

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 13. juli 1995 *

1. I den foreliggende sag er Domstolen ved dom afsagt af Kantongerecht, Rotterdam, blevet anmodet om en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 119 med hensyn til retten til at være omfattet af erhvervstilknyttede pensionsordninger, af den af Domstolen den 17. maj 1990 afsagte dom i sag C-262/88, Barber (herefter »Barber-dommen«)¹, samt af protokol nr. 2 ad den nævnte artikel 119, der er knyttet som bilag til EF-traktaten ved traktaten om Den Europæiske Union af 7. februar 1992.

I — Den foreliggende tvist

2. Denne sag vedrører Barber-dommens virkninger for deltidsarbejdende kvinder. Fra den 11. december 1972 til den 6. november 1990 arbejdede Francina Johanna Maria Dietz på deltid, nærmere bestemt syv timer ugentligt, som hjemmehjælper i ældreforsorgen hos sagsøgte, Stichting Thuiszorg Rotterdam (»Thuiszorg«) og dennes retlige forgænger (Stichting Katholieke Maatschappelijke Gezinszorg). Den 6. november 1990

fylgte F. Dietz 61 år og gik i overensstemmelse med en aftale, som hun havde indgået med sin arbejdsgiver den 18. juli 1990, på førtidspension efter den ordning for frivillig førtidspension, som fandt anvendelse hos Thuiszorg. I henhold til lov om obligatorisk deltagelse i en erhvervspensionsfond (wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, herefter »BPF-loven«)² er Thuiszorg tilsluttet »Pensioenfonds voor de Gezondheids-, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen« (herefter »pensionskassen«). Som det fremgår af forelæggelsesdommen, er medlemskab af den førnævnte erhvervspensionsfond obligatorisk efter artikel 3 i BPF-loven. I denne artikel bestemmes, at arbejds- og socialministeren efter anmodning fra de faglige organisationer i den pågældende sektor kan gøre medlemskab af en erhvervspensionsfond obligatorisk.

3. Før den 1. januar 1991 kunne F. Dietz ikke være tilsluttet sin arbejdsgivers pensionsordning, eftersom arbejdstagere på deltid, der som hun arbejdede 40% af fuld arbejdstid eller mindre, var udelukket fra denne ordning. F. Dietz har således ikke kunnet

* Originalsprog: græsk.

1 — Sml. I, s. 1889.

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

gøre krav på pension på grundlag af den tidligere pensionsordning før den 1. januar 1991. Denne begrænsning blev ophævet ved reguleringen af pensionskasseordningen i overensstemmelse med bestemmelserne i Rådets direktiv 86/378/EØF af 24. juli 1986 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger³. Ved denne regulering blev der gennemført en overgangsordning, hvorefter de arbejdstagere, som havde været udelukket fra at deltage i pensionskassen, fik tildelt en pension på grundlag af en ordning med kompenserende ydelser (Overbruggingsuitkering, herefter »OBU«).

4. Den 2. december 1992 anlagde F. Dietz sag mod Thuiszorg ved Kantongerecht, Rotterdam. Sagsøgeren i hovedsagen, F. Dietz, har gjort gældende, at hun den 6. november 1990 ikke ville være gået på førtidspension, hvis hun havde vidst, at deltidsbeskæftigede arbejdstagere fra den 1. januar 1991 ikke længere ville være udelukket fra at opnå pensionsret, og at hun i medfør af den overgangsordning, som var blevet gennemført i sammenhæng med, at begrænsningen for deltidsbeskæftigede arbejdstagere var blevet ophævet, havde ret til pension i henhold til OBU. Sagsøgeren, F. Dietz, har gjort gældende, at hun ikke var vidende om den forestående ophævelse af den omhandlede

begrænsning, mens sagsøgte Thuiszorg derimod vidste, at denne ophævelse ville finde sted, og burde have oplyst hende herom. Sagsøgeren har gjort gældende, at sagsøgte har tilsidesat EF-traktatens artikel 119 ved ikke at tillade, at hun blev medlem af pensionskassen, som Thuiszorg havde indgået aftale med. Sagsøgeren mener i medfør af princippet i artikel 119 om lige løn til mænd og kvinder at have ret til at være forsikret og således til en pension beregnet med tilbagevirkende kraft fra den 8. april 1976, hvor dommen i Defrenne II-sagen⁴, hvori Domstolen tillagde denne artikel direkte horisontal virkning, blev afsagt. F. Dietz har således for den nationale domstol nedlagt påstand om, at sagsøgte Thuiszorg tilpligtes at godkende hendes medlemskab af pensionsordningen for pensionskassen fra den 8. april 1976 eller at træffe alle nødvendige foranstaltninger, der gør det muligt for hende — fra det tidspunkt, hvor hun når pensionsalderen — at opnå en pension, som om hun havde været medlem af pensionskassen fra den 8. april 1976.

