

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

föredraget den 13 juli 1995 *

1. I förevarande mål har Kantongerecht te Rotterdam genom ett beslut begärt ett förhandsavgörande av domstolen avseende tolkningen av artikel 119 i EG-fördraget avseende tillgången till ett yrkesbaserat pensionssystem, tolkningen av domen i målet Barber som domstolen meddelade den 17 maj 1990¹ (nedan kallad domen i målet Barber) samt tolkningen av protokoll nr 2 om ovannämnda artikel 119, som har fogats till EG-fördraget genom Fördraget om Europeiska unionen av den 7 februari 1992.

I — Tvisten

2. Förevarande tvist avser rättsverkningarna för deltidsanställda kvinnor av den ovannämnda domen i målet Barber. Francina Johanna Maria Dietz arbetade deltid, närmare bestämt sju timmar i veckan, som hemsamarit hos äldre personer mellan den 11 december 1972 och den 6 november 1990. Hon var anställd av Stichting Thuiszorg Rotterdam (nedan kallad Thuiszorg), svaren, och dennes instiftare (Stichting Katholieke Maatschappelijke Gezinszorg). Den 6 november 1990 blev Francina Dietz 61 år

och gick, i enlighet med ett avtal som hon hade slutit med sin arbetsgivare den 18 juli 1990, i förtidspension på grundval av ett system för frivillig förtidspension (vervroegde uittredingsregeling), som tillämpades hos Thuiszorg. I enlighet med lagen om införande av ett system med obligatorisk anslutning till en yrkesbaserad pensionsfond (wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, nedan kallad BPF-lagen)², anslöts Thuiszorg till "Pensioenfonds voor de Gezondheids-, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen" (nedan kallad PGM-kassan). Enligt vad som framgår av beslutet om begäran om förhandsavgörande är anslutningen till den ovannämnda yrkespensionskassan obligatorisk med stöd av artikel 3 i BPF-lagen. I den artikeln föreskrivs att social- och sysselsättningsministern på begäran av företrädare för yrkesorganisationer i den berörda sektorn kan bestämma att anslutningen till en yrkespensionskassa skall vara obligatorisk.

3. Fram till den 1 januari 1991 kunde Francina Dietz inte vara ansluten till sin arbetsgivares pensionssystem, eftersom deltidsanställda, vilka liksom Francina Dietz arbetade 40 procent eller mindre av den arbetstid

* Originalspråk: grekiska.

¹ — C-262/88, Rec. s. I-1889.

² — Lag av den 17 mars 1949, *Staatsblad* J 121.

som motsvarade heltid, var uteslutna från det systemet. F. Dietz kunde således inte göra gällande någon rätt till pension på grundval av det gamla pensionssystemet före den 1 januari 1991. Den 1 januari 1991 upphävdes denna begränsning i samband med att systemet för pensionskassor anpassades till bestämmelserna i rådets direktiv 86/378/EEG av den 24 juli 1986 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet.³ Det infördes därvid övergångsbestämmelser, i vilka det föreskrevs att arbetstagare som hade varit uteslutna från PGGM-kassan skulle beviljas pension på grundval av ett system med kompenserande förmåner (Overbruggingsuitkering, nedan kallat OBU).

4. Den 2 december 1992 stämde Francina Dietz Thuiszorg inför Kantongerecht te Rotterdam. Sökanden i målet vid den nationella domstolen, Francina Dietz, har gjort gällande att hon den 6 november 1990 skulle ha skjutit upp sin förtidspensionering om hon hade vetat att det skulle bli möjligt för deltidsanställda att förvärva rätt till pension efter den 1 januari 1991 och att hon, med stöd av ovan nämnda övergångsbestämmelser, vilka infördes i samband med att den ovan nämnda begränsningen för deltidsanställda upphävdes, skulle ha kunnat få pension på grundval av OBU. Sökanden, Francina Dietz, har påstått att hon inte kände till ändringen avseende upphävandet av ifrågavarande begränsning, vilket däremot svaranden

Thuiszorg gjorde, som följaktligen borde ha informerat henne om detta. Sökanden har hävdat att svaranden Thuiszorg har handlat i strid med artikel 119 i EG-fördraget, eftersom svaranden inte har låtit henne bli ansluten till PGGM-kassan, med vilken Thuiszorg hade slutit ett avtal. Enligt sökanden har hon enligt principen om lika lön för kvinnor och män i artikel 119 rätt till försäkringen och följaktligen till en motsvarande pension med retroaktiv verkan från den 8 april 1976, dagen för domen i målet Defrenne II⁴, i vilken domstolen fastslog att den artikeln har en direkt horisontell effekt. Francina Dietz har således yrkat att den ovan nämnda domstolen skall förplikta svaranden Thuiszorg att låta henne ansluta sig till PGGM-kassans pensionssystem från och med den 8 april 1976 eller vidta åtgärder så att hon från och med pensionsåldern kan få pension som om hon hade varit ansluten till PGGM-kassan sedan den 8 april 1976.

