i medfør af artikel 3 ligeledes finder anvendelse på selvstændige erhvervsdrivende. For så vidt angår det materielle anvendelsesområde, finder direktivet bl.a. anvendelse på alle erhvervstilknyttede ordninger, der sikrer beskyttelse mod risici som sygdom, invaliditet, alderdom, arbejdsulykker og erhvervsygdomme samt arbejdsløshed [artikel 4, litra a)].

62 — Jf. med hensyn til direktiv 75/117, Jenkins-dommen, præmis 22, og dom af 3.12.1987, sag 192/85, Newstead, Sml. s. 4753, præmis 20. Dette blev også bekræftet udtrykkeligt af Domstolen i Barber-dommen, præmis 11.

63 — Defrenne II-dommen, præmis 18.

64 — Henvisningen til »retterne« forekom første gang i Macarthys-dommen, præmis 10; jf. tillige Worringham-dommen, præmis 23, og Jenkins-dommen, præmis 17. I præmis 38 i Barber-dommen taler Domstolen om »den nationale ret«.

65 — Macarthys-dommen, præmis 10, Worringham-dommen, præmis 23, Jenkins-dommen, præmis 17, og Barber-dommen præmis 37.

påvise gennem en *rent juridisk analyse*, navnlig såfremt den skyldes lovbestemmelser eller kollektive arbejdsoverenskomster<sup>66</sup>, og for forskelsbehandling i situationer, hvor retten er i stand til at *fastslå alle faktiske momenter* for at afgøre, om der foreligger løndiskrimination, navnlig i tilfælde af ulige løn til mænd og kvinder for samme arbejde, som udføres i én og samme (offentlige eller private) virksomhed eller tjeneste<sup>67</sup>.

Selv om en fuldstændig gennemførelse af artikel 119's økonomiske og sociale mål<sup>68</sup> efter Domstolens opfattelse desuden kræver, at enhver anden kønsdiskriminering ophæves, anser den mere detaljerede fællesskabsretlige eller nationale gennemførelsesbestemmelser for nødvendige:

»Det kan nemlig ikke lades ude af betragtning, at en fuldstændig gennemførelse af artikel 119's mål gennem fjernelse af enhver direkte eller indirekte forskelsbehandling mellem mænd og kvinder ikke blot inden for de enkelte virksomheder, men inden for hele virksomhedsbrancher og endog inden for det samlede økonomiske system i visse tilfælde kan have til forudsætning, at der fastsættes kriterier, hvis gennemførelse kræver udste-

delse af passende fællesskabsretlige eller nationale foranstaltninger«<sup>69</sup>.

33. Anvendt på problematikken omkring de aktuarmæssige faktorer fører denne praksis til følgende. I visse tilfælde, f.eks. i Moroni-sagen (jf. ovenfor, punkt 7), følger en ulige behandling på grund af anvendelse af forskellige aktuarmæssige faktorer med hensyn til ydelserne (navnlig krav på førtidspension) af bestemmelser i *lovgivningen*. I andre, f.eks. i Neath-sagen (jf. ovenfor, punkt 8) og Coloroll-sagen (jf. ovenfor, punkt 9), forekommer der på grund af aktuarmæssige faktorer forskelle ved betaling af henholdsvis overførselsydelser og engangsydelser som følge af *kontraktmæssige* vilkår i de pågældende erhvervstilknyttede pensionsordninger, og dette kan endog være tilfældet i pensionsordninger, som kun mænd er optaget i (Coloroll-sagen, punkt 9).

I alle disse tilfælde er det dog muligt for den nationale ret at fastslå, at der foreligger et tilfælde af ulige behandling på grundlag af en rent juridisk analyse. De aktuarmæssige faktorer er nemlig indeholdt i en bestemmelse i lovgivningen eller udgør en del af vilkårene i en erhvervstilknyttet pensionsordning (som fastsat i »trust«-dokumentet, vedtægterne eller de almindelige betingelser), og de støttes klart alene på en sondring mellem mænd og

66 — Dommen i Defrenne II-sagen, præmis 21.

67 — Dommen i Defrenne II-sagen, præmis 22 og 23, Macarthy-dommen, præmis 10, Worringham-dommen, præmis 23, og Jenkins-dommen, præmis 17.

68 — Jf. om disse mål, dommen i Defrenne II-sagen, præmis 8-12.

69 — Dommen i Defrenne II-sagen, præmis 19. At spørgsmålet om rækkevidden af artikel 119's direkte virkning i det væsentlige afhænger af, om den ulige behandling kan fastslås på grundlag af en rent juridisk analyse af omstændighederne i det pågældende tilfælde, og ikke i så høj grad afhænger af, om der foreligger »direkte« eller »indirekte«, »åben« eller »skjult« forskelsbehandling, er overbevisende gjort gældende af generaladvokat VerLoren Van Themaat i hans forslag til afgørelse i Burton-sagen, Sml. 1982, s. 582, punkt 2.6, under henvisning til Jenkins-dommen.

kvinder <sup>70</sup>. Endvidere kan forskelsbehandlingen fastslås af retten på grundlag af de i artikel 119 indeholdte kriterier vedrørende samme arbejde og lige løn. Når de pensionsydelse, den engangsydelse eller den overførselsydelse, som en mand (eller kvinde) kan gøre krav på, er mindre end den, som en kvinde (eller mand) har ret til, er der i henhold til de principper, der er udviklet i Domstolens praksis, tale om ulige løn til arbejdstagerne af det ene køn i forhold til arbejdstagerne af det andet køn <sup>71</sup>. Konklusionen må derfor være, at hensyntagen til forskellige aktuarmæssige faktorer baseret på kønnet, *i hvert fald for så vidt* de resulterer i forskellige bidrag eller ydelser for mænd og kvinder (jf. nedenstående punkt 34), udgør en forskelsbehandling på grundlag af køn, som *i princippet* er forbudt i henhold til artikel 119 <sup>72</sup>.

34. *Mulige grunde til, at forskelsbehandling kan være berettiget.* Ikke desto mindre rejser der sig det spørgsmål, om der kan anføres objektive grunde til denne forskelsbehandling, således at den ifølge fællesskabsretten kan være berettiget. En sådan grund kunne — som det anføres fra forskellig side — være objektivet konstaterbare forskelle i middellevetiden for mænd og kvinder.

Inden jeg går nærmere ind herpå, vil jeg gerne redegøre nærmere for det forbehold,

jeg har taget i slutningen af det foregående afsnit. Jeg er nemlig for så vidt enig med Det Forenede Kongerige og den nederlandske regering i, at en anvendelse af aktuarmæssige faktorer, der er baseret på kønnet, med henblik på en vurdering af en pensionsordnings økonomiske forpligtelser ikke forbydes som sådan i henhold til artikel 119. Sagt på en anden måde: Artikel 119 beskæftiger sig ikke med en erhvervstilknyttet pensionsordnings finansieringsmåde, for så vidt denne ikke fører til ulige løn til arbejdstagerne af ét køn i forhold til det andet. I modsætning til Det Forenede Kongerige — hvis opfattelse på dette punkt i øvrigt afviger fra den nederlandske regerings — mener jeg dog, at såfremt anvendelsen af sådanne aktuarmæssige faktorer fører til forskellige *arbejdstagerbidrag* og/eller til forskellige *ydelser* <sup>73</sup> — det være sig som overførselsydelse, engangsydelse eller nedsat pension ved førtidspensionering — finder artikel 119 i sin helhed anvendelse (jf. ovenfor, punkt 33).

35. Jeg når således frem til spørgsmålet om, hvorvidt forskelle i mænds og kvinders middellevetid kan *berettige*, at der anvendes aktuarmæssige faktorer baseret på køn ved beregningen af arbejdstagerbidrag og ydelser i erhvervstilknyttede pensionsordninger. Det er rigtigt, at kvinder som gruppe lever længere end mænd. Det står endvidere fast, at ikke alle individuelle mænd og kvinder følger gennemsnittet for deres køn, idet mange

70 — Jf. i denne forbindelse, for så vidt angår den i Barber-sagen foreliggende kønsdiskriminering vedrørende optagelsesbetingelserne, navnlig alderskravet, i Guardian's pensionsordning, punkt 47 i mit forslag til afgørelse i sagen, Sml. 1990 I, s. 1934 og 1935.

71 — Jf. Barber-dommen, præmis 38.

72 — Jf. eksempler på anden, mere indirekte forskelsbehandling i erhvervstilknyttede pensionsordninger hos D. Curtin, op.cit., C. M. L. Rev., 1987, s. 216.

73 — Såfremt pensionsordningen også finansieres ved hjælp af arbejdsgiverbidrag og/eller offentlige bidrag, kan der ved beregningen af disse bidrag efter min mening tages hensyn til aktuarmæssige faktorer baseret på kønnet, såfremt de forskelle, der fremkommer på baggrund heraf, på ingen måde fører til en forskellig bidragsstørrelse for mænd og kvinder, og de ydelser, der på grundlag af disse bidrag udbetales til mænd og kvinder, heller ikke er diskriminerende.

kvinder lever kortere end gennemsnitsmanden, og mange mænd lever længere end gennemsnitskvinden. Det centrale spørgsmål er derfor, om der foreligger en forskelsbehandling i artikel 119's forstand, når mænd og kvinder behandles, ikke som enkeltpersoner, men som *gruppe*, og der heraf følger en forskelsbehandling for *de enkelte* mænd og kvinder.

på grund af sit køn<sup>76</sup>. Det forhold alene, at kvinder gennemsnitligt lever længere end mænd, kan derfor ikke være tilstrækkelig grund til at træffe afgørelse om en forskelsbehandling for så vidt angår bidrag og ydelser i forbindelse med erhvervstilknyttede pensionsordninger.