5. Sagsøgte har på sin side gjort gældende, at da der blev indgået aftale med sagsøgeren om førtidspension, var sagsøgte endnu ikke klar over, at der i forbindelse med ophævelsen af bestemmelsen om udelukkelse af deltidsarbejdende arbejdstagere ville blive vedtaget en overgangsordning. Thuiszorg har desuden gjort gældende ikke at have nogen som helst beføjelse eller indflydelse vedrørende de

3 — EFT L 225, s. 40.

4 — Dom af 8.4.1976, sag 43/75, Sml. s. 455.

beslutninger, som træffes af pensionskassen, og har anført, at sagsøgeren burde have rettet sit krav om tilslutning til den omhandlede pensionsordning direkte til denne pensionskasse, og ikke til Thuiszorg, som således ikke er rette sagvolder. Thuiszorg har ligeledes gjort gældende, at sagsøgerens påstand om at have ret til forsikring ikke — på grund af dommen i Barber-sagen — kan tages til følge med tilbagevirkende kraft til den 8. april 1976. Da Kantongerecht, Rotterdam, fandt, at en løsning af tvisten nødvendiggjorde nærmere oplysninger om fællesskabsretten, blev sagen udsat, og i medfør af EF-traktatens artikel 177 fik Domstolen forelagt en række præjudicielle spørgsmål.

Utrecht, men supplerer dem tillige. De præjudicielle spørgsmål lyder i deres helhed:

- »1) Omfatter retten til (lige)løn, som omhandlet i EØF-traktatens artikel 119, også en ret til at være omfattet af en lovpligtig erhvervstilknyttet pensionsordning som den, der er tale om i denne sag?

II — De præjudicielle spørgsmål

- 1 a) Gør det nogen forskel for besvarelsen af spørgsmål 1), som stillet af Kantongerecht, Utrecht, i nævnte dom,

6. Ved dom af 18. oktober 1993⁵ har Kantongerecht, Rotterdam, anmodet Domstolen om at besvare de spørgsmål, som Kantongerecht, Utrecht, allerede havde forelagt Domstolen ved dom af 18. marts 1993 i Fisscher-sagen⁶. Den af Kantongerecht, Rotterdam, afsagte dom henviser udtrykkeligt til de spørgsmål, som er forelagt af Kantongerecht,

- a) at det ved vedtagelsen af BPF-loven ved siden af socialpolitiske betragtninger (ved en branchepådelte pensionsordning bæres omkostningerne af alle branchen tilhørende virksomheder i fællesskab) var ønsket om at modvirke indbyrdes konkurrence inden for branchen, der var den afgørende motivation?

5 — EFT C 338 af 15.12.1993, s. 12.

6 — Dom af 28.9.1994, sag C-128/93, Sml. I, s. 4583.

b) at udkastet til BPF-loven ganske vist indeholdt en sådan tvungen forpligtelse, men at den ikke gik igen i den endelige lov (TK 1948-1949, 785, nr. 6)?

til at være omfattet af en erhvervstil-knyttet pensionsordning som den i den foreliggende sag omhandlede, som sag-søgeren som gift kvinde var udelukket fra?

c) om stiftelsen Thuiszorg, Rotterdam, ikke har eller netop har indgivet klage over forpligtelsen (og ministe-ren ikke har taget denne klage til følge)?

2 a) Hvis spørgsmål 1) besvares bekræf-tende, gælder den tidsmæssige begrænsning, Domstolen har fastsat i Barber-dommen, for så vidt angår en pensionsordning som den i Barber-sagen omhandlede (en såkaldt 'con-tracted out'-ordning), da også for udbetaling af en alderspension?

d) eller om stiftelsen Thuiszorg blandt sine arbejdstagere har foretaget nogen undersøgelse, hvis resultater ville kunne give grundlag for at ansøge om dispensation eller at informere arbejdstagerne om mulig-hed for dispensation?

3) Er den, der gennemfører og administre-rer pensionsordningen (dvs. pensions-kassen) — i tilfælde hvor den i en virk-somhed gældende pensionsordning er lovpligtig — forpligtet til at anvende ligebehandlingsprincippet i EØF-traktatens artikel 119, og kan den arbejdstager, som stilles ringere som følge af en tilsidesættelse af traktatbe-stemmelsen, indtale sit krav direkte mod pensionskassen, som om der var tale om arbejdsgiveren?

2) Hvis spørgsmål 1) besvares bekræf-tende, gælder den tidsmæssige begræns-ning, Domstolen har fastsat i Barber-dommen, for så vidt angår en pensionsordning som den i Barber-sagen omhandlede (en såkaldt 'con-tracted out'-ordning), da også for en ret

Det bemærkes i denne forbindelse, at Kantongerecht ikke har kompetence til at træffe afgørelse om, hvorvidt der

består et krav som følge af reglerne om erstatning uden for kontrakt, idet kravets værdi medfører, at det falder uden for rettens kompetence. I denne sag har det derfor betydning, om sagsøgeren på grundlag af arbejdsaftalen kan rette kravet mod pensionskassen.

afgørelsen af den foreliggende sag, der er anlagt ved Kantongerecht ved stævning forkyndt den 2. december 1992?»