5. Svaranden har för sin del gjort gällande att när avtalet om förtidspension slöts med sökanden, visste svaranden ännu inte att den upphävda uteslutningen av deltidsanställda skulle åtföljas av övergångsbestämmelser för dessa arbetstagare. Thuiszorg har dessutom påstått sig absolut inte ha några befogenheter eller något inflytande i fråga om PGGM-kassans beslut och menar att sökanden borde

3 — EGT nr L 225, s. 40.

4 — Dom av den 8 april 1976 (43/75, Rec. s. 455).

göra gällande sina anspråk avseende anslutning till ifrågavarande pensionssystem direkt hos denna kassa, och inte hos Thuiszorg, som därför inte har blivit stämd i behörig ordning. Thuiszorg har också påstått att sökandens begäran i fråga om sin försäkring inte kan bifallas med retroaktiv verkan från den 8 april 1976 på grund av den ovan nämnda domen i målet Barber. Kantongerecht te Rotterdam, som ansåg att det var nödvändigt med vissa preciseringar rörande gemenskapsrätten för att lösa tvisten, har beslutat att förklara målet vilande och att med stöd av artikel 177 i EG-fördraget begära ett förhandsavgörande av domstolen avseende ett visst antal frågor.

De fullständiga frågorna lyder på följande sätt:

- ”1) Omfattas även rätten att vara ansluten till ett sådant yrkesbaserat pensionssystem som är i fråga i detta fall och som föreskrivs av myndigheterna av rätten till lön (till lika lön) enligt artikel 119 i EEG-fördraget?

II — Tolkningsfrågorna

6. Kantongerecht te Rotterdam har genom beslut av den 18 oktober 1993⁵ begärt förhandsavgörande av domstolen avseende frågor som Kantongerecht te Utrecht redan hade ställt till domstolen genom beslut av den 18 mars 1993 i målet Fisscher⁶. I beslutet av Kantongerecht te Rotterdam hänvisas det uttryckligen till de frågor som Kantongerecht te Utrecht hade ställt, vilka även kompletteras.

- 1) a) Medför följande omständigheter ett annat svar på den första frågan, nämligen

- a) det förhållandet att det avgörande skälet för att anta BPF-lagen, förutom socialpolitiska överväganden (inom ramen för ett yrkesgruppsindelad upprättande av pensionssystemet svarar samtliga företag i branschen tillsammans för kostnaderna), bestod i att hindra inbördes konkurrens i branschen;

5 — EGT nr C 338, 15.12.1993, s. 12.

6 — Dom av den 28 september 1994 (C-128/93, Rec. s. I-4583).

b) det förhållandet att det i det ursprungliga förslaget till BPF-lagen föreskrevs att anslutningen till en yrkesbaserad pensionsfond automatiskt skulle bli obligatorisk, utan att det dock återfinns en sådan bestämmelse i den slutliga lagtexten (Tweede Kamer 1948-1949 785, nr 6);

c) frågan om Stichting Thuiszorg Rotterdam inte har framställt invändningar mot åtgärden genom vilken anslutning till en yrkesbaserad pensionsfond blev obligatorisk eller om den just har framställt sådana invändningar (vilka ignorerades av ministern);

d) frågan om Stichting Thuiszorg har genomfört en undersökning bland sina anställda, vars resultat skulle ha kunnat utgöra anledning till att begära undantag eller till att informera de anställda om möjligheten av att beviljas undantag?

2) Gäller, vid ett jakande svar på den första frågan, den tidsbegränsning som domstolen införde i domen i målet Barber för en åtgärd i fråga om en sådan pension som det var fråga om i det målet ('contracted out schemes', system som

undantogs genom avtal) även rätten att vara ansluten till ett sådant yrkesbaserat pensionssystem som det är fråga om i detta fall och från vilket sökanden har uteslutits?

2 a) Gäller, vid ett jakande svar på den första frågan, den tidsbegränsning som domstolen införde i domen i målet Barber för en åtgärd i fråga om en sådan pension som det var fråga om i det målet ('contracted out schemes', system som undantogs genom avtal) även utbetalning av en pension?

3) Måste det organ som genomför och administrerar det pensionssystem som tillämpas i ett företag (yrkespensionskassan) tillämpa likabehandlingsprincipen i artikel 119 i EEG-fördraget för det fall systemet görs obligatoriskt enligt lag, och kan den arbetstagare som missgynnas av att principen inte följs direkt stämna pensionskassan som om det handlade om arbetsgivaren?

För att förtydliga frågan kan det finnas anledning att anmärka att Kanton-gerecht inte är behörig att pröva ett

brottmål eller liknande mål, eftersom den måltypen är så betydelsefull att den faller utanför dess behörighet. I förevarande mål är det därför viktigt att veta om sökanden på grundval av sitt anställningsavtal kan stämma pensionskassan.

anhängiggjorts vid Kantongerecht genom stämning delgiven den 2 december 1992?"

