FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN

fremsat den 15. juli 1993 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. I denne sag har den engelske Court of Appeal anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikel 119. De forelagte spørgsmål er blevet stillet under en sag mellem Birds Eye Walls Limited (herefter benævnt »Birds«), appellanten i hovedsagen, og Friedel M. Roberts, indstævnte i hovedsagen.

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

2. Friedel Roberts er født den 13. juni 1930 og blev den 16. februar 1970 ansat hos Birds, et datterselskab i Unilever-koncernen. Den 14. august 1987, i en alder af 57 år og 2 måneder, gik hun på grund af dårligt helbred på pension.

Hendes pensionssituation kan bedst sammenfattes på følgende måde. Fra hun fyldte 60 år, dvs. fra den 13. juni 1990, har hun ret til en *pension fra staten*. Pensionsalderen for pensionen fra staten er fastsat til 60 år for kvinder og 65 år for mænd. Derudover har hun ret til udbetaling i henhold til *Unilever's erhvervstilknyttede pensionsordning* [1]. Pensionsalderen i den erhvervstilknyttede pensionsordning var på det tidspunkt, da forholdene fandt sted, ligeledes fastsat til 60 år for kvinder og 65 år for mænd [2]. Under retsmødet fremgik det, at pensionsordningen i mellemtiden er blevet ændret, således at kvinder og mænd i alderen fra 60 til 65 år kan gå på pension på samme betingelser.

3. Foruden pensionen fra staten og Unilever's erhvervstilknyttede pension har Friedel Roberts tillige ret til en *tillægspension*, der fuldt ud finansieres af Birds, og som er bestemt til ansatte, der må fratræde på grund af dårligt helbred, inden de når pensionsalderen. Denne tillægspension har først og fremmest til formål at sikre disse ansatte samme pension som de ansatte, der kan arbejde, indtil de når pensionsalderen. Endvidere tjener tillægspensionen til at opnå, at mandlige og kvindelige ansatte modtager

1 — Det drejer sig om en erhvervstilknyttet pensionsordning af den såkaldte »contributory contracted-out«-type. Karakteristisk for »contracted-out« erhvervstilknyttede pensionsordninger er, at de, i hvert fald for de omfattede ansatte, til dels erstatter den lovbestemte pension. Jf. dom af 3.12.1987, sag 192/85, Newstead, Sml. s. 4753, præmis 3. At det drejer sig om en »contributory« ordning betyder, at de ansatte deltager i finansieringen af pensionen gennem bidrag.

2 — Alligevel fremgår det af sagen, at Friedel Roberts allerede inden hun nåede pensionsalderen har oppebåret ydelser fra Unilever's erhvervstilknyttede pensionsordning. De betingelser, under hvilke dette skete, fremgår ikke helt tydeligt. Sagen drejer sig dog heller ikke om disse betingelser (jf. nedenfor, punkt 8).

* Originalsprog: nederlandsk.

samme samlede pension (erhvervstilknyttet pension plus pension fra staten).

Selv om de pågældende ansatte strengt taget ikke kan gøre krav på denne tillægspension, som de heller ikke er med til at finansiere, får de den i praksis tilkendt automatisk. Ingen af sagens parter bestrider i øvrigt, at tillægspensionen er »løn«, som omhandlet i EØF-traktatens artikel 119 (jf. nedenfor, punkt 11).

4. Ved fastsættelsen af størrelsen af tillægspensionsydelserne beregner Birds for hver ydelsesberettigede først en såkaldt »Gross Retirement Pension« (herefter benævnt »GRP«). Birds tager herved udgangspunkt i den sidst opnåede løn for de pågældende ansatte og i den anciennitet, som de pågældende ville have opnået, såfremt de arbejdede indtil den normale pensionsalder. Gennem GRP, som naturligvis kun eksisterer i teorien, bestemmer Birds således, hvilket samlet pensionsbeløb de ansatte, der er fratrådt på grund af dårligt helbred, ville have haft ret til, såfremt de var fortsat med at arbejde.