Efter min mening må svaret herpå være bekræftende: Selv om artikel 119 — i modsætning til sit amerikanske sidestykke, Civil Rights Act af 1964, som udtrykkelig tager sigte på ligebehandling af *individet* uden hensyntagen til, hvilket køn den pågældende hører til<sup>74</sup> — påbyder anvendelse af princippet om lige løn i generelle vendinger for »mænd og kvinder«, tager også denne norm sigte på at behandle arbejdstageren som *individ* for så vidt angår retten til lige løn for samme arbejde, og ikke kun som person i den ene eller den anden kønsgruppe<sup>75</sup>. Som Domstolen har bekræftet det i Murphydommen, ligger der for artikel 119 det princip til grund, at en arbejdstager af et bestemt køn, som udfører arbejde af samme værdi som det arbejde, en arbejdstager af det andet køn udfører, ikke må få udbetalt lavere løn

36. Jeg kan også udtrykke ovenstående på en anden måde. En ulige behandling af mænd og kvinder kan være berettiget og dermed ikke en ulovlig forskelsbehandling, såfremt forskellen i behandling støttes på objektive forskelle, der er relevante, dvs. faktisk hænger sammen med genstanden for de regler, der indebærer en ulige behandling. I den henseende ville jeg f.eks. kunne forestille mig, at der vil kunne tages hensyn til faktorer, der har en direkte indflydelse på et bestemt individs forventede levetid, f.eks. risici i forbindelse med udøvelsen af et bestemt erhverv, ryge-, spise- og drikkevaner osv., såfremt dette er teknisk muligt, som begrundelse for individuelle forskelle i bidrag og/eller ydelser. For forskelle i middelevetid for mænd og kvinder forholder det sig dog anderledes. Disse forskelle hænger ikke sammen med den forventede levetid for et bestemt individ og er altså ikke relevante i forbindelse med beregningen af bidragene og/eller ydelserne, som må henføres til den pågældende person.

37. At ovenstående fører til, således som den danske regering har anført, at der vil ske en

74 - Civil Rights Act forbyder bl.a. »to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's ... sex«: 42 USC § 2000e 2(a)(1).

75 — Jf. i samme retning, D. Curtin, »Scalping the Community legislator: occupational pensions and 'Barber'«, C. M. I. Rev., 1990, (475), s. 495

76 — Dom af 4.2.1988, sag 157/86, Sml. s. 673, præmis 9; jf. ligeledes generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i sagen, Sml. s. 684, punkt 12.

omfordeling mellem de to køn, således at det ene køn de facto »subsidierer« pensionsydelse til det andet køn, anser jeg ikke for at være nogen overbevisende indvending. Den kan tilbagevises ved at henvise til dommen *City of Los Angeles, Department of Water and Power v Manhart*, afsagt af den amerikanske højesteret, hvori et lignende argument blev forkastet med følgende ord:

»... when insurance risks are grouped, the better risks always subsidize the poorer risks. Healthy persons subsidize medical benefits for the less healthy; unmarried workers subsidize the pensions of married workers; persons who eat, drink, or smoke to excess may subsidize pension benefits for persons whose habits are more temperate. Treating different classes of risks as though they were the same for purposes of group insurance is a common practice which has never been considered inherently unfair. To insure the flabby and the fit as though they were equivalent risks may be more common than treating men and women alike; but nothing more than habit makes one 'subsidy' seem less fair than the other« 77.

Også den af den danske regering udtalte frygt for, at arbejdstagere, der forstår, at en del af deres bidrag også kommer arbejdstagere af det andet køn til gode, ikke vil

tilslutte sig sådanne ordninger, forekommer mig ubegrundet, i det mindste såfremt det antages, at forbuddet i artikel 119 omfatter *alle* erhvervstilknyttede pensionsordninger, uanset hvilken juridisk form de antager (jf. også nedenfor, punkt 62 og 63).

38. Til støtte for at anse det for berettiget at anvende aktuariemæssige faktorer, der er baseret på køn, i forbindelse med fastsættelse af arbejdstagerbidrag eller pensionsydelser har nogle af parterne påberåbt sig nødvendigheden af at opretholde den *finansielle ligevægt* i de erhvervstilknyttede pensionsordninger. Især har Det Forenede Kongerige søgt at overbevise Domstolen herom. Dens argumentation lyder som følger: Det faktum, at kvinder gennemsnitligt lever længere end mænd, er et væsentligt element i vurderingen af de finansielle passiver i en sådan ordning, da det må antages, at kvinder vil modtage pensionsydelser i længere tid end deres mandlige kollegaer. Det medfører for ordningen nødvendigvis omkostninger, der ikke er lige store for mænd og kvinder, hvilket uundgåeligt bør indvirke på bidragsniveauet. Hvis der pålægges indført en kønsneutral metode til beregning af den finansiering, som er nødvendig for ordningen, vil dette i øvrigt ikke være realistisk, og det vil begrænse aktuarens evne til at udtale sig korrekt om pensionsordningens forpligtelser samt om et passende niveau for de fremtidige bidrag.

39. Skønt jeg ikke i på forhånd kan udelukke, når henses til Domstolens nyere afgørelser, at hensynet til den finansielle ligevægt under visse omstændigheder kan begrunde

77 — 435 US 677, navnlig på s. 710; 55 L Ed 2d 657, s. 666.

en forskelsbehandling<sup>78</sup>, er jeg ikke blevet overbevist af disse argumenter. At det skulle være teknisk nødvendigt at tage hensyn til forskellige aktuarmæssige faktorer baseret på køn (navnlig forskelle i forventet levetid mellem mænd og kvinder) ved fastsættelsen af bidrag og ydelser, kan jeg vanskeligt antage, da der ikke er nogen *offentlige* pensionsordninger, der anvender en sådan sondring<sup>79</sup>, og nogle erhvervstilknyttede pensionsordninger, navnlig i lande hvor anvendelse deraf er forbudt, heller ikke gør det<sup>80</sup>. Jeg kan dog forstå, at det er af betydning for en pensionsordning med henblik på en vurdering af de udestående og fremtidige forpligtelser at danne sig et korrekt billede af middellevetiden for de personer, der er omfattet af ordningen. Men dette vedrører kun de *interne* aktuarmæssige administrative metoder, der anvendes af aktuarer for at undersøge, hvilke midler der er nødvendige for at opretholde den finansielle ligevægt mellem bidrag og

ydelser, under hensyntagen til de pensionsberettigedes levetid. Der er intet, der forhindrer aktuarerne i ved fastsættelsen af denne ligevægt at tage hensyn til forskellige aktuarmæssige faktorer baseret på kønnet (jf. ovenfor, punkt 34). Men det, som artikel 119 kræver, er, at fastsættelsen af bidrag og ydelser, der henholdsvis betales af og udbetales til den pensionsberettigede arbejdstager — og som altså for så vidt angår ordningens *eksterne* relationer med de tilsluttede — sker på grundlag af de samme kriterier for mænd og kvinder.

Selv om jeg derfor ikke finder kravet om opretholdelse af den finansielle ligevægt i de erhvervstilknyttede pensionsordninger tilstrækkeligt til at berettige en forskelsbehandling mellem mænd og kvinder for så vidt angår bidrag og ydelser, er det alligevel en grund til at opfatte den herefter drøftede og efter min mening forsvarlige tidsmæssige begrænsning af den foreslåede fortolkning temmelig vidt. Det vil de følgende afsnit beskæftige sig med.

78 — Jf. navnlig dommen Equal Opportunities, der drejede sig om fortolkningen af den i artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/17/EØF fastsatte undtagelse fra princippet om ligebehandling af mænd og kvinder: dom af 7.7.1992, sag C-9/91, Sml. I, s. 4297, navnlig præmis 15-18. Denne dom er netop blevet bekræftet og præciseret af Domstolen i dom af 30.3.1993, sag C-328/91, Thomas, Sml. I, s. 1247, navnlig præmis 9-12. Også i den for nylig afsagte dom i Poucet-sagen, hvor det centrale spørgsmål var, om et organ, der havde til opgave at administrere en særlig social sikringsordning, skulle betragtes som en virksomhed i EØF-traktatens artikel 85 og 86's forstand, understregede Domstolen nødvendigheden af finansiell ligevægt i sådanne ordninger: dom af 17.2.1993, forenede sager C-159/91 og C-160/91, Sml. I, s. 637, navnlig præmis 13. Nævnes kan også Celant-dommen, hvori Domstolen for så vidt angår medregning af forsikringsperioder, der er tilbagelagt efter en national pensionsordning, inden for rammerne af Fællesskabernes pensionsordning ligeledes understregede nødvendigheden af »en lønsom forvaltning« af denne ordning: Celant-dommen, citeret i note 56, præmis 27.