- 4) Skulle det förhållandet att sökanden på grundval av artikel 119 i EEG-fördraget hade rätt att vara ansluten till den yrkesbaserade pensionskassan från och med ett datum före den 1 januari 1991 följaktligen innebära att hon inte är skyldig att betala de avgifter som hon skulle ha behövt betala om hon tidigare hade kunnat ansluta sig till pensionskassan?

- 5) Är det av intresse att sökanden inte har agerat tidigare för att kräva de rättigheter som hon nu gör gällande?

- 6) Får protokollet om artikel 119 i EEG-fördraget ('Barberprotokollet'), som är fogat till Maastrichtfördraget, samt artikel III, som innehåller övergångsbestämmelser, i förslaget till lag nr 20 890 (lagförslaget om ändring av den artikeln), avsedd att genomföra fjärde direktivet, några följder för bedömningen av förevarande mål, som har

De ovannämnda frågorna rör tillämpningen av artikel 119 i fördraget på yrkesbaserade pensionssystem och giltigheten av tidsbegränsningen av rättsverkningarna av den ovannämnda domen i målet Barber.

III — Tillämpliga bestämmelser och rättspraxis

7. I artikel 119 i fördraget föreskrivs följande: "Varje medlemsstat skall under den första etappen säkerställa och i fortsättningen upprätthålla principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete.

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

Lika lön utan könsdiskriminering innebär att

a) ackordslön för lika arbete skall fastställas enligt samma beräkningsgrunder,

b) tidlön skall vara lika för lika arbete.”

I domen i målet *Bilka* ⁷, vilken har bekräftats genom den ovannämnda domen i målet *Barber* och genom domen i målet *Ten Oever* ⁸, fastslog domstolen att såväl rätten att vara ansluten till ett yrkesbaserat pensionssystem som rätten till förmåner enligt dessa system omfattas av tillämpningsområdet för artikel 119. Domstolen fastslog närmare bestämt i den ovannämnda domen i målet *Barber* att till skillnad från förmåner som tillhandahålls enligt lagstadgade nationella trygghetssystem, utgör pensioner som utbetalas enligt yrkesbaserade system för social trygghet förmåner som arbetstagaren får av arbetsgivaren på grund av anställningen och som följaktligen omfattas av begreppet ”lön” i den mening som avses i artikel 119 i EG-fördraget.

8. Denna rättspraxis har i praktiken fått till följd att det i yrkesbaserade pensionssystem

utgör en enligt artikel 119 förbjuden diskriminering att avgöra pensionsåldern utifrån pensionsmottagarens kön, och detta fastän det enligt direktiv 86/378 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet ⁹ är tillåtet att göra undantag från principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om avgörandet av pensionsåldern (artikel 9 a i direktivet), på samma sätt för övrigt som enligt rådets direktiv 79/7/EEG av den 19 december 1978 om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet ¹⁰. Denna dom har resulterat i att direktiv 86/378 nästan helt saknar tillämpningsområde, eftersom pensioner som beviljas enligt yrkesbaserade pensionssystem inte längre skall anses omfattas av direktivets tillämpningsområde utan av tillämpningsområdet för artikel 119.

9. Domstolen begränsade dock rättsverkningarna av domen i målet *Barber* i tiden genom att fastslå att ”den direkta effekten av artikel 119 i fördraget kan inte åberopas för att begära att en rätt till pension skall beviljas med verkan före dagen för denna dom, utom när det gäller arbetstagare eller deras förmänsberättigade anhöriga som före denna

7 — Dom av den 13 maj 1986 (170/84, Rec. s. 1607).

8 — Dom av den 6 oktober 1993 (C-109/91, Rec. s. I-4879).

9 — Se även den rättelse som offentliggjordes i EGT nr L 283, 4.10.1986, s. 27. Fristen för medlemsstaternas genomförande av detta direktiv gick ut den 30 juli 1989.

10 — EGT nr L 6, s. 24.

dag har väckt talan vid domstol eller inlett ett likvärdigt förfarande enligt tillämplig nationell lagstiftning".¹¹ Domstolen preciserade innebörden av denna begränsning i domen i målet *Ten Oever*, där den fastslog att "enligt dom av den 17 maj 1990, C-262/88, Barber, kan den direkta effekten av artikel 119 i fördraget endast åberopas för att kräva likabehandling i fråga om yrkesbaserade pensioner beträffande förmåner som skall utges för anställningsperioder efter den 17 maj 1990, med förbehåll för det undantag som angivits för arbetstagare eller deras förmånsberättigade anhöriga som före denna dag har väckt talan vid domstol eller inlett ett likvärdigt förfarande enligt tillämplig nationell lagstiftning".¹²