I den forbindelse sørger Birds for, at det GRP, der skal tages hensyn til, er præcis lige stort for mænd og kvinder. Såfremt GRP for en nærmere bestemt ydelsesberettiget person bliver mindre end GRP for en tilsvarende ansat af det andet køn, uanset af hvilken grund, sættes det op til samme niveau som for denne — reelle eller fiktive — ansatte [3].

5. Når først GRP er blevet beregnet, udbetaler Birds den del af GRP som tillægspension, som den pågældende ikke allerede kan gøre krav på i henhold til andre pensionsordninger. Til ansatte, der bliver nødt til at fratræde på grund af dårligt helbred, udbetaler Birds således forskellen mellem på den ene side deres GRP og på den anden side de pensioner, som de kan få fra staten og/eller fra Unilever.

6. Den konkrete virkning af dette princip er dog forskellig alt efter den berettigedes køn. For at kunne sondre skelner man i hele pensionsperioden, dvs. perioden fra den pågældende fratræder på grund af dårligt helbred, indtil den pågældende dør, mellem tre delperioder.

Fra det tidspunkt de forlader virksomheden, indtil de fylder 60 år (første delperiode), har hverken mænd eller kvinder ret til en pension fra staten. De udbetalinger, som de eventuelt modtager fra Unilever's erhvervstilknyttede pensionsordning [4], kan variere alt efter den berettigedes køn. Den af Birds udbetalte tillægspension giver dog kompensation for denne variation, således at både mandlige og kvindelige tidligere ansatte alligevel modtager nøjagtigt lige store beløb i (erhvervstilknyttet) pensionsydelse.

3 — Ved fastsættelsen af GRP for Friedel Roberts er der sket en sådan justering. Da det viste sig, at hendes GRP androg 1 295 UKL om året, mens en mandlig ansat i samme situation ville få udbetalt 1 302 UKL, satte Birds hendes GRP op til 1 302 UKL.

4 — Jf. ovenfor, fodnote 2.

Mellem 60 og 65 år (anden delperiode) har kvinder allerede ret til en pension fra staten, men mænd har det ikke endnu. Birds nedsætter så tillægspensionsydelserne til kvindelige tidligere ansatte med det beløb, som de modtager i pension fra staten, mens mænd, der er pensioneret, fortsat modtager tillægspensionen, som de også fik udbetalt, inden de fyldte 60 år. Dette medfører, at kvindelige og mandlige tidligere ansatte i samme situation ganske vist fortsat modtager samme pension i alt, men at — i modsætning til den foregående periode — mænd oppebærer en større tillægspension end kvinder.

Fra de fylder 65 (tredje delperiode), har også mænd ret til en pension fra staten. Birds nedsætter så også deres tillægspension med den pension fra staten, som de kan gøre krav på at få udbetalt. Såfremt mænd i denne periode får udbetalt en større pension fra staten end de kvindelige ansatte under tilsvarende omstændigheder, udbetaler Birds en lavere tillægspension til dem end til de kvindelige ansatte.

7. Sammenfattende fastslår Court of Appeal, at Birds ved tilkendelsen af tillægspensionen anvender en umiskendelig og direkte kønsbetinget forskelsbehandling af mænd og kvinder. Men da det tillige fremgår, at »formålet med og virkningen af denne behandling er at udjævne forskellen mellem den samlede pensionsindtægt (pension fra staten plus erhvervstilknyttet pension), indstævnte kan opnå, og den, en mandlig ansat kan opnå«, har det første og centrale præjudicielle spørgsmål til formål at få en afgørelse fra Domstolen om, hvorvidt Birds' handlemåde er i strid med EØF-traktatens artikel 119.

Inden jeg behandler dette første spørgsmål, skal jeg henvise til retsmøderapporten for så vidt angår en nærmere redegørelse for de faktiske omstændigheder og den fulde ordlyd af de præjudicielle spørgsmål.

Første præjudicielle spørgsmål

Tvistens rækkevidde

8. Det forekommer mig nødvendigt at redegøre nærmere for rækkevidden af hovedsagen, der har ført til dette præjudicielle spørgsmål.