79 — Jf. A. Laurent, op.cit., s. 760

80 — Jeg tænker i den forbindelse navnlig på USA, hvor det står fast, at anvendelse af forskellige aktuarmæssige faktorer baseret på køn til beregning af *bidrag* til pensionsordninger er i strid med Civil Rights Act 1964 siden den amerikanske højesterets dom i sagen Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart, 435 US 702, 55 L. Ed. 2d 657, 98 S. Ct. 1370 (1978). I 1983 statuerede højesteretten, at også anvendelse af sådanne faktorer på ydelser inden for rammerne af sådanne ordninger rammes af forbuddet mod forskelsbehandling: Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity and Deferred Compensation Plans v. Norris, 463 US 1073, 77 L. Ed. 2d 1236, 103 S. Ct. 3492 (1983); se endvidere Florida v. Long, 487 US 223, 101 L. Ed. 2d 206, 108 S. Ct. 2354 (1988).

40. *Begrænsning af de tidsmæssige virkninger af den her foreslåede fortolkning.* Såfremt Domstolen vil antage det her forfægtede standpunkt, tilrådes det at begrænse den tidsmæssige virkning af denne fortolkning og så nøjagtigt som muligt at angive den måde, begrænsningen sker på. Det er også det, spørgsmål 4 c), fra High Court i Coloroll-sagen går ud på, idet der stilles spørgsmål om, i hvilken udstrækning (navnlig vedrørende hvilke perioder) det kan forlanges af en pensionsordnings »trustees«, at de ud fra aktuarmæssige hensyn reviderer beregninger

og foretager omberegning vedrørende forhold, der ligger forud for den 17. maj 1990.

Næsten alle, der har deltaget i sagen for Domstolen, har indtaget et standpunkt med hensyn til den tidsmæssige virkning af en dom, hvori Domstolen måtte fastslå, at artikel 119 omfatter anvendelse af forskellige aktuarmæssige faktorer baseret på køn. Deres stillingtagen kan sammenfattes som følger.

41. Den tyske regering og Det Forenede Kongerige gør gældende, at de samme principper bør gælde som med hensyn til den tidsmæssige virkning af selve Barberdommen. Det Forenede Kongerige udleder deraf, at ydelser kun bør revideres og omberegnes, såfremt de vedrører beskæftigelsesperioder efter den 17. maj 1990.

Den nederlandske regering fastsætter ingen dato, men gør gældende, at det fortsat bør være tilladt at opretholde de nugældende forskelle med hensyn til livsvarige periodiske ydelser ved førtidspension og omdannelse af en del af pensionen til en engangsydelse, såfremt optjeningen er sket i beskæftigelsesperioder, der ligger forud for et af Domstolen nærmere fastsat tidspunkt eller i hvert fald den 17. maj 1990.

Kommissionens standpunkt er mindre entydigt. I Neath-sagen foreslog den — idet den

åbenbart gik ud fra, at problemet med de aktuarmæssige faktorer ikke var berørt i Barber-sagen — at Domstolen, i tilfælde af at den måtte nå frem til ovenstående fortolkning, skulle begrænse de tidsmæssige virkninger af dommen i den foreliggende sag. I sine udtalelser i Coloroll-sagen er Kommissionen derimod af den opfattelse, at den i Barberdommen fulgte argumentation vedrørende de tidsmæssige virkninger af dommen ligeledes må gælde med hensyn til krav, der angår en forskelsbehandling, som så ud til at være tilladt i henhold til direktiv 86/378. Såfremt Domstolen måtte være af en anden opfattelse, foreslår Kommissionen, at Domstolen udbeder sig skriftlige indlæg om den mest passende tidsmæssige begrænsning af Domstolens dom.

42. I lighed hermed finder jeg, at de *principper* med hensyn til den tidsmæssige virkning, som Domstolen har anført i Barberdommen, og som jeg har gjort nærmere rede for i ovenstående (punkt 17-20), bør finde anvendelse. Det betyder, at også med hensyn til problematikken i forbindelse med de aktuarmæssige faktorer forekommer det mig nødvendigt ud fra bydende retssikkerhedshensyn og i betragtning af virksomhedernes og medlemsstaternes gode tro at begrænse den tidsmæssige virkning af den her foreslåede fortolkning. Såvel virksomhederne som medlemsstaterne måtte nemlig forvente, at de i de erhvervstilknyttede pensionsordninger anvendte forskelle i den aktuarmæssige beregning var tilladt efter fællesskabsretten, bl.a. når henses til de vidtgående undtagelser, som på dette punkt er indeholdt i direktiv 86/378 (jf. punkt 29) med hensyn til gennemførelsen af det i direktivet fastsatte ligebehandlingsprincip. I tillid hertil har de, der administrerer pensionsordningerne, for de

forudgående perioder fastsat henholdsvis de bidrag, der blev opkrævet hos mænd og kvinder, og de ydelser, der blev udbetalt til mænd og kvinder, under hensyn til sådanne aktuarmæssige forskelle. Såfremt man foretog ændringer heri for de forudgående perioder, ville den finansielle ligevægt i ordningerne komme i alvorlig fare.

Specielt med hensyn til *datoen* for den tidsmæssige begrænsning, der skal fastsættes, mener jeg — i modsætning til Det Forenede Kongerige og for så vidt Kommissionen i dens indlæg i Coloroll-sagen — at Domstolen ikke bør tage Barber-dommen som skæringspunkt, men *domsafsigelsen i de foreliggende sager*. Dommen i Barber-sagen vedrørte jo en anden problematik, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt det i henhold til artikel 119 var tilladt at fastsætte forskellige alderskrav for mænd og kvinder for retten til en erhvervstilknyttet pension. Det er først i de foreliggende sager, navnlig i Neath- og Coloroll-sagerne, at Domstolen er blevet anmodet om at tage stilling til problematikken omkring de aktuarmæssige faktorer, der anvendes i forbindelse med sådanne pensioner.

43. Dette fører mig til følgende konklusion. Når bl.a. henses til undtagelserne i direktiv 86/378 måtte de berørte kredse med rette antage, at anvendelse af forskellige aktuarmæssige faktorer baseret på kønnet, navnlig til fastsættelse af bidrag fra og ydelser til arbejdstagere, var tilladt i henhold til artikel 119. For at undgå at der bliver rejst tvivl om pensionsordninger, der tidligere er etableret bl.a. på grundlag af sådanne faktorer, med alle deraf følgende betragtelige økonomiske følger, vil jeg derfor foreslå, at Domstolen

begrænser virkningen af sin fortolkning til pensionskrav, der vedrører beskæftigelsesperioder *fra domsafsigelsen* i de her foreliggende sager, Neath og Coloroll. Den eneste undtagelse, som jeg i den forbindelse anser for ønskelig, vedrører situationen for de personer — arbejdstagere eller deres ydelsesberettigede pårørende — som allerede forud for domsafsigelsen har anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage i henhold til gældende national ret.

Er betaling af enkemandspension omfattet af traktatens artikel 119?

44. I Ten Oever-sagen forelægger Kantongerecht, Utrecht, Domstolen det spørgsmål, om løn i artikel 119's forstand eller de i samme bestemmelse nævnte ydelser omfatter ikke-lovregulerede ydelser til efterladte, i det foreliggende tilfælde betaling af en enkemandspension.

Ten Oever, Det Forenede Kongerige og Kommissionen finder, at dette spørgsmål bør besvares bekræftende. Pensionskassen og den tyske og den nederlandske regering går ind for et benægtende svar.

45. Inden jeg tager stilling hertil, er det nødvendigt præcist at angive, hvad der kendetegner den omstridte enkemandspension. Ifølge reglerne for pensionsordningen drejer det sig om en pension, der tilkendes den mand, som den tilsluttede eller tidligere tilsluttede

kvinde var gift med på det tidspunkt, da hun afgik ved døden, forudsat at ægteskabet blev indgået, inden den pågældende kvinde fyldte 65 år<sup>81</sup>.

Endvidere fremgår det af indlæggene fra den nederlandske regering og fra pensionskassen, at der her er tale om en pensionsordning for et helt fagområde (vinduespuddning og rengøring), der i Nederlandene er gjort obligatorisk for det pågældende fagområde i henhold til *Wet* betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (lov om obligatorisk deltagelse i en erhvervstilknyttet pensionskasse)<sup>82</sup>. For at gøre en sådan ordning obligatorisk — hvilket er sket ved ministeriel bekendtgørelse — kræves det efter loven, at organisationer, der anses for repræsentative for arbejdsgiverne og arbejdstagerne på et bestemt fagområde, hvor der er oprettet en pensionskasse, indsender ansøgning derom<sup>83</sup>. Indholdet af pensionsordningen fastsættes — som det er blevet præciseret af den nederlandske regering — hovedsagelig ved kollektive overenskomster mellem arbejdstager- og arbejdsgiverorganisationer; finansieringen af dem sker som oftest ved hjælp af en gennemsnitspræmie, der, som i det foreliggende tilfælde (jf. ovenfor, punkt 6), betales af arbejdsgivere og arbejdstagere i fællesskab. En ændring af bekendtgørelsen, hvorefter ordningen er gjort obligatorisk, vedtægterne og fagområdets pensionsbestemmelser kræver forudgående samtykke fra vedkommende minister.