10. Även med protokoll nr 2 (nedan kallat Barber-protokollet), som infördes i EG-fördraget den 1 november 1993 när Fördraget om Europeiska unionen trädde i kraft, är avsikten att tidsmässigt precisera rättsverkningarna av den direkta effekten av artikel 119 i fördraget, inom området för pensioner som beviljas enligt yrkesbaserade pensionssystem. Protokollet lyder på följande sätt: "Vid tillämpningen av artikel 119 i detta fördrag skall förmåner för arbetstagare på grund av sociala trygghetssystem inte anses som lön om och i den mån förmånerna kan hänföras till anställningstider före den 17 maj 1990, utom när det gäller arbetstagare eller deras förmånsberättigade anhöriga som före den tidpunkten har väckt talan vid

domstol eller inlett ett likvärdigt förfarande enligt tillämplig nationell lagstiftning." I protokollet har således samma lösning valts som i domstolens nyss nämnda rättspraxis.

IV — Svaren på frågorna

11. I de stater där det finns en lång tradition med yrkesbaserade pensionssystem har ett allvarligt problem uppstått vad gäller återverkningarna och rättsverkningarna i tiden vid tillämpningen av principen om lika lön enligt artikel 119 på dessa system. Detta har medfört att det har begärts förhandsavgöranden i ett stort antal frågor.

Förevarande mål berör denna problematik. Domstolen har i den ovannämnda domen i målet *Fisscher* redan besvarat ett flertal av de frågor som *Kantongerecht te Rotterdam* har ställt.

Den första frågan

12. Denna fråga består av två delfrågor. I den första delfrågan undrar *Kantongerecht te*

11 — Se punkt 5 i domslutet i domen i målet Barber.

12 — Domen i målet *Ten Oever*, punkt 2 i domslutet. Denna dom har sedan bekräftats genom dom av den 14 december 1993, *Moroni* (C-110/91, Rec. s. I-6591, punkt 3 i domslutet), och genom dom av den 22 december 1993, *Neath* (C-152/91, Rec. s. I-6935, punkt 1 i domslutet).

Rotterdam om rätten att vara ansluten till ett yrkesbaserat pensionssystem omfattas av det i artikel 119 i EG-fördraget angivna förbudet mot diskriminering. Domstolen har redan besvarat denna fråga jakande i domen i målet Fisscher.¹³ Jag noterar bara att PGGM-kassan, som förevarande mål gäller, företer samma kännetecken som det pensionssystem som saken gällde i målet Fisscher. I enlighet med vad som framgår av begäran om förhandsavgörande och det yttrande som svaranden i målet vid den nationella domstolen har ingivit till domstolen, rör även förevarande mål ett yrkesbaserat pensionssystem som uppfyller de villkor som formulerades i domen i målet Barber. Det handlar således om ett system som hela den berörda yrkessektorn är obligatoriskt ansluten till, som har fastställts efter kollektivavtalsförhandlingar i den berörda yrkessektorn, och inte direkt i lag, som finansieras av arbetsgivarna och arbetstagarna, utan några bidrag från myndigheterna, och som inte gäller allmänna kategorier av arbetstagare utan enbart arbetstagare som är verksamma i en bestämd sektor. Följaktligen är artikel 119 och principen om lika lön för kvinnor och män i lika hög grad tillämpliga på PGGM-kassan.

sådant slag att de påverkar det förhållandet att ett yrkesbaserat pensionssystem betecknas som en förmån som arbetstagaren får av arbetsgivaren på grund av anställningen i den mening som avses i artikel 119 i EG-fördraget, och att de följaktligen inte heller innebär att tillämpningen av den artikeln på det konkreta fallet ifrågasätts. Varken de skäl som föranlett den nederländska lagstiftaren att anta BPF-lagen eller bestämmelsen i det ursprungliga lagförslaget angående obligatorisk anslutning som slutligen inte antogs, eller frågan huruvida Thuiszorg, svaranden, har framställt invändningar mot den obligatoriska anslutningen, eller det förhållandet att Thuiszorg har genomfört en undersökning bland arbetstagarna om möjligheten av en dispens från den obligatoriska anslutningen påverkar nämligen de kriterier som jag just har redogjort för. Det är enligt domen i målet Barber just på dessa kriterier som anslutningen till yrkesbaserade pensionssystem och de förmåner som tillhandahålls enligt dem kan betecknas som förmåner, vilka arbetstagaren får av arbetsgivaren på grund av anställningen.

Den andra frågan

13. I den andra delfrågan (1a) undrar den nationella domstolen om de omständigheter som den räknar upp ändrar den ovannämnda slutsatsen avseende artikel 119 i fördraget och dess tillämpning på rätten att vara ansluten till ett yrkesbaserat pensionssystem. Jag anser att dessa omständigheter inte är av

14. Även denna fråga består av två delfrågor. I den första delfrågan undrar Kantongerecht te Rotterdam om tidsbegränsningen av rättsverkningarna av domen i målet Barber även omfattar rätten att vara ansluten till ett sådant yrkesbaserat pensionssystem som det är fråga om i detta fall. Domstolen har besvarat också den frågan i domen i målet

13 — Se punkt 1 i domslutet i domen i målet Fisscher.