- 4) Hvis sagsøgeren i henhold til EØF-traktatens artikel 119 har ret til at være medlem af pensionskassen fra et tidspunkt, der ligger forud for den 1. januar 1991, indebærer dette da også, at hun ikke er forpligtet til at betale de bidrag, hun skulle have betalt, hvis hun var blevet optaget som medlem af pensionskassen på et tidligere tidspunkt?

De angivne spørgsmål rejser problemer om anvendelsen af traktatens artikel 119 på erhvervstilknyttede pensionsordninger og gyldigheden af den tidsmæssige begrænsning af Barber-dommens virkninger.

III — Gældende retsregler og retspraksis

- 5) Har det nogen betydning, at sagsøgeren ikke har reageret på et tidligere tidspunkt med henblik på at få gennemtvunget de rettigheder, hun nu gør gældende?

7. Traktatens artikel 119 lyder: »Hver medlemsstat gennemfører i løbet af første etape og opretholder derefter princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde.

- 6) Har den til Maastricht-traktaten knyttede protokol ad artikel 119 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab ('Barber-protokollen') og (lovforslaget om ændring af) overgangsbestemmelsen i artikel III i lovforslag nr. 20 890, der har til formål at gennemføre det fjerde direktiv, betydning for

Ved 'løn' forstås i denne artikel 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.

Lige løn uden forskelsbehandling med hensyn til køn indebærer:

- a) at den løn, der ydes for samme arbejde, der aflønnes i akkord, fastsættes på samme beregningsgrundlag
- b) at den løn, der ydes for arbejde, betalt efter tid, er den samme for samme slags arbejde.«
8. Den praktiske følge af denne retspraksis er, at det ved erhvervstilknyttede pensionsordninger er en forskelsbehandling, som er forbudt efter artikel 119, at fastsætte pensionsalderen ud fra pensionsmodtagerens køn, dette til trods for, at direktiv 86/378 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger⁹ muliggør undtagelser fra princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår fastsættelse af pensionsalderen [direktivets artikel 9, litra a)], således som i øvrigt også Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring¹⁰. Som følge af denne dom er anvendelsesområdet for direktiv 86/378 næsten fuldstændig faldet bort, eftersom de erhvervstilknyttede pensionsordningers tildeling af pension ikke længere skal anses for at være omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, men falder ind under artikel 119.

I dommen i Bilka-sagen⁷ såvel som i Barber-sagen og i Ten Oever-sagen⁸ har Domstolen fastslået, at såvel retten til at være tilsluttet en erhvervstilknyttet pensionsordning som retten til ydelser fra disse ordninger er omfattet af artikel 119. Navnlig har Domstolen i dommen i Barber-sagen kendt for ret, at pensionsudbetalinger fra erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, i modsætning til ydelser, der udbetales i henhold til nationale lovbestemte sociale sikringsordninger, er ydelser, som arbejdstageren modtager fra arbejdsgiveren som følge af arbejdsforholdet, og derfor omfattet af begrebet »løn« i den i EF-traktatens artikel 119 anførte betydning.

9. Domstolen har imidlertid foretaget en tidsmæssig begrænsning af virkningerne af Barber-dommen ved at fastslå, 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

7 — Dom af 13.5.1986, sag 170/84, Sml. s. 1607.

8 — Dom af 6.10.1993, sag C-109/91, Sml. I, s. 4879.

9 — Jf. ligeledes den berigtigelse, som blev offentliggjort i EFT L 283 af 4.10.1986, s. 27. Den frist, som var fastsat for medlemsstaternes gennemførelse af dette direktiv, udløb den 30.7.1989.

10 — EFT L 6, s. 24.

retssuccessorer forinden har anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage i henhold til gældende national ret«¹¹. Domstolen præciserede i dommen i Ten Oever-sagen denne begrænsning således, at »den direkte virkning af traktatens artikel 119 kun i kraft af dommen af 17. maj 1990, sag C-262/88, Barber, kan påberåbes til støtte for ligebehandling inden for området for erhvervstilknyttede pensioner for ydelser, der skyldes i medfør af ansættelsesperioder før den 17. maj 1990, medmindre arbejdstagerne eller disses ydelsesberettigede pårørende forinden har anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage i henhold til gældende national ret«¹².

10. Protokol nr. 2 («Barber-protokollen»), som blev indsat i EF-traktaten den 1. november 1993, hvor traktaten om Den Europæiske Union trådte i kraft, tilsigter ligeledes at klarlægge de tidsmæssige virkninger af den direkte virkning af traktatens artikel 119 i forhold til pensioner, som ydes af erhvervstilknyttede pensionsordninger. Protokollen lyder: »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.« Denne protokol har således anvendt samme løsning som Domstolens netop citerede praksis.