46. Er en sådan enkemandspension da en form for løn, som er omfattet af traktatens artikel 119? Ifølge den nederlandske regering er dette tvivlsomt eller i det mindste uklart: På den ene side kan Barber-dommen — som dog ikke drejede sig om en efterladtepension — tyde på, at erhvervstilknyttede pensionsordninger er omfattet af artikel 119, men på den anden side indtager ydelser til efterladte en særlig plads i den afledte fællesskabsret. Regeringen henviser i den forbindelse til artikel 3, stk. 2, i direktiv 79/7, hvorefter ydelser til efterladte udtrykkeligt undtages fra ligebehandling for så vidt angår området for lovbestemt social sikring, samt til artikel 9, litra b), i direktiv 86/378, som tillader medlemsstaterne at udsætte gennemførelsen af ligebehandlingsprincippet »for så vidt angår efterladtepension, indtil ligebehandlingsprincippet ved et direktiv indføres i de lovbestemte sociale sikringsordninger om dette spørgsmål«. Denne særlige stilling for ydelser til den efterladte ægtefælle blev ifølge regeringen også bekræftet i Kommissionens forslag af 27. oktober 1987 til Rådet om udstedelse af et rådsdirektiv om supplerings af gennemførelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de lovbestemte og erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger<sup>84</sup>. I henhold til forslaget artikel 4 skal ligebehandlingsprincippet gennemføres for ydelser til den efterlevende ægtefælle<sup>85</sup>.

81 — Ifølge pensionsreglementets artikel 2, stk. 1, litra c), således som bestemmelsen har været gældende fra ikrafttrædelsen den 1.1.1989.

82 — Lov af 17.3.1949, *Staatsblad* J 121.

83 — Artikel 3, stk. 1, i lov om obligatorisk deltagelse i en erhvervstilknyttet pensionskasse.

84 — EFT 1987 C 309, s. 10. I den femte betragtning til dette forslag henvises der udtrykkeligt til artikel 9, litra b), i direktiv 86/378.

85 — Det skal bemærkes, at artikel 4 udgør en del af afsnit I i direktivforslaget om »efterladte ydelser«, og at der i dette afsnit tillige findes bestemmelser, der har til formål at gennemføre ligebehandlingsprincippet for så vidt angår ydelser til forældreløse børn (artikel 5) og andre efterladte (artikel 6).

Den nederlandske regering finder endelig i Domstolens dom i Newstead-sagen en bekræftelse på den specielle fællesskabsretlige stilling, som ydelser til den efterlevende ægtefælle har. Ifølge pensionskassen har Domstolen i Newstead-dommen lagt til grund, at en enkepension ikke er løn som omfattet af artikel 119.

47. Lad mig først behandle det argument, som ovennævnte parter mener at finde i Newstead-dommen. Sagen drejede sig om, hvorvidt en britisk erhvervstilknyttet pensionsordning (igen af typen »contracted-out«) var forenelig med fællesskabsretten. Ifølge ordningen var der udelukkende pålagt mandlige tjenestemænd pligt til at betale 1,5% af deres bruttoløn til en pensionskasse for enkepensioner, og selv om bruttolønnen var den samme for mandlige og kvindelige tjenestemænd, medførte de pågældende bidrag, at mændenes nettoløn var lavere. En ugift tjenestemand som Newstead fik dog, når han forlod den offentlige tjeneste eller afgik ved døden, tilbagebetalt sine bidrag med tillæg af rente og rentes rente.

Domstolen fastslog, at artikel 119 sammenholdt med Rådets direktiv 75/117 ikke er til hinder for en sådan ordning<sup>86</sup>. Den anførte i den forbindelse bl.a., at den omstridte forskel i nettoløn i realiteten skyldtes en indeholdelse af et bidrag til en erhvervstilknyttet pensionsordning. Da denne ordning trådte i stedet for den lovbestemte ordning, konkluderede Domstolen, at et sådant bidrag »ligesom bidraget til en lovbestemt social sikringsordning [bør] betragtes som henhørende under traktatens artikel 118's anvendelsesområde og ikke under artikel 119's«<sup>87</sup>.

86 — Newstead dommen, nævnt i note 62, præmis 21.

87 — Præmis 15 i Newstead dommen.

I anden række nåede Domstolen som svar på et spørgsmål om, hvorvidt ordningen var forenelig med Rådets direktiv 76/207/EØF<sup>88</sup>, til det resultat — under henvisning til de ovenfor (punkt 46) anførte bestemmelser i artikel 3, stk. 2, i direktiv 79/7 og artikel 9, litra b), i direktiv 86/378 — at ingen af de direktiver, som Rådet havde udstedt med henblik på en gradvis gennemførelse af ligebehandlingsprincippet for så vidt angår social sikkerhed, finder anvendelse på efterladte pensioner<sup>89</sup>. Heraf sluttede Domstolen, at der heller ikke forelå en krænkelse af direktiv 76/207, idet det foreliggende tilfælde faldt ind under den undtagelse vedrørende anvendelsen af ligebehandlingsprincippet, der er fastsat i artikel 1, stk. 2, i direktiv 76/207<sup>90</sup>.

48. Man skal vogte sig for at drage for vidtrækkende konklusioner af denne dom. Domstolen tog nemlig især stilling til, om en forskel i nettoløn mellem mænd og kvinder som følge af, at mænd skulle være tilsluttet en enkepensionsordning, var en forskelsbehandling, der var i strid med artikel 119; spørgsmålet om, hvorvidt selve enkepensionen må betragtes som løn i bestemmelsens forstand, skulle som sådant ikke afgøres. Jeg anser det dog for afgørende, at Domstolen i Barber-sagen har revideret sit standpunkt i Newstead-sagen om, at den pågældende tillægspensionsordning ikke falder ind under

88 — Rådets direktiv 76/207/EØF af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, fremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40).

89 — Newstead-dommen, præmis 25, 26 og 27.

90 — Newstead-dommen, præmis 28. Artikel 1, stk. 2, i dette direktiv henviser med henblik på en gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling for så vidt angår social sikring til bestemmelser, som Rådet efter forslag fra Kommissionen skal fastsætte, og hvori navnlig princippet indhold, udstrækning og gennemførelse skal fastlægges nærmere.

artikel 119, men under artikel 118. I Barber-sagen udtalte Domstolen nemlig, at »pension, der udbetales i henhold til en privat erhvervstilknyttet pensionsordning, en såkaldt 'contracted-out' ordning, er omfattet af traktatens artikel 119«<sup>91</sup>.

49. Domstolen nåede i Barber-sagen frem til denne afgørelse på grundlag af en analyse af de omtvistede »contracted-out« erhvervstilknyttede pensionsordninger, som viser tilbage til de kriterier, der blev udviklet i sagerne Defrenne I og Bilka (jf. ovenfor i punkt 3), og som jeg straks ligeledes vil anvende på den i Ten Oever-sagen foreliggende enkemandspension. Men først skal jeg bemærke, at selve karakteren af en enkemandspension som den foreliggende medfører, at pensionen ikke tilkendes arbejdstageren, men dennes efterlevende ægtefælle. Trods Domstolens formulering af definitionen af »løn« i artikel 119's forstand (jf. ovenfor, punkt 3), nemlig ydelser, »som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren«, forekommer dette forhold mig dog ikke at være nogen overbevisende hindring for at anvende artikel 119 på en sådan enkemandspension. Derimod er det afgørende, at i medfør af pensionsordningen giver *tilslutning til* pensionskassen ret til enkemandspension<sup>92</sup>. Denne pension bliver med andre ord, som Det Forenede Kongerige med rette har anført, erhvervet i ansættelsesforholdet mellem arbejdstager og arbejdsgiver og derfor udbetalt til den efterlevende ægtefælle *i kraft af*

den afdøde ægtefælles *ansættelsesforhold*, dvs. som det hedder i pensionsordningen den »tilsluttede kvinde eller tidligere til ordningen tilsluttede kvinde«.

50. Herefter er spørgsmålet, om en pensionsordning som den foreliggende ikke snarere, som den nederlandske regering og pensionskassen har gjort gældende, kan karakteriseres som en alderspension som den, der forelå i Defrenne I-sagen, og derfor ikke er omfattet af artikel 119. Såfremt jeg anvender de kriterier, der er udviklet i dommene Defrenne I, Bilka og Barber (jf. ovenfor, punkt 3), på den i Ten Oever-sagen foreliggende enkemandspension, så må jeg besvare dette spørgsmål benægtende. For det første er det nemlig klart, at pensionsordningen, selv om den er obligatorisk ifølge lovgivningen, er resultatet af *kollektive overenskomster* inden for den pågældende erhvervsgren og ikke som sådan direkte er fastsat ved lov. Det offentlige begrænser sig til at erklære den pågældende ordning for obligatorisk for et helt fagområde efter anmodning fra de arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, der anses for repræsentative, og som i første række gennem kollektive overenskomstforhandlinger har vedtaget selve indholdet af pensionsordningen. Ordningen oprettes derfor først og fremmest »som resultat af en overenskomst mellem arbejdstagere og arbejdsgivere«<sup>93</sup>.

Endvidere er det ikke bestridt, at den foreliggende pensionsordning udelukkende finansieres af arbejdsgivere og arbejdstagere og *uden bidrag fra det offentlige*<sup>94</sup>.

91 — Barber-dommen, præmis 30 og punkt 2 i domskonklusionen.

92 — Artikel 2, stk. 1, første punktum, i pensionsbestemmelserne i den fra den 1.1.1989 gældende ordlyd.

93 — Barber-dommen, præmis 25.

94 — Samme situation forelå i Barber-sagen, jf. præmis 25 i denne dom.

Endelig finder ordningen ikke obligatorisk anvendelse på generelle grupper af arbejdstagere, men kun på *arbejdstagere i bestemte virksomheder*, navnlig arbejdstagere på området for vinduespuddnings- og rengøringsvirksomheder. Som det er formuleret i Barber-dommen, må det således antages, at tilslutning til ordningen nødvendigvis følger af arbejdsforholdet til en bestemt arbejdsgiver, og at denne ordning, selv om den er anerkendt af det offentlige og er gjort obligatorisk, alligevel er underlagt egne regler<sup>95</sup>.