Fisscher. Den fastslog att "tidsbegränsningen av rättsverkningarna av domen i målet Barber gäller inte rätten att vara ansluten till ett yrkesbaserat pensionssystem".¹⁴

det inte kan anses att domen i målet Barber enbart avser sådana yrkesbaserade pensionsystem som har uteslutits genom avtal ("contracted out"), som detta mål gällde. I enlighet med vad jag har anfört ovan omfattas följaktligen det omtvistade pensionssystemet på grund av sin karaktär av tillämpningsområdet för tidsbegränsningen.

15. Såsom framgår av en jämförelse mellan de båda delfrågorna, avser den andra delfrågan (2a) om, med beaktande av svaren på de föregående frågorna, den tidsbegränsning av möjligheten att åberopa den direkta effekten av artikel 119 som föreskrivs i domstolens rättspraxis och i Barber-protokollet kan tillämpas på utbetalningar av pensionsförmåner när anslutning till ett yrkesbaserat pensionsystem har skett med retroaktiv verkan. Den nationella domstolen undrar i huvudsak om det, vad beträffar tidsbegränsningen i fråga, måste göras en åtskillnad mellan rätten att vara ansluten till ett yrkesbaserat pensionsystem och rätten till förmåner enligt detta system.

17. Härefter skall det undersökas vilken omfattning tillämpningen av tidsbegränsningen har i förhållande till tillhandahållna förmåner. I Barber-protokollet, där samma lösning har valts som i domen i målet med samma namn, föreskrivs i huvudsak att förmåner enligt ett yrkesbaserat socialt trygghetssystem inte anses som lön i den mening som avses i artikel 119, om de kan hänföras till anställningsperioder före den 17 maj 1990. Vad beträffar förmåner för anställningsperioder före detta datum föreligger det följaktligen inte någon skyldighet att följa likabehandlingsprincipen.

16. Vad beträffar denna fråga måste det först påpekas att, såsom framgår av de ovan nämnda domarna i målen Ten Oever och Moroni, domstolen medger att de principer som formulerades i domen i målet Barber, däribland principen om tidsbegränsningen, även gäller andra yrkesbaserade pensionsystem. Så är till exempel fallet med yrkesbaserade tilläggspensionssystem. Härav följer att

Protokollets allmänna lydelse leder till slutsatsen att den tidsbegränsning som föreskrivs i detta omfattar *alla* förmåner som beviljas enligt yrkesbaserade sociala trygghetssystem. Denna konsekvens har bekräftats av domstolen, som i de nyligen meddelade domarna i

14 — Punkt 2 i domslutet i domen i målet Fisscher.

det ovannämnda målet Fisscher och i målen Beune och Vroege¹⁵ framhöll att "samtidigt som det omfattar alla förmåner som utbetalas enligt ett yrkesbaserat socialt trygghetssystem, har det i protokoll nr 2 i huvudsak anlagts samma tolkning av domen i målet Barber som i domen i målet Ten Oever".¹⁶ I motsats till vad som gäller för rätten att vara ansluten till ett yrkesbaserat pensionssystem, vilken i enlighet med vad jag har anfört ovan inte är underkastad någon tidsbegränsning, är rätten till en förmån (såsom ålderspension) underkastad tidsbegränsning enligt ett sådant system.

18. Tillämpningen av tidsbegränsning på förmåner enligt pensionssystemen innebär i praktiken att då domstolen har konstaterat en diskriminering, och så länge som åtgärder för att återställa likabehandling inte har vidtagits enligt systemet, skall enligt bestämmelsen i artikel 119, för tiden efter den 17 maj 1990, "missgynnade personer beviljas samma förmåner som gynnade personer".¹⁷ Då tvisten gäller pensionsåldern skall manliga arbetstagares rätt till pension beräknas efter samma pensionsålder som gäller för kvinnliga arbetstagare för att likabehandlingen skall återställas.¹⁸ Detta gäller dock inte för

anställningsperioder före den 17 maj 1990. Vad beträffar dessa perioder skall artikel 119 inte tillämpas obligatoriskt, och arbetsgivarna samt de organ som administrerar yrkesbaserade pensionssystem är inte skyldiga att följa likabehandlingsprincipen i fråga om förmåner som skall utges för dessa perioder.¹⁹

19. Det är logiskt att dessa principer skall tillämpas även när det gäller arbetstagare som på grund av diskriminering har uteslutits från anslutning till ett yrkesbaserat socialt trygghetssystem och som sedan anslutits med retroaktiv verkan. Efter deras anslutning till systemet kan dessa arbetstagare inte kräva att artikel 119 skall tillämpas på förmåner som kan hänföras till anställningsperioder före den 17 maj 1990.

