Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 10. september 2019[1]

Sag C-450/18

WA
mod
Instituto Nacional de la Seguridad Social

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (arbejdsret nr. 3 i Gerona, Spanien))

»Præjudiciel forelæggelse – kvindelige og mandlige arbejdstagere – ligebehandling med hensyn til social sikring – direktiv 79/7/EØF – invalidepension – pensionstillæg, der tildeles mødre til to eller flere børn, der modtager ydelser fra en bidragsbaseret social sikringsordning – artikel 157, stk. 4, TEUF – positiv særbehandling – foranstaltninger, der tilsigter at kompensere for kvindelige arbejdstageres karrieremæssige ulemper«

I. Indledning

1. I henhold til spansk ret har *kvinder, der har fået to eller flere biologiske eller adopterede børn*, ret til et tillæg til ydelser udbetalt inden for rammerne af deres bidragsbaserede alderspension, enkepension eller pension ved varig uarbejdsdygtighed inden for rammerne af den sociale sikringsordning. Sagsøgeren i hovedsagen (herefter »sagsøgeren«), som er fader til to døtre, har anlagt sag til prøvelse af en afgørelse afsagt af den nationale myndighed for social sikring om afslag på at tildele ham et tilsvarende tillæg til hans pension for varig uarbejdsdygtighed.

2. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om den nationale bestemmelse om pensionstillæg for kvinder, som ikke giver en sådan ret til mænd, er i strid med det EU-retlige forbud mod forskelsbehandling på grund af køn.

3. Domstolen har allerede haft anledning til at undersøge spørgsmålet om pensionsordninger, der indrømmer fordele knyttet til det at være moder udelukkende til kvindelige arbejdstagere. Dommen i Griesmar-sagen[2] og i Leone-sagen[3] omhandlede imidlertid erhvervstilknyttede pensioner for tjenestemænd, som var omfattet af princippet om lige løn, som fastsat i artikel 157 TEUF. I den foreliggende sag anmodes Domstolen om at tage stilling til, om en lignende tilgang også skal anvendes på sager vedrørende ydelser, som udgør en del af en almindelig social pensionsforsikringsordning.

1 – Originalsprog: engelsk.

2 – Dom af 29.11.2001 (C-366/99, EU:C:2001:648).

3 – Dom af 17.7.2014 (C-173/13, EU:C:2014:2090).

II. Retsgrundlag

A. EU-retten

4. Ifølge tredje betragtning til direktiv 79/7/EØF om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring[4] »[er] gennemførelsen af princippet om ligebehandling med hensyn til social sikring […] ikke til hinder for bestemmelser om beskyttelse af kvinder i forbindelse med moderskab, og medlemsstaterne kan med henblik herpå vedtage særlige bestemmelser til fordel for kvinder for at råde bod på faktiske uligheder«.

5. I henhold til artikel 1 i direktiv 79/7 tilsigter direktivet »gradvis gennemførelse for så vidt angår den i artikel 3 omhandlede sociale sikring og anden social beskyttelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring, i det følgende benævnt »princippet om ligebehandling««.

6. I henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 79/7 finder direktivet anvendelse:

»a) på lovbestemte ordninger, der sikrer beskyttelse mod følgende risici:

[…]

– invaliditet,

[…]«

7. Artikel 4 i direktiv 79/7 fastslår:

»1. Princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte, under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling, især for så vidt angår:

[…]

– beregningen af ydelserne, herunder ægtefælle- eller forsørgertillæg, og betingelserne for varigheden og bevarelsen af retten til ydelserne.

2. Princippet om ligebehandling er ikke til hinder for bestemmelser om beskyttelse af kvinder i forbindelse med moderskab.«

8. I henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 79/7 er dette direktiv ikke til hinder for, at medlemsstaterne kan undtage følgende fra direktivets anvendelsesområde: »fordele med hensyn til aldersforsikring til personer, som har opdraget børn« og »erhvervelse af ret til ydelser efter perioder, hvor beskæftigelsen har været afbrudt som følge af børneopdragelse«.

4 – Rådets direktiv af 19.12.1978 (EFT 1979, L 6, s. 24).

B. Spansk ret

9. Artikel 60, stk. 1, i Ley General de la Seguridad Social (den almindelige lov om social sikring, herefter »lov om social sikring«) [5] bestemmer følgende:

»Kvinder, som har fået biologiske eller adopterede børn, og som i henhold til en hvilken som helst ordning under den sociale sikringsordning modtager ydelser inden for rammerne af bidragsbaseret alderspension, enkepension eller pension ved varig uarbejdsdygtighed, har ret til et pensionstillæg, der fastsættes efter antallet af børn, for deres demografiske bidrag til den sociale sikringsordning.

Dette tillæg, som i enhver henseende har retlig karakter af en bidragsbaseret offentlig pensionsydelse, består af et beløb svarende til det resultat, der fremkommer ved at multiplicere den oprindelige størrelse af de nævnte pensioner med en bestemt procentsats, som fastsættes på grundlag af antallet af børn ud fra følgende skala:

(a) ved to børn: 5%

(b) ved tre børn: 10%

(c) ved fire børn eller derover: 15%.

Ved fastlæggelsen af retten til tillægget samt tillæggets størrelse medregnes alene de børn, der er født eller adopteret inden indtrædelsen af den pensionsudløsende begivenhed.«

III. De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og det præjudicielle spørgsmål

10. Ved afgørelse fra Instituto Nacional de la Seguridad (det nationale institut for social sikring, Spanien, herefter »INSS«) af 25. januar 2017 fik sagsøgeren tilkendt pension ved absolut varig uarbejdsdygtighed på 100% af beregningsgrundlaget, dvs. 1 603,43 EUR om måneden, som pristalsreguleres.

11. Sagsøgeren indgav en administrativ klage over denne afgørelse, hvori han i det væsentlige anførte, at han som fader til to døtre havde ret til at modtage et tillæg på 5% af pensionen på lige vilkår med kvinder.

12. Den 9. juni 2017 gav INSS afslag på den administrative klage og fastholdt afgørelsen af 25. januar 2017. INSS anførte, at moderskabstillægget, som navnet indikerer, er et tillæg, der udelukkende tildeles kvinder, som modtager en bidragsbaseret ydelse fra den sociale sikringsordning, og som er moder til to eller flere børn, på grund af deres demografiske bidrag til den sociale sikringsordning.

13. Den 23. maj 2017 anlagde sagsøgeren sag til prøvelse af INSS' afgørelse ved Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona (arbejdsret nr. 3 i Gerona, Spanien), som er den forelæggende ret. Sagsøgeren har nedlagt påstand om anerkendelse af sin ret til en forøgelse af sin pension med 5% ud fra beregningsgrundlaget for ydelsen ved absolut varig uarbejdsdygtighed, svarende til det moderskabstillæg, som tildeles i henhold til artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring.

5 – Godkendt ved Real Decreto Legislativo 1/1994 (kongeligt lovdekret nr. 1/1994) af 20.6.1994 (BOE nr. 154, af 29.6.1994, s. 20658) i den konsoliderede udgave, der blev godkendt ved Real Decreto 8/2015 (kongeligt lovdekret nr. 8/2015), af 30.10.2015 (BOE nr. 261 af 31.10.2015, s. 103291), som ændret ved Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos generales del Estado para el año 2016 (lov nr. 48/2015 af 29.10.15 om finansloven for 2016) (BOE nr. 260 af 30.10.2015, s. 101965).

14. Den 18. maj 2018 blev den forelæggende ret underrettet om, at sagsøgeren var afgået ved døden den 9. december 2017. Sagsøgerens ægtefælde er indtrådt i søgsmålet som dennes retsefterfølger og har opretholdt sin påstand i hovedsagen [6].

15. Ifølge den forelæggende ret er grundtanken om, at der er ydet *et demografisk bidrag*, en tanke, der både kan siges at gælde for kvinder og mænd, eftersom såvel reproduktion som ansvaret for pasning, pleje, forsørgelse og opdragelse kan udføres af enhver, der kan anses for fader eller moder, uanset deres køn. Endvidere kan fraværet fra arbejdet som følge af fødsel eller adoption af børn eller pasning af biologiske eller adopterede børn være til lige stor skade i erhvervsmæssig henseende for kvinder og mænd. Det er den forelæggende rets opfattelse, at bestemmelserne vedrørende moderskabstillægget i artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring ud fra disse synspunkter skaber en ubegrundet forskelsbehandling til fordel for kvinder og til skade for mænd, der befinder sig i en tilsvarende situation.

16. Den forelæggende ret erkender imidlertid, at der fra en *biologisk* betragtning foreligger en uomtvistelig differentierende faktor, idet kvinder for så vidt angår reproduktion bringer et langt større personligt offer end mænd. De skal gennemgå en graviditetsperiode og en fødsel, der indebærer en åbenbar biologisk og fysiologisk byrde med de ulemper dette medfører for de pågældende kvinder, ikke blot i fysisk forstand, men også i erhvervsmæssig forstand. Det er den forelæggende rets opfattelse, at det moderskabstillæg, der er fastsat i artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring, ud fra en biologisk betragtning udgør et tillæg til kvinder, som er begrundet. Ingen mand kan befinde sig i en tilsvarende situation. En mandlig arbejdstagers situation er ikke sammenlignelig med situationen for en kvindelig arbejdstager, som stilles over for de erhvervsmæssige ulemper, der følger af fraværet fra arbejdet i forbindelse med graviditet og fødsel. Den forelæggende ret er imidlertid i tvivl om, hvilke konsekvenser Domstolens praksis, og navnlig Griesmar-dommen, har for den foreliggende sag [7].

17. På denne baggrund har Juzgado de lo Social nº 3 de Gerona (arbejdsret nr. 3 i Gerona) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Udgør det en [tilsidesættelse] af princippet om ligebehandling, som forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af køn, og som er anerkendt i artikel 157 [TEUF] samt i Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår og i direktiv 2002/73 om ændring heraf, som omarbejdet ved direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006, når en national retsforskrift (nærmere bestemt artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring) som følge af deres demografiske bidrag til den sociale sikringsordning anerkender retten til et pensionstillæg for kvinder, der har fået biologiske eller adopterede børn, og som i henhold til en hvilken som helst ordning under den sociale sikringsordning modtager ydelser [inden for rammerne af en bidragsbaseret] alderspension, enkepension eller pension ved varig uarbejdsdygtighed, mens mænd, der befinder sig i en tilsvarende situation, derimod ikke indrømmes en sådan ret?«

18. Sagsøgeren, INSS og Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg. Disse interesserede parter og den spanske regering, der også har besvaret skriftlige spørgsmål fra Domstolen, har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 13. juni 2019.