Det forhold, at der er forskel i pensionsalderen for mænd og kvinder, således som det i sin tid var tilfældet med hensyn til Unilever's erhvervstilknyttede pensionsordning, og således som det stadig gælder for pensionen fra staten (jf. ovenfor, punkt 2), er ikke til behandling i denne sag. Begrebet GRP og beregningen deraf, således som jeg har redegjort for det i ovenstående, bestrides heller ikke af Friedel Roberts. Endelig anfægter hun heller ikke den måde, hvorpå Birds udbetaler tillægspensioner til tidligere

ansatte, indtil de fylder 60 (første delperiode, jf. ovenfor, punkt 6) og fra det fyldte 65. år (tredje delperiode, jf. ovenfor, punkt 6).

9. Men den måde, hvorpå Birds beregner størrelsen af den såkaldte overgangspension, dvs. pensionen til tidligere ansatte mellem 60 og 65 år (anden delperiode, jf. ovenfor, punkt 6), anser Friedel Roberts for at være i strid med EØF-traktatens artikel 119. Friedel Roberts har især gjort gældende, således som det fremgår af den forelæggende rets udtalelse

»at den omstændighed, at hun får udbetalt et beløb fra tredjemand (i dette tilfælde staten), som en tilsvarende mandlig ansat ikke får, er irrelevant og ikke kan indvirke på arbejdsgiverens forpligtelse til i henhold til artikel 119 at give hende og en tilsvarende mandlig ansat lige løn«.

10. Som bekendt skal medlemsstaterne i henhold til EØF-traktatens artikel 119 sikre anvendelsen af »princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde«. Domstolen har flere gange udtalt sig om den nøjagtige rækkevidde af artikel 119. Siden den første Defrenne-dom af 25. maj 1971 har Domstolen fortolket begrebet »løn« [5] bredt, og siden den anden Defrenne-dom af 8. april 1976 [6] er det endvidere fastslået, at artikel 119 finder direkte anvendelse på

»alle former for direkte forskelsbehandling, som kan konstateres allerede ved hjælp af de i artiklen opstillede kriterier, samme arbejde og lige løn« [7].

Endvidere udtalte Domstolen, at de i artikel 119 stillede krav ikke gælder for så vidt angår forskelsbehandling i medfør af socialsikringsordninger og sociale ydelser, navnlig alderspensioner [8], men derimod gælder for pension, der udbetales i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsordning, en såkaldt »contracted-out« ordning [9]. For så vidt angår disse udtalte Domstolen,

»følgelig er det i strid med artikel 119 at fastsætte forskellige aldersbetingelser for de to køn for så vidt angår pensioner, der udbetales i henhold til en 'contracted-out' ordning, selv om forskellen i pensionsalder for mænd og kvinder svarer til den forskel, der gælder efter den nationale lovbestemte ordning« [10].

11. Ingen af sagens parter bestrider, at den tillægspension, nærværende sag drejer sig om, udgør »løn«, som omhandlet i EØF-traktatens artikel 119, og at Friedel Roberts ved den nationale ret kan påberåbe sig artikel 119 direkte for at anfægte den måde, hvorpå Birds tilkender tillægspensionen. På grundlag af det forhold, at Domstolen fortolker begre-

5 — Dom af 25.5.1971, sag 80/70, Defrenne, Sml. 1971, s. 109, org. ref.: Rec. s. 445, præmis 6, der senest er fastslået i dom af 17.2.1993, sag C-173/91, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 673, præmis 13.

6 — Sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455.

7 — Dom af 27.3.1980, sag 129/79, Macarthys, Sml. s. 1275, præmis 10, fastslået i dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889.

8 — Defrenne I-dommen, præmis 12.

9 — Barber-dommen, præmis 28.

10 — Barber-dommen, præmis 32. Domstolen indførte dog en tidsmæssig begrænsning af sin dom. Fortolkningen af denne tidsmæssige begrænsning er et centralt punkt i de verserende sager C-109/91, Ten Oever, C-110/91, Moroni, C-152/91, Neath, og C-200/91, Coloroll. Se med hensyn hertil mit forslag til afgørelse af 28.4.1993.

bet »løn« bredt og allerede tidligere har fastslået, at artikel 119 finder anvendelse på erhvervstilknyttede pensioner såvel af typen »contracted-out« [11] som ikke-»contracted-out« [12], kan jeg tilslutte mig parternes opfattelse.