20. Att det saknas tidsbegränsning för tillämpningen av artikel 119 vad gäller anslutning till ett yrkesbaserat socialt trygghetssystem innebär följaktligen inte att artikeln skall tillämpas utan tidsbegränsning vad gäller utbetalning av förmåner.

En motsatt tolkning skulle få till följd att arbetstagare som på grund av diskriminering

15 — Domar av den 28 september 1994, Beune (C-7/93, Rec. s. I-4471) och Vroege (C-57/93, Rec. s. I-4541).

16 — Se ovannämnda dom i målet Fisscher, punkt 49, i målet Beune, punkt 61, och i målet Vroege, punkt 41.

17 — Dom av den 28 september 1994, Avdel Systems (C-408/92, Rec. s. 4435, punkt 17).

18 — Se punkt 18 i den ovannämnda domen i målet Avdel Systems.

19 — Se punkt 19 i den ovannämnda domen i målet Avdel Systems.

har varit uteslutna från anslutning till ett yrkesbaserat system och som sedan har anslutits med retroaktiv verkan skulle få en gynnsam behandling, i den mån de skulle kunna åberopa likabehandlingsprincipen vid fastställelse av de förmåner som tillkommer dem för anställningsperioder före den 17 maj 1990, medan arbetstagare som från början omfattades av systemet i fråga inte skulle ha en sådan rätt.

Denna åtskillnad kan emellertid inte godtas. Som domstolen har framhållit i domen i målet Fisscher "kan [arbetstagaren] inte kräva en gynnsammare behandling, i synnerhet inte i ekonomiskt avseende, än han skulle ha fått om han hade varit ansluten på sedvanligt sätt".²⁰

Slutsatsen av dessa överväganden blir att tidsbegränsning av rätten att åberopa den direkta effekten av artikel 119 i princip gäller rätten till utbetalning av pension enligt ett yrkesbaserat pensionssystem när arbetstagaren har anslutits till systemet med retroaktiv verkan.

21. Frågan uppkommer emellertid om detta resultat gäller alla former av diskriminering

avseende rätten till förmåner. För att kunna besvara den frågan måste man göra en jämförelse med rättspraxis enligt domar i målet Bilka och i målet Barber. I domen i målet Bilka fastslog domstolen att i den mån de kriterier som formulerades i domen i målet Defrenne I²¹ och som sedan tillämpades i domen i målet Barber är uppfyllda, har förmåner som beviljas enligt ett yrkesbaserat pensionssystem karaktär av "lön" i den mening som avses i artikel 119 i EG-fördraget, och att det strider mot artikel 119 att utesluta deltidsanställda från ett sådant yrkesbaserat pensionssystem när det drabbar ett mycket större antal kvinnor än män, om inte företaget visar att undantaget förklaras av objektiva faktorer som helt saknar samband med könsdiskriminering.²² I den domen föreskrev inte domstolen någon tidsbegränsning, eftersom de lösningar som valdes endast avsåg en utveckling av tidigare rättspraxis.

22. I domen i målet Barber besvarade domstolen däremot för första gången frågan om det utgör en otillåten diskriminering att fastställa olika pensionsåldrar för män och kvinnor enligt yrkesbaserade pensionssystem.²³ Då denna fråga besvarades jakande, bedömde domstolen det nödvändigt att begränsa

21 — Dom av den 25 maj 1971 (80/70, Rec. s. 445).

22 — Se punkt 16—18 och 31 i den ovannämnda domen i målet Bilka, och punkt 31 i domslutet.

23 — Se punkt 16 i den ovannämnda domen i målet Moroni.

20 — Se punkt 36 i den ovannämnda domen i målet Avdel Systems.

rättsverkningarna av domen i tiden. Denna begränsning grundades huvudsakligen på

- dels det förhållandet att gemenskapslagstiftningen, närmare bestämt artikel 9 a i direktiv 86/378²⁴, medgav undantag i fråga om pensionsåldern och att följaktligen medlemsstaterna och berörda grupper har kunnat anse det skäligt att principen om likabehandling av kvinnliga och manliga arbetstagare inte gällde i det fallet,
- dels konstaterandet att retroaktiv verkan av domen skulle riskera att störa den ekonomiska balansen i andra yrkesbaserade pensionssystem.

23. Tidsbegränsningen av möjligheten att åberopa den direkta effekten av artikel 119 avser följaktligen enbart diskriminering som skulle kunna grundas på undantag som föreskrivs i gemenskapsrättsliga bestämmelser, såsom artikel 7 i direktiv 79/7 och artikel 9 i direktiv 86/378. Det är också vad domstolen har bekräftat i domarna i målen Vroege och Fisscher, där den fastslog att "tidsbegränsningen av rättsverkningarna av domen i målet Barber avser endast sådan diskriminering

som på skäliga grunder har kunnat anses som godtagbar av arbetsgivarna och enligt pensionssystemen, på grund av undantag som övergångsvis föreskrivs i gemenskapsrätten och som kan tillämpas på yrkesbaserade pensioner".²⁵

Detta är dock inte fallet med den diskriminering som förevarande mål gäller, det vill säga diskriminering av deltidanställda. I ett sådant fall kan man inte godta att medlemsstaterna och berörda parter har kunnat anse det skäligt att betrakta undantag från likabehandling som godtagbart gentemot deltidanställda.