6 – Henvisninger til sagsøgeren i dette forslag til afgørelse skal forstås i denne forstand.

7 – Dom af 29.11.2001 (C-366/99, EU:C:2001:648).

IV. Bedømmelse

19. Dette forslag til afgørelse er struktureret på følgende måde. Først vil jeg indlede med at identificere det relevante EU-retlige instrument, der finder anvendelse på den ydelse, der skal bedømmes i nærværende sag (A). Derefter vil jeg behandle fortolkningen af de relevante bestemmelser, der finder anvendelse i den foreliggende sag, som er indeholdt i direktiv 79/7 (B). Endelig vil jeg, idet jeg konkluderer, at direktivet skal fortolkes således, at det er til hinder for en foranstaltning som den i nærværende sag omhandlede, undersøge, hvorvidt den nationale bestemmelse alligevel kunne være omfattet af den generelle undtagelse om »positiv forskelsbehandling« som omhandlet i artikel 157, stk. 4, TEUF (C).

A. Relevante EU-retlige forskrifter

20. Forelæggelsesafgørelsen rejser spørgsmålet om foreneligheden af artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring med det princip om ligebehandling, der er fastsat i artikel 157 TEUF og direktiv 2006/54/EF om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv[8].

21. Sagsøgeren har tilsluttet sig den EU-retlige ramme, der er identificeret i forelæggelsesafgørelsen. Derimod er INSS, den spanske regering og Kommissionen uenige i dette synspunkt og har gjort gældende, at det EU-retlige instrument, der finder anvendelse i den foreliggende sag, er direktiv 79/7. Sagsøgeren har subsidiært gjort gældende, at dette direktiv finder anvendelse under alle omstændigheder.

22. Jeg er enig i, at den relevante retsforskrift er direktiv 79/7.

23. Domstolen er naturligvis bundet af den fremstilling af de faktiske omstændigheder, som den nationale ret har lagt til grund, samt af rækkevidden af spørgsmålene og den overordnede ramme for sagen som fastlagt af den nationale ret i forelæggelsesafgørelsen. Dette gælder imidlertid ikke for så vidt angår den EU-ret, der finder anvendelse. Domstolen kan fortolke alle de relevante bestemmelser i EU-retten, som er nødvendige for, at de nationale retter kan træffe afgørelse i de for dem verserende tvister, også selv om disse bestemmelser ikke er angivet i de præjudicielle spørgsmål, der forelægges Domstolen[9]. *Iura (Europaea) novit Curia (Europaea).*

24. EU-retten sondrer mellem erhvervstilknyttede pensionsordninger, som falder ind under begrebet »løn« i artikel 157, stk. 1 og 2, TEUF[10], og lovbestemte sociale pensionsforsikringsordninger, som ikke er omfattet[11].

25. Domstolens praksis bekræfter, at »de socialsikringsordninger eller -ydelser, navnlig alderspension, som [er] direkte reguleret ved lov, således at der ikke foreligger nogen overenskomst inden for den pågældende virksomhed eller erhvervsgren, og som obligatorisk finder anvendelse på almindelige grupper af arbejdstagere« ikke kan være omfattet af begrebet »løn« i artikel 157 TEUF. Grunden hertil er, at »de pågældende ordninger sikrer […] arbejdstageren ydelser fra et lovmæssigt system, der finansieres af arbejdstagere, arbejdsgivere og eventuelt det offentlige i et omfang, som i mindre grad følger af ansættelsesforholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager end af socialpolitiske overvejelser«[12].

8 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 5.7.2006 (omarbejdning) (EUT 2006, L 204, s. 23).

9 – Jf. i denne retning f.eks. dom af 19.9.2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, præmis 40 og 41 og den deri nævnte retspraksis).

10 – Jf. f.eks. dom af 17.5.1990, Barber (C-262/88, EU:C:1990:209, præmis 25-28).

11 – Jf. f.eks. dom af 25.5.1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, præmis 7 og 8).

12 – Jf. f.eks. dom af 25.5.1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, præmis 7 og 8).

26. Sagsøgeren har under retsmødet gjort gældende, at den foreliggende sag omhandler en bidragspligtig pension, som er afhængig af den tidligere ansættelse. En højere løn medfører en højere pension. Af denne grund mener sagsøgeren, at den omhandlede ydelse bør betragtes som »løn« som omhandlet i artikel 157, stk. 2, TEUF.

27. Det er korrekt, at retspraksis, således som sagsøgeren har gjort gældende, har identificeret *kriteriet om ansættelse* som en afgørende faktor med hensyn til at kvalificere en pensionsordning som »løn« [13]. Ikke desto mindre gør den omstændighed, at en pensionsordning finansieres af bidrag, hvis beregning afhænger af lønnen, næppe, at denne pensionsordning automatisk bliver til »løn«. Den af Domstolen fastlagte test indebærer nemlig en samlet analyse, som ikke er støttet på et enkelt kriterium såsom en ydelses bidragsbaserede karakter [14]. Selv om sociale sikringsydelser kan hænge sammen med lønbegrebet og kan være forbundet med ansættelse i kraft af bidrag, falder socialsikringsydelser, der er reguleret ved lov, således at der ikke foreligger nogen overenskomst inden for den pågældende virksomhed eller sektor, og som finder anvendelse på almindelige grupper af arbejdstagere, uden for begrebet »løn« [15].

28. Domstolen har allerede haft anledning til at tage stilling til forskellige ydelser, som er omfattet af den almindelige spanske socialsikringsordning. Domstolen har altid fastslået, at bidragsbaserede ydelser såsom ydelser, der udbetales inden for rammerne af alderspensioner, og arbejdsløshedsydelser såvel som pension ved varig uarbejdsdygtighed, som det omhandlede tillæg finder anvendelse på, ikke er omfattet af begrebet »løn«, men falder inden for rammerne af direktiv 79/7 [16].

29. Efter min opfattelse er der ingen grund til at fravige denne tilgang i den foreliggende sag. Der er næppe tvivl om, at den omhandlede ydelse udgør en del af en social sikringsordning, der er reguleret ved lov, således at der ikke foreligger nogen overenskomst, og at den finder anvendelse på den arbejdende befolkning i almindelighed og ikke en specifik kategori af arbejdstagere.

30. Direktiv 2006/54 hviler på den samme sondring som den, der er fastlagt i retspraksis med hensyn til artikel 157, stk. 2, TEUF, hvad angår begrebet »løn«. Direktivets anvendelsesområde er specifikt begrænset til »erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger«, som defineres således, at de udelukker lovbestemte socialsikringsordninger [17].

31. Som følge heraf falder den omhandlede ydelse ikke ind under begrebet »løn« som omhandlet i artikel 157, stk. 2, TEUF. Den er således heller ikke omfattet af direktiv 2006/54.

32. Det EU-retlige instrument, der finder anvendelse i den foreliggende sag, er derfor direktiv 79/7. Den omhandlede ydelse er et tillæg til en pension ved varig uarbejdsdygtighed inden for den sociale sikringsordning, som udgør en del af en ved lov fastsat ordning, der sikrer beskyttelse mod en af de i dette direktivs artikel 3, stk. 1, litra a), opregnede risici, nemlig uarbejdsdygtighed. Ligesom selve

13 – Jf. f.eks. dom af 28.9.1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, præmis 43), eller af 29.11.2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, præmis 28).

14 – Hvad angår problemet med en ydelses bidragsbaserede karakter og kvalificeringen heraf som »løn« jf. generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:223, punkt 34-38).

15 – Jf. i denne retning f.eks. dom af 25.5.1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, præmis 7 og 8), eller af 28.9.1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, præmis 24).

16 – Hvad angår bidragsbaserede alderspensionsydelser, der også er omfattet af det i nærværende sag omhandlede pensionstillæg, jf. f.eks. dom af 22.11.2012, Elbal Moreno (C-385/11, EU:C:2012:746, præmis 26), og af 8.5.2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382, præmis 56). Hvad angår arbejdsløshedsydelser jf. dom af 9.11.2017, Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:833, præmis 33 og 34). Hvad angår pension ved varig uarbejdsdygtighed jf. dom af 16.7.2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, præmis 63), og af 14.4.2015, Cachaldora Fernández (C-527/13, EU:C:2015:215, præmis 26 og 34).

17 – Jf. 13. og 14. betragtning. I henhold til artikel 1, litra c), i direktiv 2006/54 finder direktivet anvendelse på »erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger«, idet disse ordninger udtrykkeligt defineres i artikel 2, stk. 1, litra f), som »ordninger, der ikke er omfattet af […] direktiv 79/7[…]«.

pensionen er tillægget direkte og faktisk forbundet med beskyttelse mod risikoen for uarbejdsdygtighed. Den er uløseligt forbundet med, at denne risiko realiseres, og tilsigter at sikre, at modtagerne af pensionen er korrekt beskyttet mod risikoen for uarbejdsdygtighed [18] ved at mindske de kønsbestemte forskelle [19].

33. Alle disse betragtninger fører mig til at konkludere, at det er nødvendigt at omformulere det præjudicielle spørgsmål, således at det vedrører direktiv 79/7.

B. Er direktiv 79/7 til hinder for en foranstaltning som den foreliggende?

34. Analysen af, om den omhandlede nationale bestemmelse er forenelig med direktiv 79/7, omfatter tre trin. For det første, befinder kvinder og mænd sig i en sammenlignelig situation med henblik på anvendelsen af den omhandlede nationale bestemmelse (1)? For det andet, udgør den omhandlede nationale bestemmelse forskelsbehandling i henhold til artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 (2)? For det tredje, og såfremt dette er tilfældet, kan artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring være omfattet af en af de undtagelser, der er fastsat i direktivets artikel 7 (3)?

1. Sammenlignelighed

35. Forskelsbehandling består i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på objektivt forskellige situationer [20]. I henhold til Domstolens faste praksis skal undersøgelsen af den sammenlignelige karakter udføres specifikt og *konkret i forhold til den omhandlede ydelse* og ikke generelt og abstrakt. Dette indebærer, at der skal tages behørigt hensyn til målsætningen for den omhandlede specifikke nationale foranstaltning eller ydelse [21]. Af denne grund er de (erklærede) lovgivningsmæssige formål særligt relevante for så vidt angår vurderingen af sammenligneligheden mellem kvindelige og mandlige arbejdstagere.

36. Domstolens praksis såvel som den afledte lovgivning har udpeget situationer, hvor kvindelige og mandlige arbejdstagere ganske enkelt ikke er sammenlignelige på grund af kvinders biologiske tilstand, som forstås således, at den omfatter graviditet, fødsel og den periode, der følger umiddelbart efter fødslen.