IV — Besvarelse af de præjudicielle spørgsmål

11. I de medlemsstater, hvor der består en lang tradition for erhvervstilknyttede pensionsordninger, er der opstået et alvorligt problem vedrørende eftervirkningerne og de tidsmæssige virkninger ved anvendelsen af artikel 119's ligelønsprincip på disse ordninger, hvilket har medført et betragteligt antal præjudicielle forelæggelser.

Denne sag indgår i denne problematik. I den nævnte dom i Fisser-sagen har Domstolen allerede besvaret hovedparten af de præjudicielle spørgsmål, som Kantongerecht, Rotterdam, har forelagt den.

Første præjudicielle spørgsmål

12. Dette spørgsmål har to led. Kantongerecht, Rotterdam, ønsker for det første

11 — Jf. punkt 5 i Barber-dommens konklusion.

12 — Ten Oever-sagen, domskonklusionens punkt 2. Denne dom er siden blevet fastholdt ved dom af 14.12.1993, sag C-110/91, Moroni, Sml. I, s. 6591, konklusionens punkt 3, og af 22.12.1993, sag C-152/91, Neath, Sml. I, s. 6935, konklusionens punkt 1.

oplyst, om retten til at være omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning rammes af forbuddet mod forskelsbehandling i EF-traktatens artikel 119. Domstolen har allerede i dommen i Fisscher-sagen¹³ besvaret dette spørgsmål bekræftende. Jeg skal blot bemærke, at pensionskassen, som det her drejer sig om, har de samme karakteristika som den i Fisscher-sagen omhandlede pensionsordning. Som det fremgår af forelæggelsesdommen og af sagsøgerens indlæg for Domstolen, vedrører denne sag ligeledes en erhvervstilknyttet pensionsordning, som opfylder de i Barber-dommen angivne kriterier. Det drejer sig således om en ordning, som hele fagområdet obligatorisk er tilknyttet, som er blevet til efter kollektive forhandlinger inden for det berørte fagområde, og som ikke er fastsat direkte ved lov, som finansieres af arbejdsgiverne og arbejdstagerne uden bidrag fra det offentlige, og som ikke gælder for alle arbejdstagere, men kun for arbejdstagere i bestemte virksomheder. Følgelig finder artikel 119 og princippet om lige løn til mænd og kvinder ligeledes anvendelse for så vidt angår pensionskassen.

onsordning. Efter min opfattelse ændrer disse omstændigheder ikke det forhold, at tilslutning til en erhvervstilknyttet pensionsordning anses for en ydelse fra arbejdsgiveren til arbejdstageren på grund af arbejdsforholdet som anført i EF-traktatens artikel 119, og følgelig rejses der således ikke tvivl om, at denne artikel finder anvendelse på det konkrete tilfælde. Hverken den nederlandske lovgivers grunde til at udstede BPF-loven eller bestemmelsen om tvungen tilslutning i det lovforslag, som ikke blev vedtaget, eller spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgte Thuiszorg har indgivet klage over forpligtelsen til tvungen tilslutning eller har foretaget en undersøgelse hos de ansatte om muligheden for dispensation fra den tvungne tilslutning, har betydning for de anførte kriterier, som ifølge Barber-dommen er grundlaget for, at tilslutning til erhvervstilknyttede pensionsordninger og disse ordningers ydelser anses for ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren.

Andet præjudicielle spørgsmål

13. Den nationale domstol ønsker ved andet led — 1a) — af det første spørgsmål oplyst, hvorvidt de angivne omstændigheder medfører en anden besvarelse af, om traktatens artikel 119 finder anvendelse på retten til at være tilknyttet en erhvervstilknyttet pensi-

14. Dette spørgsmål har ligeledes to led. For det første ønsker Kantongerecht, Rotterdam, oplyst, hvorvidt den tidsmæssige begrænsning i Barber-dommen også gælder for retten til at være omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning som den i sagen omhandlede. Domstolen har ligeledes besvaret dette spørgsmål i dommen i Fisscher-sagen. Den

13 — Jf. punkt 1 i domskonklusionen.

har udtalt, at »begrænsningen af de tidsmæssige virkninger af dommen i Barber-sagen ikke gælder for retten til at være omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning«¹⁴.

Dette er f.eks. tilfældet med supplerende erhvervsmæssige pensionsordninger. Heraf følger, at Barber-dommen ikke blot vedrører erhvervsmæssige pensionsordninger, som er »contracted out«, som tilfældet var i Barber-sagen. Følgelig er den omtvistede pensionsordning, således som ovenfor anført, efter sin karakter omfattet af anvendelsesområdet for den tidsmæssige begrænsning.