24. Varken direktiv 79/7 eller direktiv 86/378 tillåter en sådan slutsats, eftersom de inte innehåller någonting som stöder uppfattningen att deltidanställda kan uteslutas från yrkesbaserade pensionssystem. Tvärtom förbjuds uttryckligen i dessa båda direktiv "diskriminering på grund av kön, det må vara direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus", och särskilt i fråga om "villkoren för att få tillgång till [systemen]".²⁶ Följaktligen, och som generaladvokat Van Gerven också

24 — I denna artikel återges det undantag som föreskrivs i artikel 7.1 a i direktiv 79/7.

25 — Se punkt 27 i domen i målet Vroege och punkt 24 i domen i målet Fisscher.

26 — Artikel 5.1 i direktiv 86/378 och artikel 4.1 i direktiv 79/7.

framhöll i målen Vroege och Fisscher, ”stod det från början klart att det inte utgjorde en godkänd avvikelse och därför inte var tillåtet att utesluta ... deltidanställda från pensions-system genom en indirekt diskriminering, vilket det inte fanns några objektiva skäl för”.²⁷

25. Vad beträffar rättspraxisen preciserade domstolen i dom av den 31 mars 1981 i målet Jenkins²⁸ att skillnader i lön mellan heltidsanställda och deltidanställda kan utgöra en diskriminering som är förbjuden enligt artikel 119. Den fastslog närmare bestämt i den domen att ”om det visar sig att en betydligt lägre procentuell andel kvinnliga än manliga arbetstagare arbetar det lägsta antal timmar i veckan som fordras för att kunna göra anspråk på full timlön, strider skillnaden i lön mot artikel 119 i fördraget när, med beaktande av svårigheterna för kvinnliga arbetstagare att arbeta detta lägsta timantal, det berörda företags lönesättning inte kan förklaras av faktorer som utesluter en könsdiskriminering”.²⁹ Domstolen har utvecklat detta kriterium i senare domar och det tillämpas enligt en fast rättspraxis.³⁰

26. Vad gäller det ekonomiska ansvar som arbetsgivarna och pensionskassorna skulle få

vid ett erkännande av tidsbegränsningen av rätten att vara ansluten till yrkesbaserade pensionssystem och av att få pensioner utbetalda enligt dessa system, måste det framhållas, såsom framgår av domen i målet Fisscher, att det förhållandet att arbetstagaren kan göra anspråk på retroaktiv anslutning till ett yrkesbaserat pensionssystem inte innebär att han undslipper att betala avgifter för den berörda anslutningsperioden. Följaktligen föreligger det inte någon fara för att den ekonomiska balansen i ett sådant system allvarligt skall störas.

27. Av vad som anförts ovan framgår att tidsbegränsningen, som infördes genom domen i målet Barber, inte allmänt kan anses omfatta alla former av könsdiskriminering som rör rätten till förmåner. I den mån de villkor som föranledde en tidsbegränsning av rättsverkningarna av domen i målet Barber inte är uppfyllda, kan en sådan form av diskriminering som gäller i förevarande mål inte anses omfattas av denna begränsning.

28. Det återstår att pröva om Barberprotokollet eventuellt trots allt innebär en tidsbegränsning för de förmåner som skall tillhandahållas enligt det yrkesbaserade pensionssystemet i fråga. Man skulle härvid kunna hävda att de allmänt hållna formuleringarna i Barberprotokollet — där tidsbegränsningen utsträcks till att gälla alla förmåner som utbetalas enligt ett yrkesbaserat socialt trygghetssystem — onekligen visar att

27 — Punkt 17 i förslaget till avgörande i det ovannämnda målet Vroege.

28 — 96/80, Rec. s. 911.

29 — Punkt 13 i domen i målet Jenkins.

30 — Se dom i målet Bilka, punkterna 24—31 och 36, och dom av den 13 juli 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. s. 2743, punkt 12—16), dom av den 27 juni 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. s. I-2591, punkt 13—16), dom av den 7 februari 1991, Nimz (C-184/89, Rec. s. I-297, punkt 12—15) och dom av den 4 juni 1992, Bötel (C-360/90, Rec. s. I-3589, punkterna 18 och 21—27).