37. På den ene side har Domstolen med hensyn til situationen hvad angår *barselsorlov* fastslået, at kvinder befinder sig »i en særlig situation, som kræver, at der gives dem en speciel beskyttelse, men som ikke kan sammenlignes med den situation, en mand, eller en kvinde, som arbejder normalt, befinder sig i« [22]. Domstolen har gentagne gange fastslået, at »en mandlig arbejdstagers situation med henblik på anvendelsen af ligelønsprincippet ikke kan sammenlignes med en kvindelig arbejdstagers situation, når den fordel, der alene gives den kvindelige arbejdstager, har til formål at være en erstatning for de faglige ulemper, der er en følge af denne arbejdstagers fravær fra arbejdet, som en barselsorlov nødvendigvis indebærer« [23].

18 – Jf. i denne retning, hvad angår reguleringsmekanismer dom af 20.10.2011, Brachner (C-123/10, EU:C:2011:675, præmis 42 ff.).

19 – Jf. vedrørende formålene med denne foranstaltning afsnit B, underafsnit 1, litra b), i nærværende forslag til afgørelse.

20 – Jf. f.eks. dom af 14.7.2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

21 – Jf. i denne retning f.eks. dom af 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, præmis 33), og af 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis). Jf. mere detaljeret vedrørende sammenlignelighedsanalysen mit forslag til afgørelse Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, punkt 64-79).

22 – Jf. f.eks. dom af 13.2.1996, Gillespie m.fl. (C-342/93, EU:C:1996:46, præmis 17), og af 14.7.2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, præmis 39).

23 – Dom af 29.11.2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, præmis 41). Jf. også dom af 16.9.1999, Abdoulaye m.fl. (C-218/98, EU:C:1999:424, præmis 18, 20 og 22).

38. På den anden side har Domstolen fastslået, at situationen for erhvervsaktive mødre og fædre er sammenlignelig med hensyn til mange andre omstændigheder i forbindelse med *forældreskab og børneopdragelse*. Kvinder og mænd befinder sig i en sammenlignelig situation i deres egenskab af forældre og med hensyn til at tage sig af deres børn [24]. Følgelig befinder de sig i en sammenlignelig situation eksempelvis med hensyn til, at de kan finde det nødvendigt at nedsætte deres daglige arbejdstid for at passe deres børn [25] eller at gøre brug af børnedaginstitutioner, fordi de udøver en beskæftigelse [26].

39. Det er derfor i den foreliggende sag afgørende at fastslå, hvorvidt de omhandlede nationale bestemmelser har forbindelse med de særlige biologiske vilkår for kvinder i forhold til graviditet, fødsel og moderskab [a)]. Såfremt dette ikke er tilfældet, bliver det afgørende at identificere den omhandlede foranstaltnings objektive formål med henblik på at fastslå, hvorvidt kvindelige og mandlige arbejdstagere befinder sig i en sammenlignelig situation i denne henseende [b)].

a) En foranstaltning knyttet til beskyttelse i forbindelse med moderskab i henhold til artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7?

40. Artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7 bestemmer, at »[p]rincippet om ligebehandling […] ikke [er] til hinder for bestemmelser om beskyttelse af kvinder *i forbindelse med moderskab*«. I tredje betragtning til dette direktiv anføres, at »gennemførelsen af princippet om ligebehandling med hensyn til social sikring […] ikke [er] til hinder for bestemmelser om beskyttelse af kvinder i forbindelse med moderskab«, og at »medlemsstaterne […] med henblik herpå [kan] vedtage særlige bestemmelser til fordel for kvinder for at råde bod på faktiske uligheder«.

41. Denne bestemmelse kan betragtes som en anerkendelse af den manglende sammenlignelighed mellem kvinder og mænd i betragtning af deres biologiske tilstand i overensstemmelse med den retspraksis, som er nævnt i punkt 37 ovenfor i nærværende forslag til afgørelse.

42. Kan den omhandlede foranstaltning anses for at udgøre en bestemmelse »om beskyttelse af kvinder i forbindelse med moderskab« som omhandlet i artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7?

43. Den spanske regering og INSS har gjort gældende, at artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring er omfattet af artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7. INSS har anført, at foranstaltningen i sagens natur er forbundet med moderskab, idet de kvinder, den er rettet mod, er mødre: Hvis der ikke foreligger noget moderskab, opstår den situation, som den nationale bestemmelse forsøger at afhjælpe, slet ikke. Den spanske regering har i retsmødet argumenteret for, at artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7 bør forstås således, at den tillader positiv særbehandling på grund af moderskab og bør fortolkes bredt i lyset af artikel 157, stk. 4, TEUF og artikel 23 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

44. Sagsøgeren og Kommissionen er derimod af den opfattelse, at den omhandlede foranstaltning ikke kan være omfattet af artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7. Disse procesdeltagere har argumenteret for en snæver fortolkning af denne bestemmelse, således at den alene omfatter aspekter, der er forbundet med kvinders biologiske tilstand. Dette er navnlig tilfældet for den periode, der er omfattet af barselsorloven.

24 – Jf. f.eks. dom af 25.10.1988, Kommissionen mod Frankrig (312/86, EU:C:1988:485, præmis 14), af 29.11.2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, præmis 56), af 26.3.2009, Kommissionen mod Grækenland (C-559/07, ikke trykt i Sml., EU:C:2009:198, præmis 69), og af 16.7.2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, præmis 47).

25 – Dom af 30.9.2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, præmis 24).

26 – Dom af 19.3.2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, præmis 30).

45. Begrebet »i forbindelse med moderskab« er ikke defineret i direktiv 79/7. Så vidt det er mig bekendt, er direktivets artikel 4, stk. 2, indtil nu ikke blevet fortolket af Domstolen. Domstolen har imidlertid flere gange fortolket lignende bestemmelser inden for rammerne af artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 [27], der med en ordlyd, der i høj grad lignede ordlyden af artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7, fastslog, at dette direktiv »ikke [var] til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab«.

46. Inden for rammerne af artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 har Domstolen fastslået, at undtagelsen om »moderskab« skal fortolkes snævert [28]. Domstolen har gentagne gange forbundet bestemmelsens anvendelse med kvinders biologiske tilstand og det særlige forhold mellem moderen og barnet. Følgelig er alene foranstaltninger forbundet med beskyttelsen af kvinder under graviditet, fødsel og barselsorlov blevet anset for at være omfattet af denne bestemmelse [29]. Derimod anses foranstaltninger, som ikke er snævert forbundet med at beskytte kvinder i disse situationer, ikke for at falde ind under undtagelsen om »moderskab« [30].

47. Denne strenge tilgang til begrebet »moderskab« er også blevet anvendt af Domstolen med henblik på at fastslå, hvorvidt kvindelige og mandlige arbejdstageres situation er sammenlignelig med henblik på ligelønsprincippet i henhold til artikel 157 TEUF med hensyn til arbejdsmarkedspensioner. I Griesmar-dommen fastslog Domstolen, at en foranstaltning kunne godkendes, såfremt den havde til formål at »være en erstatning for de [erhvervsmæssige] ulemper for kvindelige tjenestemænd, som er en følge af deres fravær fra arbejdet i den periode, der følger efter en fødsel, i hvilket tilfælde en mandlig arbejdstagers situation ikke kan sammenlignes med en kvindelig arbejdstagers« [31]. Domstolen har imidlertid udtrykkeligt nægtet at anse de ulemper, som består for kvinder i løbet af deres arbejdsliv på grund af den afgørende rolle, de har i opdragelsen af børnene, for at være forbundet med »barselsorlov« eller nogen form for ulempe, der er opstået, som følge af fravær fra arbejdet efter fødslen [32]. Dette var delvis, fordi det i sagen omhandlede tillæg ligeledes tildeltes for adoptivbørn, uden at det var betinget af, at moderen forinden var blevet tildelt adoptionsorlov [33].

48. Således vedrører begrebet »moderskab« som fortolket af Domstolen den specifikke biologiske kendsgerning, der gør, at kvinder og mænd ikke er sammenlignelige: graviditet, fødsel og barselsorlov. Dette afgrænser genstanden for denne særlige beskyttelse ikke alene *ratione materiae*, men logisk set også *ratione temporis*, idet undtagelsen om moderskab ikke kan anses for at omfatte enhver efterfølgende begivenhed eller situation alene i kraft af at have været moder. *Moderskab (maternity)* skal derfor forstås snævert. Begrebet kan ikke sidestilles med de mere generelle begreber »*det at være moder« (motherhood)* eller »*forældreskab« (parenthood)*.

27 – Artikel 2, stk. 7, som ændret, i 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, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT 1976, L 39, s. 40), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23.9.2002 om ændring af Rådets direktiv 76/207/EØF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT 2002, L 269, s. 15). Denne artikel er blevet erstattet af artikel 28 i direktiv 2006/54.

28 – Jf. f.eks. dom af 15.5.1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, præmis 44).

29 – Jf. f.eks. med hensyn til barselsorlov 18.11.2004, Sass (C-284/02, EU:C:2004:722, præmis 33), om supplerende barselsorlov dom af 12.7.1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, præmis 25 og 26), og om særlige ordninger vedrørende den mulige anvendelse af en orlovsperiode for mødre eller fædre, der er arbejdstagere, dom af 19.9.2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, præmis 61-65).

30 – Jf. f.eks. dom af 25.10.1988, Kommissionen mod Frankrig (312/86, EU:C:1988:485, præmis 13 og 14), med hensyn til flere »særlige rettigheder til kvinder«, der beskytter kvinder i kraft af, at de er ældre arbejdstagere eller forældre, og af 30.9.2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, præmis 26-31), vedrørende en orlovsperiode, der på trods af, at den blev betegnet som »ammeorlov«, faktisk var uafhængig af amningen som sådan og kunne anses for at sigte mod børnepasning. Jf. også i denne retning dom af 16.7.2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, præmis 51), for så vidt angår forældreorlov.

31 – Dom af 29.11.2001 (C-366/99, EU:C:2001:648, præmis 46).

32 – Ibidem præmis 51.

33 – Ibidem præmis 52.

49. INSS og den spanske regering har foreslået, at man fraviger fra denne praksis inden for rammerne af direktiv 79/7 og anvender en bredere forståelse af »moderskab« i betydningen »det, at være moder«. Da den spanske regering i retsmødet blev spurgt om grundene til, at den foreslog en bred fortolkning, argumenterede den for, at artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7 i lyset af artikel 157, stk. 4, TEUF og chartrets artikel 23 skulle fortolkes således, at den åbnede op for positiv særbehandling for så vidt angår det at være moder i bred forstand.