51. Af alt dette følger, at en enkemandspension som den, der foreligger i Ten Oever-sagen, er omfattet af traktatens artikel 119. Skønt det forekommer mig, at man strengt taget også forud for Barber-dommen og navnlig fra dommen i Bilka-sagen kunne nå frem til dette resultat på grundlag af Domstolens praksis, er jeg enig med Det Forenede Kongerige og den nederlandske og tyske regering i, at det også på dette område er nødvendigt at fastsætte en tidsmæssig begrænsning af Domstolens dom. Medlemsstaterne og de berørte parter kunne nemlig også her på grund af den i artikel 9, litra b), i direktiv 86/378 fastsatte undtagelse (jf. ovenfor, punkt 46), gå ud fra, at forskelsbehandling inden for de erhvervstilknyttede pensionsordninger for så vidt angår tilkendelse af enkemandspension stadig var tilladt efter fællesskabsretten.

Derfor finder jeg, at Domstolen også her må foretage en tidsmæssig begrænsning af sin dom vedrørende anvendelsen af artikel 119 på enkemandspensioner, og at dette bør ske i

overensstemmelse med de principper, som jeg har udviklet med hensyn til de tidsmæssige virkninger af Barber-dommen<sup>96</sup>. Som skæringsdato anser jeg ikke domsafsigelsen i Barber-sagen for at være egnet, men datoen for den dom, der afsiges i Ten Oever-sagen, da Domstolen først i sidstnævnte sag er blevet anmodet om at tage stilling til denne problematik.

I det konkrete tilfælde betyder det standpunkt, der her forsvares — i modsætning til hvad især Det Forenede Kongerige gør gældende — at Ten Oever alligevel har ret til den enkemandspension, som han gør krav på, da han som ydelsesberettiget pårørende rettidigt har taget initiativ til at sikre sine rettigheder, nemlig ved at anlægge sag den 8. oktober 1990 ved Kantongerecht, Utrecht.

Spørgsmålet om, hvorvidt artikel 119 kan påberåbes af den afdøde arbejdstagers ægtefælle

52. I Coloroll-sagen (første spørgsmål) og til dels også i Ten Oever-sagen foreligger der det spørgsmål, om personer bortset fra arbejdstageren selv, der afleder deres ret af ham/hende, navnlig hans/hendes enke eller enkemand, kan påberåbe sig den direkte virkning af EØF-traktatens artikel 119 for så vidt angår krav på ydelser i medfør af en pensionsordning.

96 — Et lignende synspunkt forsvares i øvrigt også af Kommissionen i ovennævnte direktivforslag af 27.10.1987, hvori der i artikel 13, stk. 2, findes en bestemmelse om, at direktivet for så vidt angår anvendelse af ligebehandlingsprincippet på ydelser til efterlevende ægtefælle ikke kan påberåbes i forbindelse med ansøgninger, der indsendes inden direktivets gennemførelsesdato.

95 -- Barber dommen, præmis 26.

Fem af de indstævnte i Coloroll-sagen for den nationale ret (Russel, Parker, Sharp, Fuller og Broughton), Det Forenede Kongerige og Irland samt Kommissionen har anført, at dette spørgsmål må besvares bekræftende. Den nederlandske regering gør derimod gældende, at artikel 119 udelukkende omhandler forholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager. Da sidstnævntes efterladte er udenforstående i dette forhold, vil de ikke selvstændigt kunne påberåbe sig denne bestemmelse. Den nederlandske regering tilføjer dog straks, at den praktiske betydning af dette aspekt af artikel 119's personelle anvendelsesområde ikke er særlig stor, da efterladte ofte som arvinger vil kunne påberåbe sig artikel 119, i hvert fald såfremt de — i henhold til national arveret — kan være retssuccessorer for så vidt angår den afdøde arbejdstagers eventuelle krav mod den tidligere arbejdsgiver.

53. Jeg kan ikke tilslutte mig dette sidstnævnte standpunkt. Ovenfor (punkt 51) kom jeg allerede til den konklusion, at en enke- mandspension af den type, som foreligger i Ten Oever-sagen, er omfattet af EØF-traktatens artikel 119. For en sådan pensionsordning, men også med hensyn til andre erhvervstilknyttede pensioner, rejser spørgsmålet om, hvorvidt artikel 119 kan påberåbes af arbejdstagerens efterlevende ægtefælle, sig i det konkrete tilfælde normalt kun, når arbejdstageren selv er afgået ved døden, og den længstlevende ægtefælle efterfølgende kræver betaling af ydelser fra den pensionsordning, som førstnævnte var tilsluttet. Såfremt denne ægtefælle ikke kunne påberåbe sig artikel 119 ved domstolene, ville princippet om lige løn miste enhver praktisk betydning i en sådan situation.

I øvrigt har Domstolen allerede indtaget dette standpunkt ved anvendelsen af direktiv 79/7, specielt i Verholen-dommen, der bl.a. angik spørgsmålet om, hvorvidt ægtefællen til en kvindelig arbejdstager, som er omfattet af direktivet (men som selv ikke er part i sagen), kan påberåbe sig bestemmelserne i direktivet, såfremt han udsættes for følgerne af en diskriminerende national bestemmelse. Domstolen anerkendte udtrykkeligt, at

»retten til at påberåbe sig bestemmelserne i direktiv 79/7 ikke er begrænset til borgere omfattet af direktivets personelle anvendelsesområde, for så vidt man ikke kan udelukke, at andre personer kan have en direkte interesse i at få overholdt forbuddet mod forskelsbehandling på de beskyttede persons vegne«<sup>97</sup>.

Skønt Domstolen medgav, at en borgers søgsmålskompetence og retlige interesse skal bestemmes efter national ret, udtalte den under henvisning til sin faste praksis, at fællesskabsretten kræver, at den nationale lovgivning skal sikre en effektiv retsbeskyttelse, og at anvendelse af national lovgivning ikke kan føre til, at det i praksis bliver umuligt at udøve de rettigheder, som fællesskabsrettsordenen giver<sup>98</sup>. I det konkrete tilfælde besvarede Domstolen det spørgsmål, der var stillet, med, at en borger for den nationale ret kan påberåbe sig bestemmelserne i direktiv 79/7, såfremt han rammes af virkningerne af en national, diskriminerende bestemmelse vedrørende sin ægtefælle, som ikke er part i sagen, dog på betingelse af, at ægtefællen selv

97 — Dom af 11.7.1991, forenede sager C-87/90, C-88/90 og C-89/90, Sml. 1, s. 3757, præmis 23.

98 — Verholen-dommen, præmis 24.

er omfattet af direktivets anvendelsesområde<sup>99</sup>.

54. Også den efterladte ægtefælle kan derfor påberåbe sig artikel 119's direkte virkning for så vidt angår krav, som den afdøde arbejdstager havde på ydelser i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsordning, selv om der naturligvis også på dette punkt må gælde de tidsmæssige begrænsninger, som jeg har foreslået med hensyn til Barber-dommen og problematikken omkring de aktuarmæssige faktorer.

Spørgsmålet om, hvorvidt artikel 119 kan påberåbes over for en erhvervstilknyttet pensionsordnings »trustees«

55. Det forholder sig anderledes med det spørgsmål, som er forelagt Domstolen i Coloroll-sagen (første spørgsmål), om henholdsvis arbejdstageren og hans ydelsesberettigede pårørende for så vidt angår krav på pensionsydelse også kan påberåbe sig artikel 119's direkte virkning *over for* en anden end arbejdsgiveren, navnlig over for en erhvervstilknyttet pensionsordnings »trustees«. Jeg vil først drøfte selve det principielle spørgsmål om, hvorvidt artiklen kan påberåbes, før jeg går i gang med de øvrige problemer, som High Court har forelagt i sine spørgsmål.

De fleste indstævnte i Coloroll-sagen — bortset fra Broughton og Coloroll Group — Det Forenede Kongerige og Kommissionen er af den opfattelse, at artikel 119 også kan

påberåbes over for en pensionsordnings »trustees«. Jeg kan kun tilslutte mig deres argumenter. Den praktiske betydning og nyttevirkningen af artikel 119 ville blive forringet betydeligt — og den retsbeskyttelse, der er nødvendig for, at bestemmelsen kan få virkning, ville blive alvorligt begrænset — såfremt en arbejdstager eller hans ydelsesberettigede pårørende kun kunne påberåbe sig den over for sin *arbejdsgiver*. Det gælder især for lande som Det Forenede Kongerige, hvor anvendelsen af trust'er til erhvervstilknyttede pensionsordninger er almindelig udbredt.

56. For denne opfattelse finder jeg i øvrigt såvel støtte i formuleringen af artikel 119 som i Domstolens praksis. For så vidt angår selve *ordlyden* af artikel 119, har Kommissionen med rette bemærket, at »løn« omfatter alle ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren *direkte eller indirekte*. Bl.a. på denne baggrund fastslog Domstolen i Barber-sagen, at den omstændighed, at »contracted-out« erhvervstilknyttede pensionsordninger ikke udbetales af arbejdsgiveren selv, men af pensionsordningens »trustees«, ikke er relevant for anvendelsen af artikel 119:

»Denne fortolkning af artikel 119 berøres ikke af, at den omhandlede private erhvervstilknyttede ordning 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, som modtages indirekte fra arbejdsgiveren«<sup>100</sup>.