Parterne er dog uenige om, hvorvidt den måde, på hvilken Birds tilkender tillægspensionen til tidligere ansatte, der er fratrådt som følge af dårligt helbred, og som er mellem 60 og 65 år, udgør en direkte eller en indirekte forskelsbehandling af tidligere ansatte kvinder, og om denne forskelsbehandling kan retfærdiggøres eller ikke. I den forbindelse er Friedel Roberts og Court of Appeal af den opfattelse, at kun en indirekte forskelsbehandling vil kunne begrundes, mens Kommissionen og Birds mener, at såvel direkte som indirekte forskelsbehandling kan begrundes.

Er der mulighed for en objektiv begrundelse afhængig af, om forskelsbehandlingen er direkte eller indirekte?

12. Anbringendet om, at karakteren af forskelsbehandlingen — om den er direkte eller indirekte [13] — spiller en afgørende rolle ved bestemmelsen af, om det er muligt at begrunde forskelsbehandlingen [14], anser jeg ikke for korrekt.

Birds anfører, at Domstolen for så vidt angår kønsbetinget forskelsbehandling hidtil kun har antaget, at der findes legitimerende omstændigheder i tilfælde af indirekte forskelsbehandling [15], mens Domstolen hidtil ikke har kunnet finde legitimerende omstændigheder i tilfælde af direkte forskelsbehandling [16]. Jeg vil ikke modsige dette, men jeg er — i modsætning til Friedel Roberts, den forelæggende ret og Det Forenede Kongerige — af den opfattelse, at det ikke kan udledes heraf, at en direkte forskelsbehandling objektivt set *aldrig* kan retfærdiggøres. Domstolen er i hvert fald aldrig kommet til den konklusion. Tværtimod, selv om Domstolen ved *anvendelsen* af sit forskelsbehandlingsbegreb på konkrete tilfælde af kønsbetinget forskelsbehandling kun har kunnet finde legitimerende omstændigheder for indirekte forskelsbehandling, er dette dog ikke til hinder for, at Domstolen ved *definitionen* af det samme forskelsbehandlingsbegreb kun i meget generelle vendinger henviser til muligheden for, at det kan retfærdiggøres. Det er faktisk sådan, at der ifølge fast praksis kun foreligger en ulovlig forskelsbehandling, hvis

11 — Barber-dommen.

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

13 — Se med hensyn til denne sondring Defrenne II-dommen, jf. ovenfor, fodnote 7, præmis 18.

14 — Ifølge Kommissionen er det mere korrekt at tale om begrundelse af en (direkte eller indirekte) ulighed i behandlingen end om begrundelse af en forskelsbehandling. En forskelsbehandling er ifølge Kommissionen jo pr. definition en ulig behandling af sammenlignelige situationer (eller samme behandling i ikke-sammenlignelige situationer), *som ikke objektivt kan begrundes*. Jeg indrømmer, at en sådan terminologi faktisk ville være mere korrekt, men jeg fastholder dog den terminologi, der er fast indarbejdet i Domstolens praksis, og hvorefter begreberne »ulig behandling« og »forskelsbehandling« anvendes synonymt. Jf. f.eks. præmis 32 i Barber-dommen, hvor Domstolen udtaler, »at artikel 119 forbyder enhver form for lønmæssig *forskelsbehandling* af mænd og kvinder, uanset hvilken ordning der giver anledning til *denne ulighed*« (min fremhævelse).

15 — Dom af 31.3.1981, sag 96/80, Jenkins, Sml. s. 911, præmis 10-15, Bilka-dommen, præmis 29 ff., dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2757, præmis 12, og af 27.6.1990, sag C-33/89, Kowalska, Sml. I, s. 2591, præmis 15 og 16.

16 — Jf. Barber-dommen, præmis 32, og dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941, præmis 12.

»man har behandlet sammenlignelige tilfælde på forskellig måde og derved har stillet nogle berørte dårligere end andre, uden at denne forskel i behandlingen retfærdiggjordes ved foreliggende objektive forskelle af en vis vægt« [17].