50. Dette argument kan jeg ikke tilslutte mig. Som jeg vil redegøre udførligt for i det følgende [34], ville der eventuelt kunne findes et retsgrundlag for positiv særbehandling i forbindelse med den foreliggende sag uden for direktiv 79/7, nemlig i artikel 157, stk. 4, TEUF. Det er her tilstrækkeligt at bemærke, at de foranstaltninger, der giver mulighed for forskellig behandling af kvinder og mænd, som er beskyttelsesforanstaltninger i forbindelse med moderskab inden for anvendelsesområdet for direktiv 79/7, er baseret på en anden forudsætning og logik end de generelle regler om positiv særbehandling i artikel 157, stk. 4, TEUF. At foreslå, at generelle bestemmelser om positiv særbehandling senere skal gøre det muligt at forvrænge forståelsen af sammenlignelighed i ældre, sektorspecifik lovgivning, hvilket reelt ville gøre dens centrale bestemmelser uvirksomme, virker efter min opfattelse ikke som en god tilgang til lovfortolkning.

51. Kort sagt ser jeg ikke nogen god grund til at tilskrive begrebet »i forbindelse med moderskab« en anderledes eller bredere betydning inden for rammerne af direktiv 79/7. Snarere tværtimod ville en bred forståelse af undtagelsen om »moderskab«, som Kommissionen med rette har advaret om, muliggøre forskellig behandling i situationer, hvor arbejdende mødre og fædre rent faktisk befinder sig i en sammenlignelig situation, og således ophæve selve formålet med direktivet.

52. På grundlag af denne rimeligt snævre fortolkning af begrebet »i forbindelse med moderskab«, der efter min opfattelse også bør gælde i forbindelse med direktiv 79/7, kan jeg ikke se, hvordan den omhandlede foranstaltning skulle kunne anses for at være omfattet af den i direktivets artikel 4, stk. 2, indeholdte undtagelse.

53. Et lille indblik i den omhandlede foranstaltnings særlige kendetegn bekræfter allerede denne konklusion. Moderskabstillægget i artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring er ikke forbundet med nogen af de specifikke situationer med hensyn til graviditet, fødsel og barselsorlov. Det stiller nemlig ikke krav om nogen af disse situationer som en betingelse for at kunne modtage moderskabstillægget.

54. For det første, og således som sagsøgeren har anført, vil ikke alle kvindelige arbejdstagere, der har adgang til moderskabstillægget, rent faktisk have nydt godt af en periode med barselsorlov. Eftersom adoptionsorlov i henhold til den nationale lovgivning i lige så høj grad kan tilkomme kvinder som mænd [35], kan det meget vel være, at en kvinde kan modtage moderskabstillægget uden at have taget en sådan orlov eller for den sags skyld uden at have været gravid eller født. Når et barn for det andet har to mødre [36], vil begge mødre have ret til moderskabstillægget, men måske vil kun den ene rent faktisk have taget barselsorlov. Idet den omhandlede foranstaltning ikke indeholder nogen betingelse om, at kvinder skal have ophørt med at arbejde på det tidspunkt, hvor de fik børn, ville forbindelsen til barselsorlov være fraværende, f.eks. i situationer, hvor en kvinde fødte, inden hun indtrådte i arbejdsstyrken. For det tredje bekræfter den omstændighed, at foranstaltningen ikke gælder for mødre med ét barn, at den ikke er forbundet med beskyttelsen af moderskab.

34 – Jf. afsnit C, punkt 93 og 96-98.

35 – I henhold til artikel 48, stk. 5, i Ley del Estatuto de los Trabajadores (lov om arbejdstageres rettigheder) i den affattelse, der følger af Real decreto legislativo 2/2015 (kongeligt lovdekret nr. 2/2015) af 23.10.2015 (BOE nr. 255 af 24.10.2015).

36 – Sagsøgeren har forklaret, at dette er muligt i henhold til artikel 44, stk. 5, i Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (lov nr. 20/2011 af 21.7.2011 om folkeregistret) (BOE nr. 175 af 22.7.2011, s. 81468).

55. Samlet set er foranstaltningen således ikke omfattende nok i forhold til situationer, som er klart og objektivt forbundet med moderskab, samtidig med, at den er for omfattende i situationer, der ikke er det. En sådan lovgivningsmæssig udformning kan næppe passe ind i rammerne for artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7.

56. Tilsyneladende har INSS og den spanske regering i sidste ende medgivet, at den specifikke målsætning i artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring favner meget bredere end målsætningen om at beskytte kvinder i forbindelse med moderskab i den ovenfor beskrevne (snævre) betydning.

57. Samtlige disse betragtninger bekræfter, at artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring ikke indeholder noget element, der etablerer et forhold mellem tillægget og de erhvervsmæssige ulemper, der er forbundet med begrebet »moderskab« som omhandlet i artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7.

b) Formålene med den omhandlede foranstaltning

58. I henhold til artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring blev moderskabstillægget indført som en anerkendelse for et »demografisk bidrag« til social sikring. Som Kommissionen har påpeget, indeholder præamblen til loven om vedtagelse af foranstaltningen ikke nogen begrundelse, der er mere specifik end dette [37].

59. Hvis man alene fokuserer på selve det med artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring erklærede formål, vil det være svært at se, hvorledes kvinder og mænd ikke skulle befinde sig i en sammenlignelig situation med hensyn til deres »demografiske bidrag« til den sociale sikringsordning, idet begge køn fortsat forekommer at være nødvendige med henblik på reproduktion [38].

60. Som det imidlertid fremgår af tilblivelseshistorien og den politiske sammenhæng, som Kommissionen, INSS og den spanske regering har beskrevet, var den omhandlede foranstaltning inspireret af og forfølger en meget bredere målsætning.

61. Det fremgår af Kommissionens indlæg samt af den spanske regerings skriftlige svar på et spørgsmål stillet af Domstolen, at det parlamentariske ændringsforslag, som den omhandlede foranstaltning stammer fra, udtrykte et behov for at anerkende kønsdimensionen i pensioner og fjerne eller i det mindste *reducere den kønsbestemte forskel i pensioner* [39]. Grunden hertil er, at kvinder oftere forlader deres arbejde for at tage sig af børn, hvilket har en direkte indvirkning på såvel deres indkomst som deres pension, der har medført det fænomen, der kaldes den »dobbelte straf« [40]. Foranstaltningen tilsigter derfor at indføre begrebet »demografisk bidrag« med henblik på at anerkende den indsats kvinder yder ved at varetage børnepasning og -opdragelse på bekostning af deres erhvervsmæssige aktivitet [41]. Den spanske forfatningsdomstol anså også dette for at være den bagvedliggende målsætning for foranstaltningen: Målsætningen er at opveje ulemperne for mødre, der på trods af, at de har til hensigt at have et længere arbejdsliv, har helliget sig børnepasning, med det resultat, at de ikke har været i stand til at betale bidrag i så mange år som andre arbejdstagere [42].

37 – Ley 48/2015 de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (lov nr. 48/2015 om finansloven for 2016) (BOE nr. 260 af 10.10.2015).

38 – På trods af en vis usikkerhed i begyndelsen med hensyn til partenogenetisk aktivering af ægceller, der udløser en proces for udvikling af et menneske i en ubefrugtet menneskelig ægcelle (jf. dom af 18.10.2011, Brüstle, C-34/10, EU:C:2011:669, præmis 36, men jf. dom af 18.12.2014, International Stem Cell Corporation, C-364/13, EU:C:2014:2451, præmis 38), anses begge køn, selv i EU-retten, fortsat for at være nødvendige med henblik på undfangelse.

39 – *Boletín Oficial de las Cortes Generales* – Congreso de los Diputados (1.9.2015, Serie A, nr. 163-4, s. 2812-2814).

40 – Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017 (integrerende familiestøtteplan), godkendt af Ministerrådet den 14.5.2015 (findes på www.mscbs.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf).

41 – Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas (rapport om moderskabstillægget til bidragsbaserede pensioner) fremsendt i juni 2015 til Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (evaluerings- og opfølgningsudvalget for aftalerne under Toledopagten) af den spanske regering.

42 – Kendelse afsagt af Tribunal Constitucional (forfatningsdomstol, Spanien) den 16.10.2018, nr. 3307-2018, ES:TC:2018:114A, præmis 3, litra b).

62. INSS har desuden fremlagt statistiske oplysninger, der viser, at sociale sikringsbidrag direkte afhænger af køn og antal børn. Den kønsbestemte pensionsforskel har ifølge disse oplysninger større indvirkning på kvinder, som er mor til to eller flere børn.

63. En første foreløbig konklusion kan drages ud fra de oplysninger, jeg lige har nævnt. Det er åbenlyst, at den omhandlede foranstaltning rent faktisk *ikke* tilsigter at beskytte kvinder, der påtager sig ansvaret for børnepasning. Artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring indeholder nemlig ikke nogen betingelse, der knytter den omhandlede ydelse til faktisk børnepasning. Bestemmelsen kræver ikke dokumentation for en orlovsperiode, en afbrydelse af beskæftigelsen eller i det mindste en vis nedsættelse af arbejdstiden. Selv om dette er den erklærede målsætning, ændrer dette imidlertid ikke noget, eftersom Domstolen stedse har fundet, at fædre og mødre befinder sig i en sammenlignelig situation for så vidt angår børnepasning [43].

64. Den anden foreløbige konklusion er, at den omhandlede foranstaltnings reelle målsætning synes at være *reducering af den kønsbestemte pensionsforskel* på grundlag af generelle statistiske data, der viser, at kvinder, der er moder til mere end ét barn, er særligt ugunstigt stillet med hensyn til deres pensionsrettigheder.

65. Sidstnævnte målsætning rejser øjeblikkeligt spørgsmålet om, hvorvidt en sådan strukturelt ulige situation er tilstrækkelig til at gøre kvinder og mænd ikke-sammenlignelige i en given situation.

66. Det mener jeg ikke er tilfældet. Det er korrekt, at Domstolens praksis i visse tilfælde har taget hensyn til forskelle, der påvirker forskellige grupper af personer, med henblik på at konkludere, at de ikke er sammenlignelige [44]. Domstolen har imidlertid fastslået, at situationen for personer tilhørende forskellige aldersgrupper, som er blevet berørt af strukturelle problemer såsom arbejdsløshed, var sammenlignelig [45]. Derudover har Domstolen advaret mod at lægge generaliseringer og statistiske oplysninger til grund, netop fordi dette sandsynligvis vil føre til forskelsbehandling af kvinder og mænd i en given situation [46]. Tilstedeværelsen af omfattende statistiske oplysninger, som påviser strukturelle forskelle, der berører kvinder, udelukker nemlig ikke, at der findes situationer, hvor kvinder og mænd befinder sig i en sammenlignelig situation.