99 — Verholen-dommen, præmis 26 og punkt 3 i domskonklusionen.

100 — Barber-dommen, præmis 29.

Desuden har Domstolen fra dommen i Defrenne II-sagen fulgt den *faste praksis* at betragte forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 119 som bindende og som gældende i forhold til alle:

»Da artikel 119 er ufravigelig, gælder forbuddet mod forskelsbehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere ikke blot for offentlige myndigheder, men omfatter også alle overenskomster, der kollektivt regulerer arbejdsforhold, og *aftaler mellem private*«<sup>101</sup>.

Af denne retspraksis følger, at Domstolen ikke begrænser artikel 119's direkte virkning til vertikale situationer (mellem myndigheder og private) og til kollektivt eller individuelt indgåede aftaler mellem arbejdsgiver og arbejdstager, men udvider den til at omfatte *alle aftaler mellem private*. Den omfatter uden tvivl tillige de kontraktretlige aftaler, som en arbejdsgiver har indgået med personer, herunder »trustees«, der uanset på hvilken måde de har fået pålagt at administrere de pensionsrettigheder, som en arbejdstager erhverver som led i arbejdsforholdet med arbejdsgiveren.

57. Over for denne rækkevidde af artikel 119 i forhold til en erhvervstilknyttet pensionsordnings »trustees«, kan det efter min mening ikke gøres gældende — således som

navnlig Broughton gør det — at »trustees« i så fald ville kunne blive tvunget til at handle i strid med bestemmelserne i trustdokumentet, og at de eventuelt ville blive forhindret i at gennemføre dokumentets bestemmelser. Den grundlæggende karakter af princippet om lige løn til mænd og kvinder i artikel 119, som er et udslag af forbuddet mod forskelsbehandling på grund af køn og derfor udtryk for en grundlæggende ret<sup>102</sup>, indebærer, at enhver bestemmelse, der er i strid hermed, uanset om den er indeholdt i en national lovbestemmelse eller administrativ bestemmelse, henholdsvis bestemmelser i en privatretlig overenskomst eller et trustdokument, må vige for denne norm. Opfattede man forholdet anderledes, ville det være alt for let at omgå ligebehandlingsprincippet ved at inddrage personer, der står uden for arbejdsforholdet.

I modsætning til, hvad den nederlandske regering har gjort gældende, modsiges dette standpunkt efter min mening heller ikke af artikel 6, stk. 2, i direktiv 86/378. Denne bestemmelse pålægger de administrative organer for en erhvervstilknyttet tillægspensionsordning eller »contracted-out« pensionsordning at overholde ligebehandlingsprincippet, når de træffer afgørelse om tilkendelse af ydelser. Heri kan jeg kun læse en bekræftelse på, at man ved udstedelsen af fællesskabsbestemmelsen har villet gøre virkningen af ligebehandlingsprincippet så

101 — Dom af 27.6.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, præmis 12, under henvisning til Defrenne II-dommen, præmis 39; for så vidt angår kollektive overenskomster henvises endvidere til dom af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, præmis 17.

102 — Jf. dom af 15.6.1978, sag 149/77, Defrenne III, Sml. s. 1365, præmis 27, og af 20.3.1984, forenede sager 75/82 og 117/82, Razzouk og Beydoun, Sml. s. 1509, præmis 16. Netop ligebehandlingsprincippets grundlæggende karakter inden for fællesskabsretsordenen har gentagne gange medført, at Domstolen har anlagt en snæver fortolkning i forbindelse med undtagelser, som er fastsat i fællesskabsbestemmelser, jf. domme af 26.2.1986, sag 151/84, Roberts, Sml. s. 703, præmis 35, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 54, og 262/84, Beets-Propert, Sml. s. 773, præmis 38.

effektiv som muligt, og på ingen måde et argument for *det modsatte*, hvoraf det skulle fremgå, at arbejdstageren eller hans ydelsesberettigede pårørende med hensyn til løniskrimination, der direkte er omfattet af artikel 119, ikke tillige skulle kunne påberåbe sig bestemmelsen over for »trustees«. Direktivet kan i øvrigt ikke begrænse virkningen af artikel 119 (jf. ovenfor, punkt 31).

58. Af hensyn til forståelsen vil jeg endvidere nævne et andet af den nederlandske regering anført punkt. Regeringen påpeger nemlig de komplikationer, som en udvidelse af den horisontale, direkte virkning af artikel 119 ville kunne give anledning til, såfremt en arbejdstager — som regel, men ikke nødvendigvis, på grund af skift til anden arbejdsgiver — har været tilsluttet flere forskellige erhvervstilknyttede pensionsordninger. Dette spørgsmål berøres også af High Court i retens femte spørgsmål, andet led. Under sådanne omstændigheder kan det ske (jf. den i Neath-sagen omtvistede valgmulighed for arbejdstageren mellem en opsat pension og en overførselsydelse, jf. ovenfor, punkt 8), at den aktuelle pensionsordning har overtaget forpligtelsen til at betale ydelser i henhold til en tidligere ordning mod at få en overførselsydelse. Kan den sidste pensionsordning i et sådant tilfælde da blive stillet over for krav fra en arbejdstager, der er baseret på en forskelsbehandling, som han blev udsat for i en tidligere pensionsordning under en anden arbejdsgiver?

Jeg, at denne frygtede »dominovirkning« hindres næsten fuldstændigt ved de begrænsninger i den tidsmæssige virkning af Domstolens domme, som jeg har foreslået ovenfor, og navnlig af selve Barber-dommen (jf. ovenfor, punkt 21) samt af den dom, der skal afsiges i sagerne Neath og Coloroll, hvori Domstolen er blevet anmodet om at udtale sig om de aktuarmæssige faktorer (jf. ovenfor, punkt 43). Det vil da være klart for alle parter, for hvilke beskæftigelsesperioder en arbejdstager har ret til at påberåbe sig ligebehandlingsprincippet, således at der i princippet heller ikke længere bør opstå problemer i forbindelse med overførselsbeløb fra den ene pensionsordning til den anden.

59. *Følgerne af artikel 119 for de forpligtelser, der påhviler »trustees«.* I tilfælde af, at artikel 119 tillige kan påberåbes over for »trustees« i en pensionsordning, stiller High Court i Coloroll-sagen en række under spørgsmål med hensyn til den måde, på hvilken henholdsvis »trustees« og arbejdsgiveren skal handle for at gennemføre ligebehandlingsprincippet [første spørgsmål, andet led, nr. i), ii) og iii)]<sup>103</sup>. I det væsentlige drejer det sig om to spørgsmål, nemlig a) fællesskabsrettens indvirkning på den måde, på hvilken henholdsvis »trustees« og arbejdsgiveren skal udøve deres beføjelser, og b) den finansielle udformning af ligebehandlingsprincippet, navnlig spørgsmålet om, hvorvidt princippet skal gennemføres ved hjælp af en forhøjelse af ydelserne til arbejdstagere af det ugunstigt stillede køn, eller om gennemførelse også er mulig ved hjælp af en nedsættelse af ydelserne til arbejdstagere af det andet køn.

Som de parter, der er gået ind for den anden fortolkningsmulighed vedrørende den tidsmæssige virkning af Barber-dommen, mener

103 — Jf. retsmøderapporten vedrørende den nøjagtige formulering.

Med hensyn til det første punkt — virkningen af fællesskabsretten for så vidt angår *henholdsvis »trustees«* og *arbejdsgiveres udøvelse af deres beføjelser* — kan jeg fatte mig i korthed. Det er klart, at disse personer har pligt til at gøre alt, hvad der ligger i deres magt, for at sikre, at de ydelser, der skal udbetales arbejdstagerne eller deres ydelsesberettigede pårørende, er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet under hensyntagen til de ovenfor foreslåede begrænsninger i princippet's tidsmæssige virkning. Med henblik på dette kan de have pligt til indbyrdes samarbejde, et samarbejde der ifølge High Court's forelæggelseskendelse som oftest vil være påkrævet for at gennemføre ændringer af trustdokumentet og bestemmelserne for pensionsordningen. Det siger sig selv, at der i den forbindelse tilkommer den nationale ret en vigtig tilsynsfunktion, idet det er retten, der skal sikre fællesskabsretten fuld virkning og den dertil krævede retsbeskyttelse<sup>104</sup>. Med henblik herpå skal den — under fuld udnyttelse af det skøn den råder over i henhold til national ret — fortolke og anvende nationale bestemmelser (dvs. i lovgivningen og i *endnu højere grad* overenskomster eller vedtægter) i overensstemmelse med fællesskabsretten, og, såfremt dette ikke er muligt, om nødvendigt af egen drift undlade at anvende enhver modstående lov-, overenskomst- eller vedtægtsbestemmelse<sup>105</sup>.