I øvrigt udtalte Domstolen i Ruckdeschel-dommen af 19. oktober 1977 [18] vedrørende et forbud mod forskelsbehandling i EØF-traktaten [19]

»at forbuddet mod forskelsbehandling i den nævnte bestemmelse blot er et konkret udtryk for det generelle lighedsprincip, som er et af de grundlæggende principper inden for fællesskabsretten«.

For nylig, i en dom af 7. juli 1993, beskrev Domstolen lighedsprincippet således:

»Efter fast praksis kræver ligebehandlingsprincippet betragtet som et generelt fællesskabsretligt princip, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet« [20].

13. Man kan således ikke med rimelighed gøre gældende, at Domstolen tidligere har begrænset muligheden for at begrunde en forskelsbehandling til kun at omfatte tilfælde af indirekte forskelsbehandling. Det forekommer mig heller ikke ønskeligt, at Domstolen fremtidigt skulle gøre dette, navnlig fordi man ikke altid kan skelne klart mellem direkte og indirekte forskelsbehandling. Denne sag er et godt eksempel herpå. Som Kommissionen anfører, kan Birds' pensionspolitik nemlig behandles som en direkte, men tillige som en indirekte forskelsbehandling. Man kan jo lægge vægt på, at Birds til alle tidligere kvindelige ansatte mellem 60 og 65 år udbetaler en lavere tillægspension end den, der udbetales til tilsvarende mandlige ansatte, hvilket kan antages at udgøre en direkte forskelsbehandling. Men man kan dog med lige så god grund lægge vægt på, at Birds beregner tillægspensionen for alle sine tidligere ansatte på samme måde, nemlig ved fra deres GRP at trække de pensionsydelser, som de kan gøre krav på fra staten eller fra Unilever. Dog forholder det sig sådan, at beregningsmåden »tilfældigvis« indebærer, at kvinder i fem år får udbetalt en lavere

17 — Dom af 13.7.1962, forenede sager 17/61 og 20/61, Klöckner-Werke og Hoesch, Sml. 1954-1964, s. 332, org. ref.: Rec. s. 643, på s. 681 og 682. Denne dom fastslår tidligere domme, f.eks. dom af 17.12.1959, sag 14/59, Pont-à-Mousson, Sml. 1954-1964, s. 153, org. ref.: Rec. s. 481, på s. 513. Denne blev selv bekræftet f.eks. ved dom af 13.11.1984, sag 283/83, Racke, Sml. s. 3791, præmis 7.

18 — Forenede sager 117/76 og 16/77, Sml. s. 1753.

19 — Det drejede sig i det pågældende tilfælde om forbuddet i EØF-traktatens artikel 40, stk. 3, andet afsnit. Det samme gælder dog for forbuddet mod forskelsbehandling i EØF-traktatens artikel 119.

20 — Dom af 7.7.1993, sag C-217/91, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 3923, præmis 37.

tillægspension. Når situationen fremstilles på denne måde, udgør Birds' pensionspolitik en indirekte forskelsbehandling [21].

Det forekommer derfor vilkårligt, om man i tilfælde som det foreliggende gjorde muligheden for at retfærdiggøre en fastslået forskelsbehandling afhængig af, om denne forskelsbehandling havde en direkte eller indirekte karakter.

14. Men også når der ses bort fra den uskarpe skillelinje mellem direkte og indirekte forskelsbehandling, mener jeg ikke, at det er ønskeligt at træffe kategorisk beslutning om, at det er umuligt at retfærdiggøre en direkte kønsbetinget forskelsbehandling. I den forbindelse henviser Kommissionen til det endnu ikke behandlede præjudicielle spørgsmål i sag C-32/93, Webb. Denne sag vedrører afskedigelse af en kvinde, der, efter at hun var blevet ansat som stedfortræder for en kvinde, der var gravid, fandt ud af, at hun selv var gravid. Selv om afskedigelse på grund af svangerskab ubestrideligt udgør en direkte forskelsbehandling [22], kan det ikke udelukkes, at forskelsbehandlingen i en sag som Webb-sagen, i betragtning af de særlige omstændigheder, måske vil blive anset som berettiget.

Under retsmødet blev der nævnt andre eksempler på situationer, hvori en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn alligevel ville kunne være berettiget [23]. Jeg er, ligesom Birds og Kommissionen, af den opfattelse, at sådanne situationer undtagelsesvis kan forekomme.