67. Jeg ser ikke nogen grund til ikke at følge den samme fremgangsmåde i den foreliggende sag. Derudover skal argumenter vedrørende de forskellige situationer, som grupper befinder sig i – forudsat, at en sådan forskel ikke er så betydelig, at grupperne bliver helt usammenlignelige – behørigt vurderes på tidspunktet for undersøgelsen af begrundelsen [47], eller, såfremt dette er relevant, inden for rammen for vurderingen af »positiv særbehandling«. »Positiv særbehandling« giver nærmere bestemt mulighed for en afvigelse fra den individuelle tilgang til ligebehandling med henblik på at tage hensyn til en gruppes ugunstige situation med henblik på at opnå materiel ligestilling [48].

68. Følgelig må jeg konkludere, at tilstedeværelsen af en generel, strukturel ulighed på området for pensioner ikke udelukker, at kvindelige og mandlige arbejdstagere, der er forældre til to eller flere børn, befinder sig i en sammenlignelig situation for så vidt angår den omhandlede ydelse – nemlig muligheden for at få (et tillæg til) en bidragsbaseret pension ved varig uarbejdsdygtighed.

43 – Jf. den ovenfor i fodnote 29 og 30 nævnte retspraksis.

44 – Dom af 1.10.2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, præmis 37-39).

45 – Jf. dom af 19.7.2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, præmis 26 og 27).

46 – Jf. i denne retning dom af 3.9.2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, præmis 38). Jf. også hvad angår argumenter, der i høj grad ligner den spanske regering og INSS' argumenter i nærværende sag, dom af 29.11.2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, præmis 56).

47 – Hvad angår den interne transitivitet mellem disse kategorier jf. mit forslag til afgørelse Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, punkt 61 og 62).

48 – Jf. i denne forbindelse generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, punkt 8). Jf. vedrørende mit forslag i denne henseende afsnit C i nærværende forslag til afgørelse.

2. Forskelsbehandling

69. På grund af den omhandlede foranstaltnings art vil analysen af, hvorvidt artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring er udtryk for forskelsbehandling, være yderst kortfattet. Bestemmelsen forbeholder udelukkende retten til tillægget for kvinder. Den udgør derfor direkte forskelsbehandling på grund af køn, som påvirker beregningen af ydelserne som omhandlet i artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7.

70. Kommissionen har med rette påpeget, at det inden for rammerne af direktiv 79/7 ikke er muligt at begrunde et sådant tilfælde af direkte forskelsbehandling [49]. En undtagelse fra forbuddet mod direkte forskelsbehandling på grund af køn er kun mulig i de tilfælde, der er udtømmende opregnet i direktivet [50]. Det er derfor nødvendigt at undersøge, hvorvidt den omhandlede foranstaltning kan være omfattet af artikel 7, stk. 1, i direktiv 79/7.

3. Artikel 7, stk. 1, i direktiv 79/7

71. På grund af den særligt følsomme karakter af social sikring og som følge af den udbredte forskellige behandling af kvinder i forhold til mænd på det tidspunkt, hvor direktiv 79/7 blev forhandlet, gav artikel 7, stk. 1, medlemsstaterne mulighed for at udelukke visse områder fra direktivets anvendelsesområde. Direktiv 79/7 tog nemlig »kun« sigte på »gradvis« gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder [51]. Undtagelserne i artikel 7, stk. 1, kan således ikke logisk knyttes til et systematisk forsøg på beskyttelse af kvinder eller positiv særbehandling. De har snarere til formål at bevare bestemte elementer af de sociale sikringsordninger, der fandtes på tidspunktet for vedtagelsen af direktivet [52].

72. I forhold til de områder, som medlemsstaterne bl.a. kan udelukke fra anvendelsesområdet for direktiv 79/7, henviser artikel 7, stk. 1, litra b), til »fordele med hensyn til aldersforsikring til personer, som har opdraget børn«, og »erhvervelse af ret til ydelser efter perioder, hvor beskæftigelsen har været afbrudt som følge af børneopdragelse«.

73. INSS og den spanske regering har i det væsentlige gjort gældende, at den i nærværende sag omhandlede foranstaltning er omfattet af denne undtagelse.

74. Sagsøgeren har derimod gjort gældende, at undtagelsen i artikel 7, stk. 1, litra b), ikke finder anvendelse. Sagsøgeren er af den opfattelse, at undtagelsen alene finder anvendelse på alderspensioner og ikke pensioner ved varig uarbejdsdygtighed som den i sagen omhandlede.

75. Jeg har ingen indvendinger imod at anvende artikel 7, stk. 1, litra b), på en pension ved varig uarbejdsdygtighed. Selv om bestemmelsens første del henviser til en »alders«-forsikring, er dette nemlig ikke tilfældet i anden del, som i generelle vendinger henviser til erhvervelse af retten til ydelser efter perioder, hvor beskæftigelsen har været afbrudt som følge af børneopdragelse. Domstolen har faktisk allerede haft anledning til at anvende den i artikel 7, stk. 1, litra b), indeholdte undtagelse i forbindelse med de spanske pensioner ved varig uarbejdsdygtighed [53].

49 – Jf. analogt dom af 18.11.2010, Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703, præmis 41), og af 12.9.2013, Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, præmis 50).

50 – Jf. i denne retning dom af 26.6.2018, MB (Kønsskifte og alderspension) (C-451/16, EU:C:2018:492, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

51 – Jf. dom af 11.7.1991, Johnson (C-31/90, EU:C:1991:311, præmis 25), og af 16.7.2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, præmis 60).

52 – Som understreget i retspraksis, selv om disse mål ikke er anført i betragtningerne til direktiv 79/7, »kan det af karakteren af de i dette direktivs artikel 7, stk. 1, fastsatte undtagelser udledes, at fællesskabslovgiver havde til hensigt at tillade medlemsstaterne midlertidigt at opretholde de fordele, der var tildelt kvinder med hensyn til arbejdsophør, for gradvist at sætte dem i stand til at indrette deres pensionsordninger i den henseende, uden at bringe ordningernes komplekse økonomiske ligevægt i fare, et forhold, man ikke kunne undgå at tage hensyn til«. Jf. f.eks. Dom af 30.4.1998, De Vriendt m.fl. (C-377/96, C-384/96, EU:C:1998:183, præmis 26), og af 27.4.2006, Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, præmis 35).

53 – Dom af 16.7.2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, præmis 60 og 63).

76. Imidlertid finder artikel 7, stk. 1, litra b), ikke anvendelse i nærværende sag af en anden grund. Som sagsøgeren med rette har påpeget, er artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring *ikke forbundet med nogen reel afbrydelse af beskæftigelsen* som følge af børneopdragelse. Moderskabstillægget tildeles, uanset om der foreligger en afbrydelse af beskæftigelsen – det være sig i form af barselsorlov eller forældreorlov eller i en hvilken som helst anden form [54].

77. Jeg vil for klarhedens skyld tilføje, at selv hvis en foranstaltning som den i nærværende sag omhandlede rent faktisk var forbundet med en afbrydelse af beskæftigelsen som følge af børneopdragelse, ville dette efter min opfattelse betyde, at den kunne subsumeres under den i artikel 7, stk. 1, litra b), fastsatte undtagelse.

78. Som Kommissionen og sagsøgeren med rette har gjort gældende, blev de i artikel 7, stk. 1, i direktiv 79/7 indeholdte undtagelser udformet med henblik på en *gradvis eliminering* af forskelsbehandling [55] og skal fortolkes strengt [56]. Selv om direktivets artikel 7, stk. 2, og artikel 8, stk. 2, henviser til medlemsstaternes mulighed for at »opretholde« gældende bestemmelser, har Domstolen ikke fortolket artikel 7, stk. 1, som en streng standstill-klausul. I retspraksis er det blevet accepteret, at artikel 7, stk. 1, i direktiv 79/7 kan finde anvendelse på den efterfølgende vedtagelse af foranstaltninger, der ikke kan adskilles fra allerede eksisterende foranstaltninger, som er omfattet af undtagelsen, såvel som ændringer af sådanne foranstaltninger [57].

79. Den i nærværende sag omhandlede bestemmelse kan imidlertid ikke på noget rimeligt grundlag anses for at være forbundet med en *gradvis ændring* hen imod den fulde anvendelse af princippet om ligestilling mellem kvinder og mænd på området for social sikring. Den omhandlede nationale foranstaltning blev vedtaget i 2015, hvilket er flere årtier efter, at direktiv 79/7 trådte i kraft. Foranstaltningen blev nyligt indsat i en national retlig sammenhæng, hvor der ikke fandtes nogen lignende bestemmelse, som den kunne knyttes til. Det er således ikke muligt at anse foranstaltningen for at være nødvendig for eller uløseligt forbundet med nogen allerede eksisterende ordning, der gør brug af den i artikel 7, stk. 1, litra b), indeholdte undtagelse. Den er derudover uden forbindelse til den overordnede målsætning i artikel 7, stk. 1, om at bevare den økonomiske ligevægt i den sociale sikringsordning.

80. Jeg må følgelig konkludere, at den i nærværende sag omhandlede foranstaltning ikke kan anses for at være omfattet af undtagelsen i artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 79/7.

C. Artikel 157, stk. 4, TEUF

81. På trods af, at jeg har konkluderet, at direktiv 79/7 er til hinder for artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring, skal det analyseres, hvorvidt den omhandlede foranstaltning ikke desto mindre er lovlig i henhold til artikel 157, stk. 4, TEUF – en bestemmelse, som blev drøftet indgående af de interesserede parter, der har afgivet indlæg i denne sag.

82. Det hedder i artikel 157, stk. 4, i TEUF, at »[f]or at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis på arbejdsmarkedet er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underrepræsenterede køn at udøve en

54 – Jf. punkt 63 ovenfor.

55 – Jf. f.eks. dom af 7.7.1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, EU:C:1992:297, præmis 14).