15. Som det fremgår af en sammenligning mellem de to led i andet spørgsmål, vedrører andet led — 2a) — problemet, hvorvidt den tidsmæssige begrænsning af muligheden for at påberåbe sig artikel 119's direkte virkning, som følger af Domstolens praksis og Barber-protokollen, under hensyn til besvarelsen af de tidligere spørgsmål ligeledes finder anvendelse ved udbetaling af en alderspension, såfremt man med tilbagevirkende kraft er omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning. Den nationale domstol ønsker i det væsentlige oplyst, om der — for så vidt angår en sådan tidsmæssig begrænsning — skal sondres mellem retten til at være omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning og retten til ydelser fra en sådan ordning.

17. Det må dernæst undersøges, i hvilken udstrækning der skal ske en tidsmæssig begrænsning af ydelserne. Barber-protokollen, som har konfirmeret den løsning, der blev fastlagt i dommen af samme navn, fastslår i det væsentlige, at ydelser i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning ikke anses for løn i artikel 119's betydning, medmindre de kan henføres til beskæftigelsesperioder, der ligger forud for den 17. maj 1990. Hvad følgelig angår ydelser, som kan henføres til beskæftigelsesperioder forud for dette tidspunkt, er der ingen forpligtelse til at overholde ligebehandlingsprincippet.

16. Hertil bemærkes indledningsvis, at Domstolen, som det fremgår af dommene i Ten Oever- og Moroni-sagerne, har fastslået, at de principper, der fremgår af Barber-dommen, herunder den tidsmæssige begrænsning, også finder anvendelse på andre erhvervsmæssige pensionsordninger.

Den generelle karakter af protokollens ordlyd leder til den slutning, at den deri fastlagte tidsmæssige begrænsning dækker alle ydelser i medfør af erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger. Domstolen har fastholdt denne konsekvens og i sine seneste domme i

14 — Punkt 2 i Fisser-dommens konklusion.

den nævnte Fisscher-sag og i Beune- og Vroege-sagerne¹⁵ fremhævet, at »i protokol nr. 2 er der i det væsentlige fastlagt samme fortolkning af Barber-dommen som den, der er anlagt i Ten Oever-dommen — idet den anlagte fortolkning dog udvides til at omfatte alle ydelser fra en erhvervstilknyttet social sikringsordning«¹⁶. I modsætning til, hvad der gælder for retten til at være omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning, hvilket som ovenfor anført ikke er underlagt en tidsmæssig begrænsning, er retten til en ydelse efter en sådan ordning (som f.eks. en alderspension) således underlagt den tidsmæssige begrænsning.

18. Det følger rent praktisk af anvendelsen af den tidsmæssige begrænsning på pensionskassernes ydelser, at når Domstolen har fastslået, at der foreligger forskelsbehandling, og så længe pensionskassen ikke har truffet foranstaltninger til at tilvejebringe ligebehandling, pålægger bestemmelsen i artikel 119 vedrørende perioden efter den 17. maj 1990 »at give personer i den ugunstigt stillede gruppe de samme fordele, som personerne i den privilegerede gruppe har«¹⁷. Når der er uoverensstemmelse med hensyn til pensionsalderen, skabes der således ligestilling ved at beregne mandlige arbejdstageres pensionsretigheder på grundlag af samme pensionsalder som den, der gælder for kvindelige arbejdstagere¹⁸. Dette gælder imidlertid ikke for beskæftigelsesperioder forud for den 17. maj

1990. Vedrørende disse perioder finder artikel 119 ikke obligatorisk anvendelse, og arbejdsgiverne og de, der administrerer de erhvervstilknyttede pensionsordninger, er ikke forpligtede til at iagttage ligebehandlingsprincippet for ydelser, der vedrører disse perioder¹⁹.

19. Det er logisk, at disse principper ligeledes finder anvendelse på arbejdstagere, som på grund af forskelsbehandling ikke havde kunnet være omfattet af en erhvervstilknyttet social sikringsordning, og som efterfølgende er blevet tilsluttet ordningen med tilbagevirkende kraft. Efter at de er blevet omfattet af ordningen, kan disse arbejdstagere ikke kræve, at artikel 119 skal finde anvendelse på ydelser, der hidrører fra beskæftigelsesperioder forud for den 17. maj 1990.

20. Følgelig indebærer den manglende tidsmæssige begrænsning i anvendelsen af artikel 119 i forbindelse med tilslutning til en erhvervstilknyttet social sikringsordning ikke, at artiklen finder anvendelse uden tidsmæssig begrænsning på udbetalingen af de skyldige ydelser.

Enhver anden fortolkning ville medføre, at de arbejdstagere, som på grund af forskelsbe-

15 — Domme af 28.9.1994, sag C-7/93, Beune, Sml. I, s. 4471, og sag C-57/93, Vroege, Sml. I, s. 4541.

16 — Jf. dommene i Fisscher-sagen, præmis 49, i Beune-sagen, præmis 61, og i Vroege-sagen, præmis 41.

17 — Dom af 28.9.1994, sag C-408/92, Avdel Systems, Sml. I, s. 4435, præmis 17.