Eksistensen af objektive legitimerende omstændigheder

15. Med hensyn til det egentlige spørgsmål om objektive legitimerende omstændigheder skal jeg gerne først kort omtale Friedel Roberts' opfattelse, hvorefter den omstændighed, at hun fra tredjemand, i dette tilfælde staten, modtager en pensionsydelse, som en mandlig ansat i en tilsvarende situation ikke har ret til (jf. ovenfor, punkt 9), ikke har nogen betydning for fortolkningen af den forpligtelse, der i henhold til artikel 119 påhviler arbejdsgiveren til at betale lige løn til mænd og kvinder. Jeg kan ikke dele denne opfattelse. Den indebærer nemlig en ny ulighed, som består i, at en virksomhed som Birds skulle betale betydeligt mere i pension til en tidligere ansat kvinde mellem 60 og 65 år end i pension til en tilsvarende tidligere ansat mand. Den alderspension, som Friedel Roberts modtager fra staten, har Birds som arbejdsgiver faktisk i væsentligt

21 — Birds fastholder endda principalt, at der slet ikke foreligger nogen forskelsbehandling. Til støtte for dette anbringende anførte virksomheden under retsmødet, at den også ville foretage fradrag i tillægspensionen for en mandlig ansat, der fra det fyldte 60. år ville få ret til en — eventuel udenlandsk — offentlig pension. At det her drejer sig om mere end blot en teori, og at Birds med andre ord faktisk har foretaget et sådant fradrag hos en mandlig ansat under 65 år, blev dog ikke påstået.

22 — Dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941, præmis 12.

23 — Disse eksempler drejede sig om forskelsbehandling på grund af objektiv nødvendighed i forbindelse med en bestemt erhvervsudøvelse (en højgravid balletdanserinde, der ikke blev engageret til en nært forestående optræden eller afslag på at ansætte kvinder til bevogtning af voldelige mandlige indsatte: dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, punkt 3 i domskonklusionen, eller på grund af særlige objektive omstændigheder, der gør kønsbetinget forskelsbehandling nødvendig eller acceptabel (mandlige ansøgere, der ikke kommer i betragtning, når en ældre dame ønsker ansat en selskabsdame, eller tilkendelse af tilskud udelukkende til kvindelige ansatte, der arbejder om natten, så de kan tage en taxi, fordi det har vist sig, at de i modsætning til deres mandlige kollegaer bliver antastet på deres vej hjem).

omfang været med til at finansiere. Den kan således ikke blot betegnes som en pensionsydelse »fra tredjemand«. Såfremt Birds ved udbetalingen af tillægspensioner ikke måtte tage hensyn til det pensionsbeløb fra staten, som de ydelsesberettigede får udbetalt — og som virksomheden jo har været med til at finansiere — ville Birds betale to gange for pensionen til tidligere ansatte kvinder mellem 60 og 65 år (én gang til pensionen fra staten og én gang for en fuld tillægspension), men kun én gang for pensionen til tilsvarende tidligere ansatte mænd (der endnu ikke har ret til en pension fra staten).

16. Jeg skal således nu behandle den af Birds anførte legitimerende omstændighed. Ifølge Birds skulle de fradrag, som virksomheden foretager hos de tidligere ansatte kvinder fra det fyldte 60. år, udgøre en tilladelig forskelsbehandling, fordi de har til formål at hindre, at disse kvindelige ansatte i alt får udbetalt en højere pension (erhvervstilknyttet pension plus pension fra staten) end tilsvarende mandlige ansatte. Gennem fradragene hindres det ifølge Birds, at der for så vidt angår udbetaling af pension til tidligere ansatte opstår ulighed mellem mænd og kvinder.

Dette argument finder jeg særdeles overbevisende. Jeg er af den opfattelse, at en forskelsbehandling vedrørende tillægspensionen, »når formålet med og virkningen af denne behandling«, som den forelæggende ret udtrykker det, er, at en anden forskel i behandlingen ophæves eller undgås, nemlig for så vidt angår den samlede pensionsudbetaling, og som således resulterer i en effektiv ligebehandling, objektivt set er berettiget.