56 – Jf. f.eks. for så vidt angår forordningens artikel 7, stk. 1, litra a), dom af 21.7.2005, Vergani (C-207/04, EU:C:2005:495, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

57 – Jf. dom af 7.7.1994, Bramhill (C-420/92, EU:C:1994:280), og af 23.5.2000, Hepple m.fl. (C-196/98, EU:C:2000:278, præmis 23), samt generaladvokat Saggios forslag til afgørelse Hepple m.fl. (C-196/98, EU:C:1999:495, punkt 21-24) og generaladvokat Mischos forslag til afgørelse Taylor (C-382/98, EU:C:1999:452, punkt 66-69).

erhvervsaktivitet eller at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere«. Denne bestemmelse gør det således muligt at anse EU-retsakter, der ikke er omfattet af de specifikke undtagelser eller fravigelser, der er fastlagt i den afledte ret på området for ligestilling mellem kønnene, for »retfærdiggjorte« eller for trods alt forenelige med EU-retten [58].

83. Imidlertid er anvendelsesområdet for artikel 157, stk. 4, TEUF fortsat uklart. For det første er det fortsat uafklaret, om artikel 157, stk. 4, TEUF er begrænset til området for »lige løn« eller har et bredere anvendelsesområde (1). For det andet: Hvilken slags foranstaltninger kan anses for at være omfattet af denne bestemmelse, navnlig med hensyn til foranstaltninger beregnet til at »opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere« (2)? Efter at have analyseret disse to centrale spørgsmål generelt og foreslået, at visse omhyggeligt udformede nationale foranstaltninger på området for sociale sikringsordninger kan være omfattet af artikel 157, stk. 4, TEUF, må jeg dog stadig konkludere, at den i nærværende sag omhandlede foranstaltning ikke hører til disse, idet foranstaltningen ikke opfylder de grundlæggende krav om proportionalitet.

1. Anvendelsesområdet for artikel 157, stk. 4, TEUF og »lige løn«

84. Den omhandlede ydelse er ikke omfattet af begrebet »løn« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 157, stk. 2, TEUF [59]. Ville artikel 157, stk. 4, TEUF derfor kunne retfærdiggøre en national foranstaltning, der ikke henhører under anvendelsesområdet for artikel 157, stk. 2, TEUF?

85. Da Kommissionen i retsmødet blev spurgt om denne problemstilling, anførte den – under hensyntagen til, at begrebet »erhvervsmæssige karriere« i artikel 157, stk. 4, TEUF er meget bredt – at anvendelsesområdet for denne bestemmelse ikke er begrænset til begrebet »lige løn«. Bestemmelsen kan således også finde anvendelse på området for social sikring.

86. Jeg er enig med Kommissionen i, at der ikke er nogen grund til at begrænse anvendelsesområdet for artikel 157, stk. 4, TEUF til kun at omfatte området for »lige løn«.

87. Ganske vist er det rigtigt, at den bestemmelse, der gør det muligt for medlemsstaterne at vedtage foranstaltninger til positiv særbehandling, er placeret i artikel 157 TEUF, der historisk set var forbundet med »lige løn«. Imidlertid er der en række elementer, der understøtter det synspunkt, at bestemmelsens stk. 4 rækker ud over det specifikke område for »lige løn«.

88. For det første er ordlyden af artikel 157, stk. 4, TEUF tydeligvis ret bredt formuleret. Bestemmelsen fastsætter en undtagelse fra »princippet om ligebehandling« af kvinder og mænd – ikke en undtagelse fra »lige løn« – uden at fastlægge nogen udtrykkelige begrænsninger med hensyn til de områder, den skal gælde for [60]. De foranstaltninger, som denne bestemmelse giver mulighed for, beskrives i tilsvarende generelle vendinger som »foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underrepræsenterede køn at udøve en erhvervsaktivitet« eller at »forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere«. Målsætningerne for artikel 157, stk. 4, TEUF er ligeledes fastlagt under henvisning til det meget vide mål at »sikre fuld ligestilling […] i praksis på arbejdsmarkedet«.

58 – Jf. f.eks. om at artikel 157, stk. 4, TEUF kan finde anvendelse i situationer, hvor en national foranstaltning er erklæret uforenelig med de specifikke bestemmelser i den afledte EU-ret, der giver mulighed for positiv særbehandling, dom af 28.3.2000, Badeck m.fl. (C-158/97, EU:C:2000:163, præmis 14), af 6.7.2000, Abrahamsson og Anderson (C-407/98, EU:C:2000:367, præmis 40, 54 og 55), og af 30.9.2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, præmis 29 og 30).

59 – Jf. punkt 27-31 ovenfor i nærværende forslag til afgørelse.

60 – Jf. C. Tobler, »Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam«, *European Journal of Law Reform*, bind 1, nr. 1, Kluwer Law International, 2000, s. 135-151, på s. 142.

89. For det andet og ud fra et systemisk synspunkt ophæves enhver potentiel overordnet begrænsning i artikel 157 til det specifikke område for »lige løn« allerede af artikel 157, stk. 3, TEUF, som udgør et bredt retsgrundlag, der rækker langt ud over princippet om lige løn og omfatter vedtagelsen af »foranstaltninger, der skal sikre anvendelsen af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv« [61].

90. For det tredje er det korrekt, at Domstolen tidligere anlagde en »snæver« fortolkning af den undtagelse om positiv særbehandling, der er nedfældet i artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207, idet den fastslog, at denne bestemmelse udgjorde en undtagelse til princippet om ligebehandling [62]. Dette standpunkt er ikke desto mindre gradvist opgivet [63]. Standpunktet forekommer ikke i retspraksis vedrørende den bredere og mere overordnede undtagelse om positiv særbehandling, der er indeholdt i artikel 157, stk. 4, TEUF. Dette er efter min opfattelse ikke tilfældigt. Artikel 157, stk. 4, TEUF indebærer en konsolidering i den primære ret af en vision om materiel lighed på området for ligestilling mellem kønnene og ikke blot en undtagelse, der skal fortolkes indskrænkende.

91. Jeg mener derfor, at artikel 157, stk. 4, TEUF bør fortolkes således, at den inden for rammerne af overbegrebet »positiv særbehandling« tillader foranstaltninger, som ellers ville blive forhindret af princippet om ligebehandling som fastlagt i direktiv 79/7, så længe disse foranstaltninger rent faktisk har til formål at sikre »fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis på arbejdsmarkedet« og indføre »specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underrepræsenterede køn at udøve en erhvervsaktivitet« eller »forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere.«

92. Der er imidlertid et andet spørgsmål, der må besvares først: Finder artikel 157, stk. 4, TEUF anvendelse på området for social sikring? Området er nemlig fortsat underlagt en særlig ordning – noget afsondret fra alle andre instrumenter på området for ligestilling mellem kønnene med hensyn til arbejdsvilkår og løn – og reguleret af det eneste overlevende af de »gamle« direktiver, der blev vedtaget på grundlag af artikel 235 EØF (nu artikel 352 TEUF) [64].

93. Ikke desto mindre må det ud fra en bredere synsvinkel understreges, at en udelukkelse af det område, der reguleres af direktiv 79/7, fra artikel 157, stk. 4, TEUF's anvendelsesområde, ville have den noget paradoksale følge, at området for social sikring ville blive isoleret, og at det ville udelukkes fra muligheden for at opnå materiel ligestilling i praksis. Dette skyldes, at de bestemmelser i direktiv 79/7, der giver mulighed for undtagelser – artikel 4, stk. 2 og artikel 7 – ikke er velegnede som instrumenter med henblik på positiv særbehandling. Grunden hertil er primært den snævre fortolkning, som de begge skal undergives, men også – og mere specifikt – på grund af deres forskellige struktur og formål.

94. Derudover er direktiv 79/7 som allerede anført »den sidste mohikaner« af ligestillingslovgivningen fra 1970'erne og 1980'erne, der stadig gælder. Skønheden, klarheden og enkeltheden i direktivets affattelse, der til sammenligning med nutidig lovkoncipering kun kan give anledning til beundring, bør ikke aflede opmærksomheden fra den kendsgerning, at den samfundsmæssige virkelighed, man stod over for og imødegik i 1978, nødvendigvis må være forskellig fra virkeligheden omkring 40 år senere.

61 – C. Langenfeld, »AEUV Art. 157 Gleiches Entgelt für Männer und Frauen« i E. Grabitz, M. Hilf, og M. Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, München, 2019, Werkstand: 66. Rn. 84. Jf. også S. Krebber, »Art 157 AEUV« i C. Callies, og M. Ruffert, *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, C.H. Beck, München, 2016, Rn. 73.

62 – Jf. dom af 17.10.1995, Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:322, præmis 21).

63 – Jf. i denne retning dom af 11.11.1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, præmis 32), som ikke længere henviser til forpligtelsen til at foretage en »streng fortolkning«, eller dom af 19.3.2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, præmis 39), og af 30.9.2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, præmis 24). Jf. også analogt dom af 22.1.2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, præmis 65).

64 – Andre »gamle« direktiver på dette område er enten blevet omarbejdet ved direktiv 2006/54 – som er vedtaget på grundlag af artikel 157, stk. 3, TEUF – eller ændret ved retsakter med den samme retsgrundlag (dette er tilfældet med hensyn til Rådets direktiv 76/207/EØF af 10.2.1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder, EFT 1975, L 45, s. 19, Rådets direktiv 86/378/EØF af 24.7.1986 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår, EFT 1986, L 225, s. 40, og Rådets direktiv 86/613/EØF af 11.12.1986 om anvendelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i selvstændige erhverv, herunder i landbrugserhverv, samt om beskyttelse af kvinder i selvstændige erhverv i forbindelse med graviditet og barsel, EFT 1986, L 359, s. 56).

95. Trods alle disse forbehold mener jeg dog stadig, at en accept af artikel 157, stk. 4, TEUF som begrundelse for nøje skræddersyede foranstaltninger på området for social sikring, som henhører under direktiv 79/7, men som tydeligvis er i strid med dettes bestemmelser, under visse omstændigheder ud fra en systematisk og logisk betragtning er at foretrække frem for det alternativ, som INSS og den spanske regering har plæderet for, nemlig en fortolkning og reel ændring af begreberne i direktiv 79/7 i lyset af artikel 157, stk. 4, TEUF og en eller anden vision om (materiel) ligestilling [65].

96. Som allerede angivet ovenfor er det i artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7 lagt til grund, at mænd og kvinder ikke er sammenlignelige i den specifikke situation omkring moderskab, men bestemmelsen giver i sig selv ikke mulighed for »positiv særbehandling« [66]. Det er sandt, at det begrebsmæssige grundlag for positiv særbehandling har visse elementer til fælles med den logik, der ligger til grund for konklusionen om, at der ikke er tale om sammenlignelighed med hensyn til moderskab, netop på grund af den specifikke ugunstige situation, som en af de identificerede grupper befinder sig i, og målsætningen om at opnå materiel ligestilling [67]. I det mindste på området for forskelsbehandling på grund af køn fastholdes disse to begrebsmæssige kategorier – moderskab som et af de aspekter, der udelukker sammenlignelighed, og muligheden for at indføre positiv særbehandling med henblik på at afhjælpe og opveje de ulemper, som kvinder udsættes for – imidlertid som særskilte kategorier i lovgivningen og retspraksis [68].