18 — Jf. Avdel Systems-dommen, præmis 18.

19 — Jf. Avdel Systems-dommen, præmis 19.

handling havde været udelukket fra at være omfattet af en erhvervstilknyttet ordning, og som efterfølgende med tilbagevirkende kraft var blevet tilsluttet ordningen, ville få en mere fordelagtig behandling i det omfang, de kunne påberåbe sig lighedsprincippet ved beregningen af de ydelser, der tilkom dem for beskæftigelsesperioder forud for den 17. maj 1990, mens arbejdstagere, som fra begyndelsen havde været omfattet af den pågældende ordning, ikke kunne gøre en sådan rettlighed gældende.

Denne sondring kan imidlertid ikke accepteres. Som Domstolen har fremhævet i Fisscher-dommen, kan arbejdstageren »ikke kræve en behandling, herunder rent økonomisk, som er bedre end den, han ville have fået, hvis han efter en korrekt retsanvendelse havde været omfattet af pensionsordningen«²⁰.

Disse betragtninger fører til den konklusion, at den tidsmæssige begrænsning af retten til at påberåbe sig den direkte virkning af artikel 119 også principielt gælder for retten til en pensionsydelse fra en erhvervstilknyttet pensionsordning, når arbejdstageren med tilbagevirkende kraft bliver omfattet af ordningen.

21. Der rejser sig desuden det spørgsmål, om dette gælder alle former for forskelsbehand-

ling i forbindelse med retten til udbetalinger. For at kunne besvare dette spørgsmål, må man sammenholde Bilka-dommen med retspraksis i henhold til Barber-dommen. I dommen i Bilka-sagen kendte Domstolen for ret, at når de kriterier, som Domstolen har anført i dommen i Defrenne I-sagen²¹ og dernæst anvendt i Barber-dommen, er opfyldt, har ydelser i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsordning karakter af »løn« i den i EF-traktatens artikel 119 anførte betydning, og at udelukkelse af deltidsansatte fra en sådan erhvervstilknyttet pensionsordning er i strid med artikel 119, når denne foranstaltning rammer et meget større antal kvinder end mænd, medmindre virksomheden godtgør, at denne udelukkelse kan forklares ved andre — objektivt begrundede — faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn²². I denne dom fastsatte Domstolen ikke nogen tidsmæssig begrænsning, eftersom de trufne afgørelser udelukkende vedrørte en videreudvikling af tidligere retspraksis.

22. I Barber-dommen besvarede Domstolen derimod for første gang spørgsmålet om, hvorvidt det er en ulovlig forskelsbehandling under de erhvervstilknyttede pensionsordninger at fastsætte pensionsalderen forskelligt for de to køn²³. Efter at have besvaret dette spørgsmål bekræftende fandt Domstolen det nødvendigt at begrænse dommens

21 — Dom af 25.5.1971, sag 80/70, Sml. s. 445.

22 — Jf. præmis 16, 17, 18 og 31 i dommen i Bilka-sagen og domskonklusionens punkt 1.

23 — Jf. Moroni-dommen, præmis 16.

20 — Jf. præmis 36.

tidsmæssige virkninger. Domstolen byggede i det væsentlige denne begrænsning på følgende forhold:

— dels at fællesskabsbestemmelserne, nærmere bestemt artikel 9, litra a), i direktiv 86/378²⁴, muliggør undtagelser for så vidt angår pensionsalderen, og medlemsstaterne og de berørte parter har således med rimelighed kunnet gå ud fra, at princippet om ligestilling af mænd og kvinder ikke fandt anvendelse på dette område, og

— dels ville en dom med tilbagevirkende kraft kunne bevirke, at ligevægten i en række pensionsordninger blev forstyrret.

23. Den tidsmæssige begrænsning af muligheden for at påberåbe sig den direkte virkning af artikel 119 vedrører følgelig udelukkende den forskelsbehandling, som ville kunne opstå som følge af de undtagelser, som er muliggjort i visse fællesskabsbestemmelser, såsom artikel 7 i direktiv 79/7 og artikel 9 i direktiv 86/378. Dette har Domstolen ligeledes fastholdt i dommene i Vroege- og Fisscher-sagerne, hvor den kendte for ret, at »begrænsningen af de tidsmæssige virkninger af Barber-dommen kun angår de former for

forskelsbehandling, som arbejdsgiverne og pensionskasserne med rimelighed kunne betragte som tilladte på grund af de undtagelser, der som overgangsforanstaltninger er fastsat i de fællesskabsretlige regler, der kan anvendes på erhvervstilknyttede pensioner«²⁵.

Dette er imidlertid ikke tilfældet, for så vidt angår den forskelsbehandling, som denne sag drejer sig om, dvs. forskelsbehandling af deltidsbeskæftigede. Her kan medlemsstaterne og de berørte ikke med rimelighed have antaget, at det var tilladt at undtage deltidsbeskæftigede fra ligebehandlingen.