60. Det andet spørgsmål, nemlig det *økonomiske resultat*, som arbejdstagerne skal opnå, forekommer at være vanskeligere. Med rette påberåber en række af de indstævnte i Coloroll-sagen (Russell, Parker, Sharp og Fuller) sig i denne forbindelse Defrenne II-dommen. Deri fastslog Domstolen, idet den tog hensyn til det sociale mål, som ligger til grund for artikel 119 — således som det kommer til udtryk i den i artikel 117 omhandlede forbedring af arbejdernes leve- og arbejdsvilkår — at »indvendingen om, at denne artikel kan overholdes på anden måde end gennem en stigning i de laveste lønninger«<sup>106</sup>, må afvises. Man må dog læse denne præmis i sammenhængen. Sagen drejede sig om et erstatningskrav fra Defrenne over for hendes tidligere arbejdsgiver, Sabena, på grund af løndiskriminering vedrørende arbejde, som var blevet udført i det forudgående tiår. Præmissen må derfor anses for kun at gælde forskelsbehandling, der er sket *i allerede forløbne tidsrum*. At det for så vidt angår en sådan forskelsbehandling, og i afventning af en foranstaltning, der ophæver den, kan blive tvingende nødvendigt *at hæve* de laveste lønninger, bekræftes af nyere praksis. Især fra dommen i Razzouk og Beydoun-sagen<sup>107</sup> har Domstolen angivet, at den »eneste gyldige hjemmel« for en øjeblikkelig gennemførelse af ligebehandlingsprincippet, *så længe* en ordning endnu ikke er blevet tilpasset dette princip, skal findes i den gældende pensionsordning. Det betyder, at i afventning af en ny, tilpasset ordning, skal de bestemmelser i den eksisterende ordning, der gælder for det gunstigst stillede køn, tillige

104 — Dette er fast praksis, jf. bl.a. dom af 19.6.1990, sag C-213/89, Factortame I, Sml. I, s. 2433, præmis 19, og af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich og Bonifaci, Sml. I, s. 5357, præmis 32.

105 — Jf. den ovenfor i note 76 nævnte Murphy-dom, præmis 11, Nimz-dommen, nævnt i note 101, præmis 19, og dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 21.

106 — Defrenne II-dommen, præmis 15.

107 — Razzouk og Beydoun-dommen, nævnt i note 102, præmis 19; jf. om den i denne dom anvendte målestok »eneste gyldige hjemmel«, J. Mertens de Wilmars, »Le système communautaire de contrôle des sanctions dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes«, i *Egalité de traitement entre les hommes et les femmes, Revue du Travail*, april-maj-juni 1990, (731), s. 735.

anvendes på det andet køn<sup>108</sup>. For allerede forløbne perioder, eller mere præcist udtrykt, for pensionsydelser, der vedrører tidligere beskæftigelsesperioder, kræver ligebehandlingsprincippet således, at ydelserne til det ugunstigt stillede køn hæves til samme niveau som for det andet køn.

foranstaltningers art og de konkrete betingelser for deres gennemførelse»<sup>109</sup>.

61. *Forholdet mellem pensionsordningens og arbejdsgiverens ansvar.* I tilfælde af, at artikel 119 kan påberåbes såvel over for arbejdsgiveren som over for en pensionsordnings »trustees«, forelægger High Court en række detaljerede spørgsmål om forholdet mellem pensionsordningens ansvar og arbejdsgiverens ansvar (første spørgsmål, tredje led) især for det tilfælde, at midlerne fra pensionsordningens eller arbejdsgiverens side er utilstrækkelige (første spørgsmål, fjerde led).

Det forholder sig dog anderledes for ydelser, der har støtte i en ny ordning, der er tilpasset ligebehandlingsprincippet, og som vedrører *fremtidige* beskæftigelsesperioder. Jeg er enig med Kommissionen i, at fællesskabsretten ikke er til hinder for en nedsættelse af sådanne ydelser, når blot ydelserne fastsættes på et niveau, der er ens for mænd og kvinder. Ethvert andet resultat ville betyde en uønsket indblanding fra Fællesskabets side, der på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin hører under medlemsstaternes kompetence, idet disse, som Domstolen gentagne gange har understreget, »har en rimelig skønsmargen, for så vidt angår beskyttelses-

Jeg er enig med Broughton, Coloroll Group, Det Forenede Kongerige og Kommissionen i, at disse spørgsmål på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin kun kan behandles på nationalt plan. EØF-traktatens artikel 119 pålægger en pligt med direkte virkning, hvorved mænd og kvinder garanteres samme løn for samme arbejde. Hverken traktaten eller andre fællesskabsbestemmelser regulerer henholdsvis arbejdsgiverens og tredjemands ansvar for så vidt angår gennemførelsen af denne forpligtelse, navnlig i tilfælde af, at en erhvervstilknyttet pensionsordning eller arbejdsgiveren bliver insolvent. Dog gælder det også her, at det påhviler den nationale ret at give fællesskabsretten dens fulde virkning og at sikre den dertil fornødne retsbeskyttelse (jf. ovenfor, punkt 54). I den forbindelse er det helt klart, at de ansvarsregler, der

108 — Domstolen har navnlig anvendt dette kriterium for at sikre, at det i artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 fastsatte ligebehandlingsprincip finder anvendelse, så længe den nationale lovgiver ikke (i fuldt omfang) har gennemført direktivet: jf. dom af 4.12.1986, sag 71/85, FN, Sml. s. 3855, præmis 22, af 24.3.1987, sag 286/85, McDermott og Cotter, Sml. s. 1453, præmis 18, af 24.6.1987, sag 384/85, Borrie Clarke, Sml. s. 2865, præmis 12, af 13.12.1989, sag C-102/88, Ruzius-Wilbrink, Sml. s. 4311, præmis 20, Kowalska-dommen, nævnt i note 100, præmis 20, Nimz-dommen, nævnt i samme fodnote, præmis 18, og dom af 11.7.1991, sag C-31/90, Johnson, Sml. I, s. 3723, præmis 36.

109 — Dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 27, af 7.5.1991, sag C. 229/89, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2205, præmis 22, og af 19.12.1992, sag C. 226/91, Molenbroek, Sml. I, s. 5943, præmis 15.

gælder med hensyn til overtrædelse af artikel 119, ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende nationale krav, og heller ikke må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller i hvert fald særdeles vanskeligt at udøve rettighederne i henhold til fællesskabsretten <sup>110</sup>.

### Artikel 119 og de forskellige finansieringsmetoder for erhvervstilknyttede pensionsordninger

62. Med femte spørgsmål, første led, ønsker High Court oplyst, om artikel 119 i forbindelse med pensionsordninger, der ikke kun finansieres gennem arbejdsgiverbidrag, men også gennem henholdsvis obligatoriske og frivillige, supplerende bidrag fra arbejdstagerne, kun gælder for de ydelser fra pensionskassens aktiver, som stammer fra arbejdsgiverbidrag, eller om den også gælder for ydelser, der stammer fra arbejdstagerbidragene.

Svaret på dette spørgsmål er af principiel betydning, selv om det forekommer mig at ligge lige for. Først må man gå tilbage til den ovenfor (i punkt 4) citerede passage fra Barber-dommen, hvori Domstolen udtalte, at pension, der udbetales i henhold til en »contracted-out« ordning, er *ydelser*, som arbejdstageren modtager fra arbejdsgiveren

som følge af arbejdsforholdet, og at en sådan pension derfor er omfattet af traktatens artikel 119 <sup>111</sup>. Domstolen nåede frem til dette resultat på grundlag af en gennemgang af de pågældende pensionsordninger, hvoraf det bl.a. fremgik, at de »finansieres fuldt ud af arbejdsgiveren eller af arbejdsgiveren og arbejdstagerne i forening, uden at der i noget tilfælde ydes bidrag hertil fra det offentlige« <sup>112</sup>. Heraf fremgår, at Domstolen ikke på nogen måde, for så vidt angår kvalifikationen af de af artikel 119 omfattede »ydelser«, sondrer mellem ydelser fra en erhvervstilknyttet pensionsordning efter ordningens *finansieringsmåde*, altså om finansieringen sker udelukkende på grundlag af arbejdsgiverbidrag eller på grundlag af såvel arbejdsgiver- som arbejdstagerbidrag. At det ikke kun er ydelser, der betales ved hjælp af arbejdsgiverbidrag, der er omfattet af artikel 119, kunne i øvrigt allerede udledes af Worringham-dommen, hvori Domstolen fastslog, at et arbejdstagerbidrag — til en »contracted-out« pensionsordning (hvori der kun var bidragspligt for mænd) — som for arbejdstagerens regning af arbejdsgiveren blev betalt til en pensionskasse, var løn som omhandlet i artikel 119 <sup>113</sup>.

En sådan sondring mellem arbejdsgiver- og arbejdstagerbidrag vil i øvrigt i praksis være uden virkning. De to former for bidrag kan normalt ikke adskilles i pensionsordningens formue, og de administreres som en helhed. Men selv om en differentiering ville være mulig, anser jeg den for helt vilkårlig og uønskelig. Inden for ordninger, der udelukkende finansieres gennem arbejdsgiverbidrag, ville man så være nødsaget til i fuld udstrækning

110 — Dette er allerede udtrykkeligt fastslået af Domstolen i ligebehandlingssager: jf. vedrørende direktiv 79/7, Verholendommen, nævnt i note 97, og tillige dom af 25.7.1991, sag C-208/90, Emmott, Sml. I, s. 4269, præmis 16. Se navnlig for så vidt angår erstatningskrav dommen i Francovich og Bonifaci-sagen, præmis 43. De tre domme henviser på dette punkt til dom af 9.11.1983, sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595, især præmis 12.

111 — Barber-dommen, præmis 28, jf. sidste punktum i præmis 25: »Følgelig er sådanne ordninger en del af de ydelser, arbejdsgiveren tilbyder arbejdstagerne.»

112 — Barber-dommen, præmis 25.