Det gælder i en sag som den foreliggende så meget des mere, da den anfægtede — og af staten anvendte — forskel i pensionsalder for mænd og kvinder, som er årsagen til forskelsbehandlingen for så vidt angår den samlede pensionsudbetaling, ikke kun udgør »en form for forskelsbehandling, som normalt tolereres med hensyn til arbejdsophørspensioner, men som Fællesskabet udtrykkeligt, om end langsomt, bestræber sig på at afskaffe« [24]. Kommissionen har under retsmødet med rette påpeget, at det i hvert fald bør undgås, at sådanne foreløbigt tilladte afvigelser fra ligebehandlingsprincippet bliver ophøjet til fællesskabsretligt formål.

17. Ovenstående påvirkes efter min opfattelse ikke af Domstolens udtalelse i Barberdommen, hvorefter

»artikel 119 forbyder enhver form for lønmæssig forskelsbehandling af mænd og kvinder, uanset hvilken ordning der giver anledning til forskelsbehandlingen« (præmis 32)

og

»[l]igelønsprincippet skal overholdes for hver enkelt del af lønnen og ikke kun ud

24 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Slynn i forbindelse med dom af 26.2.1986, sag 151/84, Roberts, Sml. s. 703, på s. 710.

fra en samlet vurdering af de ydelser, arbejdstagerne modtager« (præmis 35).

Den problematik, der forelå i Barber-dommen, adskiller sig nemlig fra den, der behandes i denne sag. Barber-dommen drejede sig om overførsel til en erhvervstilknyttet pensionsordning af en af staten anvendt og foreløbig tilladt forskel i pensionsalderen for mænd og kvinder, en overførsel, der blev underkendt af Domstolen. Det drejede sig med andre ord i den sag om aldersbetingelser i forbindelse med tiltræden til erhvervstilknyttede pensionsordninger, en problematik, der er helt anderledes end den problematik, der behandles i denne sag vedrørende dobbelt bidrag til samme pension fra staten. Endvidere, og især, medførte den praksis, som Domstolen underkendte i Barber-dommen, at den forskelsbehandling, der blev tolereret mellem mænd og kvinder, blev *styrket*. I nærværende sag drejer det sig derimod om en erhvervstilknyttet tillægspensionsordning, som beregnes således, at denne ulighed *fjernes*. Dette er efter min mening en grundlæggende forskel. Som det fremgår af ovenstående bemærkninger, har den i sagen omhandlede beregningsmåde til formål at sikre mandlige og kvindelige ansatte samme pensionsydelser (jf. ovenfor, punkt 16) og endvidere at hindre, at deres arbejdsgiver betaler pensionsbidrag to gange for en kvindelig og kun én gang for en mandlig ansat (jf. ovenfor, punkt 15). På denne måde opnås det netop, at ligebehandlingsprincippet gennemføres for hver del af pensionsordningen, nærmere bestemt såvel for bidragene fra arbejdsgiveren som for udbetalingerne til den ansatte.

Konklusion

18. Da jeg er af den opfattelse, at Birds kan anføre objektive legitimerende omstændigheder for den anfægtede pensionspolitik, foreslår jeg Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål således, at det ikke er i strid med EØF-traktatens artikel 119, at en arbejdsgiver på baggrund af de forskellige aldersbetingelser for ret til pension, som de offentlige myndigheder anvender for mænd og kvinder, og som stadig er lovlige, i forbindelse med sin virksomheds tillægspensionsordning anvender en formel, som skal sikre, at den samlede arbejdsophørspension (pensionen fra virksomheden og pensionen fra staten) bliver den samme for kvindelige og mandlige tidligere ansatte.

Andet og tredje præjudicielle spørgsmål

19. Det andet præjudicielle spørgsmål hænger sammen med den valgmulighed, som det engelske socialsikringssystem giver gifte kvinder, til enten at indbetale deres pensionsbidrag fuldt ud, hvorefter de så har ret til en fuld alderspension, eller at indbetale nedsatte bidrag, hvorved de så kun får ret til en nedsat (eller slet ingen) alderspension.