24. Såvel direktiv 79/7 som direktiv 86/378 er nemlig til hinder for en sådan slutning, da disse bestemmelser ikke på nogen måde kan danne grundlag for den antagelse, hvorefter deltidsbeskæftigede kan udelukkes fra erhvervstilknyttede pensionsordninger. Tværtimod bestemmer de to direktiver udtrykkeligt, at der ikke må finde »nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte, bl. a. under henvisning til ægteskabelig eller familiemæssig stilling«, især for så vidt angår »betingelserne for adgang til ordningerne«²⁶. Som generaladvokat Van Gerven følgelig også har

25 — Jf. præmis 27 i Vroege-dommen og præmis 24 i Fisscher-dommen.

24 — Denne artikel gentager den undtagelse, som er fastsat i artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7.

26 — Artikel 5, stk. 1, i direktiv 86/378 og artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7.

fremhævet i Vroege-sagen og i Fisscher-sagen »har det helt fra begyndelsen været klart, at en udelukkelse ... fra pensionsordninger — ligesom en indirekte diskriminerende, ikke objektivt begrundet udelukkelse af deltidsansatte fra sådanne ordninger — ikke kunne accepteres«²⁷.

25. Domstolen har i sin praksis ved dom af 31. marts 1981, Jenkins²⁸, præciseret, at lønforskelle mellem fuldtids- og deltidsbeskæftigede kan udgøre en forskelsbehandling i strid med artikel 119. Nærmere bestemt har Domstolen i denne dom fastslået, at »godtgøres det, at en betydelig mindre procentdel af kvinder end mænd udfører det minimumsantal arbejdstimer pr. uge, som er nødvendigt for at gøre krav på timelønssatsen for fuldtidsbeskæftigelse, er lønligheden i strid med traktatens artikel 119, når den pågældende virksomheds lønpolitik under hensyn til kvindernes vanskeligheder ved at nå op på dette minimumsantal arbejdstimer pr. uge, ikke kan forklares ved andre faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn«²⁹. Domstolen har videreudviklet dette kriterium i senere domme, hvor det finder anvendelse efter fast praksis³⁰.

26. Hvad desuden angår de økonomiske byrder, som arbejdsgiverne og pensionskasserne ville være underlagt, såfremt en tidsmæssig begrænsning af retten til at være omfattet af erhvervstilknyttede pensionsordninger og disses pensionsudbetalinger blev anerkendt, må det — således som det også fremgår af dommen i Fisscher-sagen — fremhæves, at det forhold, at arbejdstageren kan opnå medlemskab af en erhvervstilknyttet pensionsordning med tilbagevirkende kraft, ikke bevirker, at han kan unddrage sig betaling af bidrag, der vedrører den pågældende periode af hans medlemskab. Der er følgelig ikke fare for alvorlig forstyrrelse med tilbagevirkende kraft af ordningens økonomiske ligevægt.

27. Det fremgår af det anførte, at den tidsmæssige begrænsning, som blev pålagt ved Barber-dommen, ikke kan udstrækkes til i almindelighed at gælde for alle former for forskelsbehandling på grundlag af køn, som vedrører retten til ydelser. Når de betingelser, som førte til, at Barber-dommens virkninger fik tidsmæssig begrænsning, ikke er opfyldt, kan forskelsbehandling som den foreliggende ikke anses for omfattet af begrænsningen.

28. Tilbage står at undersøge, om Barber-protokollen muligvis trods alt skulle medføre tidsmæssig begrænsning af de ydelser, der skal udbetales i medfør af den omhandlede erhvervstilknyttede pensionsordning? Hertil kunne gøres gældende, at det ubestrideligt fremgår af de brede vendinger, hvori Barber-protokollen er formuleret, og hvorefter den tidsmæssige begrænsning udstrækkes til alle

27 — Punkt 17 i forslag til afgørelse i Vroege-sagen.

28 — Sag 96/80, Sml. s. 911.

29 — Jenkins-dommen, præmis 13.

30 — Jf. dommen i Bilka-sagen, præmis 24-31 og 36, og dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kuhn, Sml. s. 2743, præmis 12-16, af 27.6.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, præmis 13-16, af 7.2.1991, sag C-184/89, Nimz, Sml. I, s. 297, præmis 12-15 og af 4.6.1992, sag C-360/90, Botel, Sml. I, s. 3589, præmis 18 og 21-27.

ydelse i medfør af erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, at protokollen gælder for alle erhvervstilknyttede pensionsordninger og for enhver forskelsbehandling på grundlag af køn, som kan tænkes inden for dette område, herunder følgelig også indirekte forskelsbehandling af deltidsbeskæftigede. En sådan fortolkning kan imidlertid ikke opretholdes, eftersom protokollen skal fortolkes i lyset af Barber-dommen og senere retspraksis, som har præciseret dommen nærmere. Domstolen har i øvrigt også fastslået dette i dommene i Vroege-sagen og i Fisscher-sagen, hvor den fremhævede, at protokollen er klart knyttet til Barber-dommen, idet den dato, der henvises til, nemlig den 17. maj 1990, er den samme, og der i det væsentlige er fastlagt samme fortolkning af Barber-dommen som den, der er anlagt i Ten Oever-dommen³¹. Som generaladvokat W. Van Gerven ligeledes har fremhævet i Vroege- og Fisscher-sagerne, består følgelig »formålet og sigtet med Barber-protokollen således i at præcisere de tidsmæssige virkninger af Barber-dommen«³².