97. Dette er ikke blot en tilfældighed. Den logik, der ligger til grund for disse to undtagelser, er nemlig forskellig: En undtagelse vedrørende foranstaltninger til beskyttelse af kvinder i forbindelse med moderskab, såsom artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7, er baseret på ikke-sammenlignelighed med hensyn til en meget specifik biologisk virkelighed, der aldrig vil ændre sig. Den tilsigter ikke at afhjælpe eller opveje en allerede eksisterende ubalance eller strukturelt ugunstig situation, der eventuelt kan forsvinde med sociale fremskridt. Artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7 virker således uafhængigt af allerede eksisterende ugunstige situationer eller situationer med underrepræsentation.

98. Derudover er sondringen – i betragtning af funktionerne med og målsætningen bag undtagelsen om moderskab og positiv særbehandling – af væsentlig betydning. Mange af de ulemper, kvinder udsættes for, stammer fra den samfundsmæssigt konstruerede rolle, de tildeles, og en bred fortolkning af undtagelsen om »moderskab« til at omfatte »det at være moder« vil sandsynligvis opretholde og yderligere fasttømre disse roller og således stride imod selve formålet med positiv særbehandling.

99. Hvad angår artikel 7 i direktiv 79/7 udgør dens begrænsede anvendelsesområde, der er forbundet med direktivets gradvise karakter, et vigtigt argument imod at anse denne bestemmelse for at være en hensigtsmæssig mulighed for positiv særbehandling på området for social sikring. Som allerede anført er denne bestemmelses formål desuden ikke i så høj grad knyttet til ideen om materiel ligestilling, men snarere til logikken om at opretholde allerede eksisterende forskelle til »fordel« for kvinder, samtidig med, at den økonomiske balance i sociale sikringsordninger bibeholdes [69].

65 – Jf. punkt 50 ovenfor.

66 – Jf. punkt 41 og 50 i dette forslag til afgørelse.

67 – Jf. f.eks. dom af 18.3.2004, Merino Gómez (C-342/01, EU:C:2004:160, præmis 37), hvor artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 knyttes til målet om at »opnå en reel og ikke en formel ligestilling«. Jf. også dom af 30.4.1998, Thibault (C-136/95, EU:C:1998:178, præmis 26).

68 – Dette bekræftes af, at foranstaltninger til beskyttelse af kvinder i forbindelse med moderskab og positiv særbehandling har forskelligt retsgrundlag, således som Kommissionen anførte i retsmødet. Undtagelsen om »moderskab« er fastlagt i artikel 28, stk. 1, i direktiv 2006/54, hvorimod den generelle bestemmelse vedrørende positiv særbehandling er indeholdt i direktivets artikel 3. Dette var også tilfældet i direktiv 76/207, hvor to forskellige bestemmelser også var viet til disse forskellige kategorier (artikel 2, stk. 3 og 4 – efter ændring artikel 2, stk. 7 og 8). Forskellige bestemmelser er også møntet på undtagelsen om »moderskab« og »positiv særbehandling« (artikel 4, stk. 2, og artikel 6) i Rådets direktiv 2004/113/EF af 13.12.2004 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser (EUT 2004, L 373, s. 37). Jf. dog generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, punkt 17), der synes at fremstille artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 som en »positiv foranstaltning«.

69 – Jf. fodnote 52 ovenfor og den deri nævnte retspraksis.

100. Sammenfattende ville en udelukkelse af social sikring fra anvendelsesområdet for artikel 157, stk. 4, TEUF, betyde, at direktiv 79/7 ville være det eneste specifikke afledte retsinstrument på området for socialpolitik, der gennemfører EU-princippet om ligestilling mellem kvinder og mænd, som er udelukket fra den materielle tilgang til ligestilling, der blev indvarslet ved artikel 157, stk. 4, TEUF som den generelle bestemmelse om »positiv særbehandling« på grund af køn.

101. Jeg mener, at denne konsekvens er svær at acceptere. Således bør artikel 157, stk. 4, i TEUF også kunne anvendes med henblik på at retfærdiggøre en national foranstaltning, der ellers ville være udtryk for forskelsbehandling, inden for den specifikke retlige ramme, der er fastlagt af den gældende afledte EU-ret, herunder direktiv 79/7, i det omfang en sådan foranstaltning opfylder betingelserne i denne traktatbestemmelse, nemlig at disse foranstaltninger har til formål at sikre »fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis på arbejdsmarkedet« og indfører »specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underrepræsenterede køn at udøve en erhvervsaktivitet«, eller at »forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere.«

2. Opvejning af ulemperne i den erhvervsmæssige karriere

102. Kommissionen har, på trods af at den har accepteret, at artikel 157, stk. 4, TEUF potentielt kan finde anvendelse på området for social sikring, gjort gældende, at den i nærværende sag omhandlede foranstaltning ikke kan være omfattet af undtagelsen om »positiv særbehandling« som fastsat i denne artikel på grund af den fortolkning, som Domstolen anlagde af bestemmelsens forgængere i Griesmar-dommen og Leone-dommen.

103. I Griesmar-dommen havde Domstolen anledning til at fortolke artikel 6, stk. 3, i aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken [70] i en sag, der vedrørte et tillæg for børn, der tildeltes kvindelige tjenestemænd inden for en erhvervstilknyttet pensionsordning. Domstolen fastslog, at denne foranstaltning ikke henhørte under den positive særbehandling, der er fastsat i artikel 6, stk. 3, i aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken. Foranstaltningen sås ikke »efter sin art at kunne kompensere for de ulemper, som kvindelige tjenestemænd er udsat for i deres karriere, ved at støtte kvinderne på arbejdsmarkedet«. Domstolen bemærkede, at »[d]enne foranstaltning [tværtimod] indskrænker sig […] til at tildele kvindelige tjenestemænd, der er mødre, et anciennitetstillæg på det tidspunkt, de går på pension, *uden at den afhjælper de problemer, de kan møde i løbet af deres karriere*« [71]. Dette blev bekræftet i Leone-dommen [72] samt i flere domme afsagt inden for rammerne af traktatbrudssøgsmål vedrørende visse fordele, der blev givet til kvindelige tjenestemænd med hensyn til pensionsalder og det antal tjenesteår, der kræves for at kunne gå på pension [73].

104. Ved første øjekast er betragtningerne i disse domme fuldt ud relevante for diskussionen om artikel 157, stk. 4, TEUF i den foreliggende sag. Moderskabstillægget påvirker nemlig pensionsrettigheder efter pensioneringen og ikke rettigheder i løbet af den erhvervsmæssige karriere.

105. Ser man dog nærmere efter, er der imidlertid to problemer med en sådan analogi: et teknisk problem og et principielt problem.

70 – Tilblivelseshistorien bag artikel 157, stk. 4, TEUF er artikel 6, stk. 3, i aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken indgået mellem Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater med undtagelse af Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland (EFT 1992, C 191, s. 91) og inkorporeret i fællesskabsretten ved protokol nr. 14 om socialpolitikken, der er bilag til Maastrichttraktaten.

71 – Dom af 29.11.2001 (C-366/99, EU:C:2001:648, præmis 65). Min fremhævelse.

72 – Dom af 17.7.2014 (C-173/13, EU:C:2014:2090, præmis 100-103).

73 – Dom af 13.11.2008, Kommissionen mod Italien (C-46/07, ikke trykt i Sml., EU:C:2008:618, præmis 57), og af 26.3.2009, Kommissionen mod Grækenland (C-559/07, ikke trykt i Sml., EU:C:2009:198, præmis 66-68).

106. Først det mere *tekniske* argument: Retspraksis i henhold til Griesmar-dommen og Leone-dommen skal ikke nødvendigvis læses således, at den fuldstændig udelukker muligheden for at gøre brug af artikel 157, stk. 4, TEUF i enhver situation, som er forbundet med et behov for at opveje tidligere ulemper. Bemærkningerne i disse domme skal ses på baggrund af omstændighederne i de specifikke sager, der lå til grund for dommene. Hvor den *eneste foranstaltning*, der findes for at løse et strukturelt problem, såsom kønsbestemte forskelle, imidlertid består i en kompensation efter pensioneringen, er det netop begrundet at hævde, at de nationale bestemmelser ikke afhjælper de problemer, som kvinder møder i løbet af deres erhvervsmæssige karriere. Under sådanne omstændigheder kunne kompensation alene efter pensioneringen sågar bidrage til at opretholde en traditionel kønsrollefordeling mellem mænd og kvinder ved at tildele mænd en sekundær rolle i forhold til kvinder for så vidt angår forældreskabet[74], og hvor kvinder reelt kun modtager en »belønning« i slutningen af deres karriere.

107. Situationen er efter min opfattelse noget anderledes, hvor en national foranstaltning som den i nærværende sag omhandlede udgør en del af en *bredere ordning* i national lovgivning, der omfatter forskellige foranstaltninger, der tilsigter rent faktisk at afhjælpe de problemer, kvinder møder i løbet af deres erhvervsmæssige karriere. I et sådant tilfælde kan det, såfremt der foreligger en overordnet lovgivningsmæssig sammenhæng, der tilsigter at opveje de ulemper, som kvinder udsættes for, ved at understøtte dem *i løbet af deres arbejdsliv*, ikke udelukkes, at en foranstaltning, hvis virkning er at *udligne tidligere ulemper*, i princippet med rette kunne iværksættes i henhold til artikel 157, stk. 4, TEUF. En sådan foranstaltning ville nemlig være et *supplement* til det primære system af udligningsforanstaltninger, der har virkning i løbet af arbejdslivet. Den ville være af afhjælpende og midlertidig karakter med henblik på – af hensyn til retfærdigheden mellem generationerne – at imødegå den situation, som de, der ikke kunne nyde godt af den sociale sikringsordnings fremskridt hen imod ligestilling, befinder sig i.

108. Såfremt en sådan hensigtsmæssig og endog materielt ligestillingsorienteret fortolkning af anvendelsesområdet for artikel 157, stk. 4, TEUF ikke anerkendtes, ville det efter min opfattelse være på tide at genoverveje Domstolens principielle tilgang.