protokollet gäller alla yrkesbaserade pensionssystem och *all* könsdiskriminering som kan förekomma i den sektorn, däribland följaktligen indirekt diskriminering av deltidsanställda. En sådan tolkning kan emellertid inte godtas, eftersom protokollet skall tolkas mot bakgrund av domen i målet Barber och den senare rättspraxis genom vilken domen har preciserats. Det är för övrigt också vad domstolen har medgivit i domarna i målen Vroege och Fisscher, där den framhöll att protokollet har ett uppenbart samband med den ovannämnda domen i målet Barber, eftersom det hänvisar till samma datum, den 17 maj 1990, och det i huvudsak har anlagt samma tolkning av domen i målet Barber som i domen i målet Ten Oever.³¹ Följaktligen och i enlighet med vad generaladvokat Van Gerven också framhöll i målen Vroege och Fisscher har "Barber-protokollet ... till syfte och mål att precisera rättsverkningarna av domen i målet Barber i tiden".³²

rande var tillåtet. I motsats härtill kan tidsbegränsningen som föreskrivs i Barber-protokollet inte på detta sätt utsträckas till att också gälla indirekt diskriminering på grund av deltidsarbete, eftersom, såsom ovan anförts, det inte föreskrivs något undantag för detta i direktiv 86/378.³³

I den mån det rör sig om diskriminering som inte omfattas av domen i målet Barber och Barber-protokollet, skall det vid tillämpningen i tiden av den direkta effekten av artikel 119 följaktligen inte göras någon åtskillnad mellan rätten att vara ansluten till ett yrkesbaserat pensionssystem och anspråk på att beviljas pension enligt det systemet.

Den tredje, den fjärde, den femte och den sjätte frågan

29. Av vad som anförts ovan framgår att den tidsbegränsning som har formulerats i protokollet och som följer av domen i målet Barber, såsom denna har preciserats i senare rättspraxis, gäller problematiken i fråga om könsdiskriminering avseende pensionsålder samt alla andra fall där det föreskrivs undantag i direktiv 86/378. I dessa fall kunde berörda parter fram till dess domen i målet Barber beslöts på skäliga grunder anse att undantag från principen om lika lön fortfa-

30. Dessa frågor är helt identiska med dem som den nationella domstolen ställde i målet Fisscher. Följaktligen gäller de svar som domstolen gav i det målet genom dom av den 28 september 1994 (punkt 3—6 i domslutet) även i förevarande mål.

31 — Se punkt 41 i domen i målet Vroege och punkt 49 i domen i målet Fisscher.

32 — Punkt 23 i förslaget till avgörande i det ovannämnda målet Vroege.

33 — Se härvid även förslag till avgörande av generaladvokat Van Gerven av den 7 juni 1994 i målen Vroege och Fisscher, punkt 23—25. Se likväl förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs av den 27 april 1994 i målet Beune (punkt 56 f).

V — Förslag till avgörande

31. Med beaktande av vad som har anförts föreslår jag domstolen att besvara de frågor avseende vilka Kantongerecht te Rotterdam har begärt förhandsavgörande på följande sätt:

- 1) Rätten att vara ansluten till ett yrkesbaserat pensionssystem omfattas av tillämpningsområdet för artikel 119 i EG-fördraget och således av det i den artikeln angivna förbudet mot diskriminering.

- 1) a) Svaret på den föregående frågan påverkas inte av de omständigheter som den nationella domstolen har räknat upp i den andra delen (1a) av den första frågan.

- 2) Tidsbegränsningen av rättsverkningarna av domen av den 17 maj 1990 i målet Barber, C-262/88, gäller inte rätten att vara ansluten till ett yrkesbaserat pensionssystem.

- 2) a) I den mån en diskriminering omfattas av tillämpningsområdet för domen av den 17 maj 1990 i målet Barber, gäller tidsbegränsningen av rättsverkningarna av denna dom även rätten till pension enligt ett yrkesbaserat pensionssystem, vilken kan göras gällande av en arbetstagare som har anslutits till systemet med retroaktiv verkan.

- 3) De organ som administrerar ett yrkesbaserat pensionssystem är, liksom arbetsgivaren, skyldiga att följa bestämmelserna i artikel 119 i fördraget, och den diskriminerade arbetstagaren kan göra gällande sina rättigheter direkt gentemot dessa administrativa organ.

- 4) Det förhållande att en arbetstagare kan göra anspråk på retroaktiv anslutning till ett yrkesbaserat pensionssystem innebär inte att han undslipper att betala avgifter för den berörda anslutningsperioden.

- 5) Nationella regler om frister för att väcka talan enligt nationell rätt kan åberopas gentemot arbetstagare som gör gällande sin rätt att vara ansluten till ett yrkesbaserat pensionssystem, under förutsättning att reglerna inte är mindre fördelaktiga för en sådan talan än för en liknande talan enligt nationell rätt och att reglerna inte i praktiken gör det omöjligt att hävda gemenskapsrätten.

- 6) Protokoll nr 2 om artikel 119 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, som är fogat till Fördraget om Europeiska unionen, har ingen betydelse för rätten att vara ansluten till ett yrkesbaserat pensionssystem. Denna rätt regleras fortfarande av domen av den 13 maj 1986 i målet Bilka (170/84).