29. Heraf følger, at den tidsmæssige begrænsning, som kommer til udtryk i protokollen, og som fremgår af Barber-dommen som præciseret i senere retspraksis, finder anvendelse på den problematik, som vedrører forskelsbehandling på grundlag af køn vedrørende pensionsalderen, samt de tilfælde, som er omfattet af undtagelsesbestemmelserne i direktiv 86/378. I disse tilfælde har de berørte parter med rimelighed indtil afsigelsen af Barber-dommen kunnet antage, at undtagelser fra ligebehandlingsprincippet

fortsat var tilladt. Derimod kan den tidsmæssige begrænsning i Barber-protokollen ikke også udstrækkes til indirekte forskelsbehandling af deltidsbeskæftigede, eftersom direktiv 86/378, som ovenfor anført, ikke indeholder nogen undtagelser i så henseende³³.

Når det således drejer sig om forskelsbehandling, som ikke er omfattet af dommen og Barber-protokollen, skal der ikke med hensyn til den tidsmæssige anvendelse af den direkte virkning af artikel 119 sondres mellem retten til at være omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning og kravet på betaling af pension i henhold til ordningen.

Tredje, fjerde, femte og sjette præjudicielle spørgsmål

30. Disse præjudicielle spørgsmål er fuldstændigt identiske med de spørgsmål, som er forelagt af den nationale domstol i Fisscher-sagen. Domstolens besvarelse i dom af 28. september 1994 (domskonklusionens punkt 3-6) har følgelig ligeledes gyldighed i den foreliggende sag.

31 — Jf. præmis 41 i Vroege-dommen og præmis 49 i Fisscher-dommen.

32 — Punkt 23 i forslag til afgørelse i Vroege-sagen.

33 — Jf. tillige generaladvokat Van Gerven's forslag til afgørelse af 7.6.1994 i Vroege- og Fisscher-sagerne, punkt 23, 24 og 25. Se også generaladvokat Jacob's forslag til afgørelse af 27.4.1994 i Beune-sagen (punkt 56 ff.).

V — Forslag til afgørelse

31. Under hensyn til det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, som er forelagt af Kantongerecht, Rotterdam, således:

- »1) Retten til at være omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning falder ind under anvendelsesområdet for EØF-traktatens artikel 119 og rammes dermed af forbuddet mod forskelsbehandling i denne artikel.
- 1 a) De forhold, som den nationale ret har opregnet i andet led — 1a) — af første præjudicielle spørgsmål, giver ikke anledning til, at spørgsmålet besvares anderledes.
- 2) Begrænsningen af de tidsmæssige virkninger af dommen af 17. maj 1990 i Barber-sagen (sag C-262/88) gælder ikke for retten til at være omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning.
- 2 a) Når en forskelsbehandling er omfattet af anvendelsesområdet for dommen af 17. maj 1990 i Barber-sagen, gælder den tidsmæssige begrænsning af denne dom ligeledes den ret til alderspension efter en erhvervstilknyttet pensionsordning, som kan gøres gældende af den arbejdstager, som med tilbagevirkende kraft er omfattet af ordningen.
- 3) De, der administrerer en erhvervstilknyttet pensionsordning, er ligesom arbejdsgiveren forpligtet til at iagttage bestemmelserne i traktatens artikel 119, og den arbejdstager, der udsættes for forskelsbehandling, kan gøre sine rettigheder gældende direkte over for dem, der administrerer ordningen.
- 4) Den omstændighed, at en arbejdstager kan kræve at blive omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning med tilbagevirkende kraft, indebærer ikke, at arbejdstageren kan undgå at betale bidrag til ordningen for det tidsrum, der er tale om.

- 5) Nationale regler om søgsmålsfrister i nationale retsforhold kan gøres gældende over for arbejdstagere, der påberåber sig retten til at være omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning, på betingelse af, at reglerne ikke er mindre gunstige for søgsmål af denne art end for tilsvarende søgsmål i henhold til national ret, og at de ikke i praksis gør det umuligt at udøve rettigheder i henhold til fællesskabsretten.

- 6) Den til traktaten om Den Europæiske Union knyttede protokol nr. 2 ad artikel 119 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab har ingen betydning for retten til at være omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning, idet denne ret fortsat reguleres af dommen af 13. maj 1986 i Bilka-sagen (sag 170/84).«