109. For det første er der ordlyden af artikel 157, stk. 4, TEUF. Den henviser tydeligt til målsætningen om at sikre ligestilling i praksis ved ikke alene at omfatte foranstaltninger, der tager sigte på at gøre det lettere at udøve en erhvervsaktivitet og forebygge ulemper[75], men også at *opveje* disse ulemper. Denne bestemmelse træder efter min opfattelse i stedet for det muligvis ikke helt hensigtsmæssige fokus på sondring mellem lighed med hensyn til muligheder og lighed med hensyn til resultater, der har domineret meget af den tidligere retspraksis, hvor forskellige bestemmelser er blevet fortolket[76].

110. For det andet skal fortolkningen af anvendelsesområdet for artikel 157, stk. 4, TEUF logisk set tilpasses det berørte område. Såfremt det accepteres, at artikel 157, stk. 4, TEUF finder anvendelse på det område, der er omfattet af direktiv 79/7, må kompensation for ulemper i den erhvervsmæssige karriere nødvendigvis omfatte de nutidige følger af tidligere ulemper. Jeg kan ikke se, hvorfor det skulle forholde sig anderledes på området for social sikring, hvor de ulemper, der rammer pensioner, for det meste vil kunne mærkes, når den pågældende forlader arbejdsmarkedet og går på pension. Det er svært at se, hvordan problemet i forhold til den *på nuværende tidspunkt eksisterende* kønsbestemte pensionsforskel på nogen måde kunne imødegås ved at gøre det lettere for kvinder at få adgang til

74 – Jf. i denne retning dom af 19.3.2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, præmis 41), og af 30.9.2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, præmis 36).

75 – Det skal bemærkes, at chartrets artikel 23 ligeledes synes at omfatte ikke alene den side af ligningen, der vedrører »adgang«, men rækker ud over det: »Princippet om ligestilling er ikke til hinder for opretholdelse eller vedtagelse af foranstaltninger, der giver det underrepræsenterede køn specifikke fordele.«

76 – Jf. navnlig vedrørende udelukkelsen af tilgange til »positiv særbehandling«, der kan omfatte en »resultatorienteret« tilgang, der tilsigter at kompensere for fortiden, generaladvokat Tesauros forslag til afgørelse Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, punkt 9). Jf. også med hensyn til denne diskussion generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse Briheche (C-319/03, EU:C:2004:398, punkt 48-50).

arbejdsmarkedet eller i kraft af foranstaltninger, der vedtages, imens de stadig er aktive på arbejdsmarkedet (disse foranstaltninger *i fremtiden* vil afværge en *mulig* kønsbestemt pensionsforskel), samtidig med, at foranstaltninger, der vil finde anvendelse, når de går på pension (hvor det reelle og mere presserende problem foreligger), kategorisk udelukkes.

111. For det tredje ville en sådan tilgang til artikel 157, stk. 4, TEUF føre til et for snævert og ekskluderende resultat, idet den ville medføre, at de ulemper, som kvinder har været udsat for i hele deres arbejdsliv, forlænges ind i deres pensionsalder [77]. Det praktiske resultat ville være moralsk tvivlsomt: Eftersom *fuld ligestilling i praksis* alene gælder for ligestilling i henseende til muligheder *i løbet af deres arbejdsliv*, kan intet efter deres tilbagetrækning fra arbejdsmarkedet nogensinde sikre en opvejning, selv hvis ulempen klart udspringer af forskelsbehandling, som de har oplevet i deres arbejdsliv, og logisk set vil vise sig senere, fordi den er knyttet til pensionen. I et sådant scenarium ville ligestilling i henseende til lige muligheder alene være et nyttigt begreb, hvis det omfatter en lige mulighed for at ændre fortiden.

112. Jeg vil derfor foreslå, at artikel 157, stk. 4, TEUF ikke alene kan tjene til at retfærdiggøre en national foranstaltning, der ellers ville indebære forskelsbehandling inden for den specifikke retlige ramme, der er fastlagt af den gældende afledte EU-ret, herunder direktiv 79/7, men at bestemmelsen ligeledes kan gøres gældende for så vidt angår foranstaltninger, der tilsigter at opveje de ulemper, som opleves i løbet af en erhvervsmæssig karriere, der – selv om de stammer fra en ulighed i løbet af arbejdslivet – alene viser sig senere i forbindelse med pensionering.

113. EU-retten underkaster imidlertid konsekvent positiv særbehandling proportionalitetstesten, som kræver, at undtagelser ikke må gå videre, end det er rimeligt og nødvendigt for at nå det pågældende mål. Ligebehandlingsprincippet skal i videst muligt omfang søges tilgodeset samtidig med de krav, som er forbundet med det tilsigtede mål [78].

114. Jeg vil nu behandle disse krav i sammenhæng med denne sag.

3. Den foreliggende sag

115. INSS og den spanske regering har fastholdt det omhandlede tillægs supplerende og korrigerende karakter. Ifølge disse interesserede parter indgår »moderskabstillægget« i den mere omfattende lovgivningsramme, der har til formål et opveje de virkninger for pensionen, som de ulemper kvinder oplever i løbet af deres arbejdsliv. Flere foranstaltninger er blevet beskrevet, herunder foranstaltninger, der kompenserer for bidrag i forbindelse med fødsel, barselsorlov og forældreorlov, såvel som foranstaltninger på beskæftigelsesområdet såsom sikring af længere fædreorlov. Disse foranstaltninger gælder imidlertid ikke med tilbagevirkende kraft og kan derfor ikke opveje den situation, som ældre generationer, der ikke kunne nyde godt af dem, befinder sig i. Med henblik på disse foranstaltninger har den spanske regering desuden gjort gældende, at behovet for at beholde »moderskabstillægget« i fremtiden regelmæssigt vil blive taget op til fornyet overvejelse.

116. Alle disse elementer vil den nationale domstol skulle tage i betragtning med henblik på at vurdere, hvorvidt den omhandlede foranstaltning rent faktisk er af supplerende og kompenserende karakter inden for rammerne af et mere omfattende system, der tilsigter at opveje de ulemper, som kvinder har været udsat for i løbet er deres erhvervsmæssige karriere.

77 – I enighed med dette punkt generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse Amédée (C-572/10, EU:C:2011:846, punkt 58 og 59) og Leone (C-173/13, EU:C:2014:117, punkt 57).

78 – Jf. vedrørende artikel 2, stk. 4, i direktiv 76/207 dom af 19.3.2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, præmis 39), og af 30.9.2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, præmis 24). Jf. generelt mit forslag til afgørelse Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, punkt 111).

117. Selv om det teoretisk set er muligt at anvende artikel 157, stk. 4, TEUF på den foreliggende sag, må jeg imidlertid ikke desto mindre konkludere, at den omhandlede foranstaltning i sin nuværende udformning ud fra de oplysninger, som er blevet fremlagt for Domstolen, under alle omstændigheder ikke ville bestå den proportionalitetstest, som denne bestemmelse kræver. Jeg må nødvendigvis være enig med Kommissionen på dette punkt: Den omhandlede foranstaltning er ikke i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

118. Hvad for det første angår spørgsmålet om, hvorvidt den omhandlede foranstaltning er rimelig, skal det påpeges, at den ikke gælder for ikke-bidragspligtige pensioner, der formodentlig er mere påvirket af de kønsbestemte forskelle, idet det må huskes, at kvinder fra ældre generationer med større sandsynlighed ikke engang opnår det nødvendige antal år for at have ret til en bidragsbaseret pension.

119. For det andet finder foranstaltningen, således som Kommissionen har anført, alene anvendelse på pensioner, der begyndte at blive udbetalt i 2016, hvorfor den udelukker kvinder fra de generationer, der med størst sandsynlighed er berørt af de kønsbestemte forskelle. Efter min opfattelse skaber denne omstændighed en så kraftig uoverensstemmelse mellem foranstaltningens (officielt anførte) formål og de midler, der er valgt til at gennemføre den, at den gøres uegnet til at opnå sit erklærede formål [79].

120. For det tredje opfylder den omhandlede foranstaltning ikke kravet om nødvendighed. Artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring støtter sig på det eksklusive og automatiske kriterium om køn. Den finder kun anvendelse på kvinder og giver ikke mulighed for nogen form for hensyntagen til mænds situation i sammenlignelige situationer. Der er ingen mulighed for at anvende den samme foranstaltning på mænd, som er blevet berørt af afbrydelser af deres erhvervsmæssige karriere eller lavere bidrag i forbindelse med, at de har taget sig af deres børn [80].

121. Jeg vil anføre en afsluttende bemærkning: Der stilles hverken spørgsmålstegn ved legitimiteten af eller målsætningen for den nationale foranstaltning eller de statistiske oplysninger, som de nationale myndigheder har fremlagt, der påviser tilstedeværelsen af kønsbestemte forskelle *som følge af* strukturelle problemer. Derudover vil nationale regler på området for social sikring, der tilsigter at kompensere for kønsbestemte forskelle, efter min opfattelse kunne vedtages i henhold til artikel 157, stk. 4, TEUF. Artikel 60, stk. 1, i lov om social sikring i sin nuværende form opfylder imidlertid hverken kravet om rimelighed eller nødvendighed i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, som skal overholdes for at gøre en sådan foranstaltning tilladt i henhold til artikel 157, stk. 4, TEUF.

122. Disse overvejelser fører mig frem til den konklusion, at den i nærværende sag omhandlede foranstaltning ikke er tilladt i henhold til artikel 157, stk. 4, TEUF og derfor er uforenelig med EU-retten.

79 – Det kan faktisk med rimelighed antages, at en sådan socialpolitisk foranstaltning, samtidig med, at den ikke opvejer fortiden, snarere ville have den virkning at cementere og fasttømre netop den traditionelle rollefordeling, hvis effekt den erklærer at ville opveje i fremtiden.

80 – Jf. i denne retning dom af 29.11.2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, præmis 57). Angående rollen for »beskyttelsesklausuler«, der giver mulighed for positiv særbehandling af mænd under specifikke omstændigheder, jf. dom af 11.11.1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, præmis 33), af 28.3.2000, Badeck m.fl. (C-158/97, EU:C:2000:163, præmis 36), og af 19.3.2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, præmis 45).

V. Forslag til afgørelse

123. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer det af Juzgado de lo Social No 3 Gerona (arbejdsret nr. 3, Gerona, Spanien) forelagte spørgsmål således:

»Artikel 4, stk. 1, i Rådets direktiv 79/7/EØF om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en national bestemmelse som den i nærværende sag omhandlede, der på den ene side giver kvinder – som er moder til to eller flere børn, og som får ret til en bidragsbaseret pension ved varig uarbejdsdygtighed efter bestemmelsens ikrafttræden – en ret til et pensionstillæg, men som på den anden side ikke indeholder nogen mulighed for under nogen som helst omstændigheder at indrømme denne ret til mænd.«