113 — Worringham-dommen, præmis 17.

at anvende ligebehandlingsprincippet, mens dette kun delvis — nemlig ikke for så vidt angår beløbet fra arbejdstagerbidragene — ville være tilfældet for ordninger, hvis finansiering også beror på arbejdstagerbidrag. Dette ville utvivlsomt give anledning til mange forskellige konstruktioner for at omgå artikel 119 og dermed føre til nye former for forskelsbehandling.

Anvendelse af artikel 119 på pensionsordninger, som kun personer af ét køn er tilsluttet

63. I store træk de samme grunde taler efter min mening for, med hensyn til anvendelsen af artikel 119, ikke at tillade en sondring mellem, om det drejer sig om *obligatoriske eller frivillige arbejdstagerbidrag*. I en række indlæg omtales det, at sådanne fakultative arbejdstagerbidrag administreres i en særlig pensionskasse, og at de dertil svarende ydelser som regel ikke beregnes på grundlag af den tilsluttedes beskæftigelsesperioder og løn, men ved fastsættelse af en bestemt sum, som svarer til værdien af de indbetalte bidrag. Dette kan dog ikke overbevise mig om det modsatte. Også her drejer det sig altid om ydelser, der udbetales i henhold til en »contracted-out« ordning eller en tillægspensionsordning, og det kan således ikke benægtes, at også disse, som omhandlet i Barber-dommen, udgør en del af de ydelser, som arbejdstageren modtager fra arbejdsgiveren som følge af arbejdsforholdet. Artikel 119 finder med andre ord anvendelse på *alle ydelser* som i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsordning betales til arbejdstagerne *som følge af arbejdsforholdet*.

64. Med sit sidste spørgsmål, det sjette, ønsker High Court at få oplyst, om artikel 119 også gælder for pensionsordninger, hvortil der altid kun er tilsluttet personer af ét køn. Spørgsmålet gælder især, om en person, der er tilsluttet en sådan ordning, har ret til de tillægsydelse, som han i medfør af artikel 119 ville have ret til, såfremt der i pensionsordningen også var optaget én eller flere personer af det andet køn.

65. På baggrund af artikel 119 kan dette spørgsmål besvares uden vanskelighed, da pensionsordninger, hvortil der kun er tilsluttet arbejdstagere af det ene køn, som regel, hvis ikke altid, findes i tilknytning til en virksomhed eller en del af en virksomhed, hvori der kun ansættes arbejdstagere af det ene køn. I Macarthis-dommen afviste Domstolen udtrykkeligt et anbringende om, at en kvindelig arbejdstager kan påberåbe sig artikel 119 for at kræve den løn, som hun ville have krav på, såfremt hun var en mand, selv i tilfælde af, at der ikke i den pågældende virksomhed eller tjeneste er eller har været ansat mænd, som udfører eller har udført tilsvarende arbejde (kriteriet vedrørende den

så kaldte »hypotetiske mandlige arbejdstager«). Domstolen udtalte, at efter artikel 119 er sammenligninger fortsat begrænset til »de paralleller, der kan drages ud fra en konkret vurdering af det arbejde, der faktisk udføres af arbejdstagere af forskelligt køn i samme virksomhed eller tjeneste«<sup>114</sup>. Sagt på en anden måde, såfremt der i en virksomhed eller en del af en virksomhed kun findes ansatte af det ene køn, kan disse arbejdstagere ikke påberåbe sig artikel 119 med henblik på en ligestilling af deres løn og øvrige ydelser med det lønniveau og det ydelsesniveau, som en hypotetisk arbejdstager af det andet køn ville have ret til. I et sådant tilfælde kan det for anvendelsen af artikel 119 afgørende kriterium om samme, eller i det mindste tilsvarende, arbejde, som udføres af

en arbejdstager af det andet køn, ikke anvendes.

Sagerne ville naturligvis stille sig anderledes, såfremt en arbejdsgiver går over til at foreslå sine arbejdstagere særlige pensionsordninger alt efter deres køn. I et sådant tænkt tilfælde, om hvilket Det Forenede Kongerige med rette bemærker, at det falder uden for det spørgsmål, som High Court har stillet, vil jeg mene, at artikel 119 stiller krav om, at det undersøges, om de til mænd og kvinder tilkendte pensionsydelser — på grundlag af de særskilte pensionsordninger — opfylder kriterierne »lige løn« og »samme arbejde« i artikel 119's forstand.

## Forslag til afgørelse

66. Sammenfattende skal jeg foreslå Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål i de foreliggende sager således:

*I sagerne C-109/91, C-110/91, C-152/91 og C-200/91:*

Den direkte virkning af traktatens artikel 119 kan ikke påberåbes til støtte for krav på en erhvervstilknyttet pension, der er erhvervet i forbindelse med beskæftigelsesperioder, der ligger forud for domsafsigelsen den 17. maj 1990 i sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, bortset fra tilfælde, hvor arbejdstagerne eller deres ydelsesberettigede pårørende allerede inden denne dato har anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage i henhold til den nationale lovgivning, der finder anvendelse.

*I sag C-109/91:*

En enkemandspension som den, der foreligger i denne sag, må betragtes som løn som omhandlet i EØF-traktatens artikel 119, stk. 2. Artikel 119 kan dog i denne

114 — Macarthy-dommen, præmis 15.

forbindelse ikke påberåbes til støtte for krav på en sådan enkemandspension, i det omfang pensionen svarer til beskæftigelsesperioder, der ligger forud for domsafsigelsen i denne sag, bortset fra tilfælde, hvor arbejdstagerne eller deres ydelsesberettigede pårørende inden denne dato har anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage i henhold til den nationale lovgivning, der finder anvendelse.

*I sagerne C-110/91 og C-200/91:*

Forbuddet i medfør af EØF-traktatens artikel 119 for så vidt angår fastsættelse af en pensionsalder, der er forskellig for de to køn, samt den tidsmæssige begrænsning af denne regel, der er fastslået i dommen af 17. maj 1990 i sag C-262/88, Barber, finder ikke kun anvendelse på »contracted-out« pensionsordninger, men tillige på alle andre former for erhvervstilknyttede pensionsordninger.

*I sagerne C-152/91 og C-200/91:*

Traktatens artikel 119 er til hinder for, at der inden for rammerne af en erhvervstilknyttet pensionsordning tages hensyn til forskellige aktuarmæssige faktorer baseret på køn, i hvert fald i det omfang dette fører til forskellige bidrag fra eller ydelser til mænd og kvinder. Den direkte virkning af artikel 119 kan i denne forbindelse dog ikke påberåbes for så vidt angår pensionskrav, der svarer til beskæftigelsesperioder, der ligger forud for domsafsigelsen i disse sager, bortset fra tilfælde, hvor arbejdstagerne eller deres ydelsesberettigede pårørende inden dette tidspunkt har anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage i henhold til den nationale lovgivning, der finder anvendelse.

*I sag C-200/91:*

- 1) Også den efterlevende ægtefælle kan påberåbe sig den direkte virkning af EØF-traktatens artikel 119 for så vidt angår krav, som den afdøde arbejdstager havde på ydelser i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsordning.

- 2) Traktatens artikel 119 kan påberåbes af arbejdstageren eller hans ydelsesberettigede pårørende over for en erhvervstilknyttet pensionsordnings »trustees«.
- 3) En erhvervstilknyttet pensionsordnings »trustees« har i medfør af EØF-traktatens artikel 119 pligt til at gøre alt, hvad de har beføjelse til, for at sikre, at de ydelser, som arbejdstagerne eller deres ydelsesberettigede pårørende skal have udbetalt, opfylder det i artiklen fastsatte ligebehandlingsprincip.
- 4) Så længe EØF-traktatens artikel 119 ikke er gennemført korrekt, skal pensionsydelse til personer af det ugunstigt stillede køn sættes op til det niveau, der gælder for det andet køn. Fællesskabsretten er dog ikke til hinder for, at der i en ny ordning, der er tilpasset ligebehandlingsprincippet, og som vedrører fremtidige beskæftigelsesperioder, fastsættes lavere pensionsydelse, for så vidt som disse ydelser ligger på et niveau, der er ens for mænd og kvinder.
- 5) Spørgsmålet om forholdet mellem en pensionsordning og en arbejdsgivers ansvar med hensyn til overtrædelser af EØF-traktatens artikel 119, navnlig manglende midler fra en af parternes side, kan på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin kun behandles på nationalt plan. Fællesskabsretten kræver derimod, at de nationale ansvarsbestemmelser, der gælder med hensyn til en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 119, ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende nationale krav, og at de heller ikke må være udformet således, at de i praksis gør det umuligt eller i hvert fald særdeles vanskeligt at udøve rettigheder i henhold til fællesskabsretten.
- 6) For anvendelsen af EØF-traktatens artikel 119 er det uden betydning, om en erhvervstilknyttet pensionsordning udelukkende finansieres ved hjælp af bidrag fra arbejdsgiverne, eller om den tillige finansieres ved hjælp af obligatoriske eller frivillige bidrag fra arbejdstagerne.
- 7) Når der i en virksomhed eller en del af en virksomhed kun arbejder personer af det ene køn, og disse er tilsluttet en erhvervstilknyttet pensionsordning, hvori der kun er optaget personer af dette køn, kan arbejdstagerne ikke påberåbe sig EØF-traktatens artikel 119 med henblik på en tilpasning af deres pension til den, som en hypotetisk arbejdstager af det andet køn ville have ret til.