For så vidt angår kvinder, der som Friedel Roberts har valgt nedsatte bidrag, og som derfor ikke modtager fuld pension fra staten,

beregner Birds alligevel tillægspensionen, som om hun fik fuld pension fra staten. Nærmere bestemt nedsætter Birds ikke det beløb, som disse kvinder fra det fyldte 60. år får udbetalt i tillægspension, med det beløb, som kvinderne *reelt* får udbetalt, men med det beløb, som de *ville have kunnet* få udbetalt i pension fra staten, såfremt de havde indbetalt de fulde pensionsbidrag. Court of Appeal ønsker at få at vide, hvilken indflydelse dette vil kunne få på Domstolens svar på det første præjudicielle spørgsmål.

Selv om Friedel Roberts på grundlag af de pensionsbidrag, som hun har indbetalt i den erhvervsaktive periode, derfor ikke har ret til en alderspension fra staten, modtager hun alligevel fra staten en enkepension, hvis beløb svarer til en fuld alderspension. Med det tredje præjudicielle spørgsmål ønskes oplyst, om dette forhold kan spille en rolle for besvarelsen af de første to præjudicielle spørgsmål.

20. Efter at have læst det tredje præjudicielle spørgsmål kunne Domstolen være tilbøjelig til at afvise det andet spørgsmål fra Court of Appeal som rent hypotetisk [25]. De beløb, som Birds fratrækker i Friedel Roberts' tillægspension, viser sig faktisk at svare til pension fra staten, i dette tilfælde en enkepension, som Friedel Roberts reelt modtager.

Jeg vil dog alligevel behandle det andet præjudicielle spørgsmål. Da staten tilkender alders- og enkepensioner på et forskelligt juridisk grundlag [26], anser jeg spørgsmålet for at have mere end blot hypotetisk interesse.

21. Såfremt en virksomhed som Birds fra den tillægspension, som udbetales en tidligere ansat kvinde, kun måtte trække det beløb, som denne tidligere ansatte kvinde *reelt* modtager i pension fra staten, bliver virksomheden i virkeligheden forpligtet til for så vidt angår den tidligere ansatte kvinde at kompensere for det tab i pension fra staten, som er en direkte følge af, at hun har valgt systemet med de nedsatte bidrag.

Jeg er enig med Birds, Kommissionen og den forelæggende ret i, at dette ville medføre en uretmæssig fordel for de gifte, tidligere ansatte kvinder, som har valgt at betale nedsatte bidrag. De ville jo, selv om de har betalt betydeligt mindre i bidrag, få udbetalt samme alderspension (erhvervstilknyttet pension plus pension fra staten) som mænd, ikke-gifte kvinder og en del af de gifte kvinder, der hele tiden har betalt de fulde pensionsbidrag. En sådan fortolkning af EØF-traktatens artikel 119 ville få alle gifte kvindelige ansatte hos Birds og hos tilsvarende virksomheder til at vælge den nedsatte takst, hvilket bestemt ikke kan have været hensigten med artikel 119. Endvidere ville det være i strid med lighedsprincippet, som Domstolen jo anser for at være »et af fællesskabsrettens grundprincipper« (jf. ovenfor, punkt 12).

25 — EØF-traktatens artikel 177 tillader ikke Domstolen at besvare rent hypotetiske spørgsmål. Jf. dom af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, præmis 25, 32 og 33.

26 — Spørgsmålet vil i hvert fald have mere end hypotetisk interesse, såfremt det viste sig, at de af staten tilkendte alders- og enkepensioner kunne kumuleres. Sagen giver ikke noget svar på dette punkt.

22. Jeg er derfor at den opfattelse, at en virksomhed som Birds ved tilkendelsen af en tillægspension til gifte, tidligere ansatte kvinder, der har valgt ordningen med nedsatte bidrag, og som derfor får udbetalt en nedsat pension fra staten, alligevel må fratrække det beløb, som disse tidligere ansatte kvinder ville have kunnet få udbetalt, såfremt de havde betalt de fulde pensionsbidrag. Virksomheden må navnlig gøre det, hvis det viser sig, at den pågældende tidligere ansatte kvinde fra staten modtager en enkepension, som er lige så stor som en fuld alderspension.

23. Vedrørende det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål foreslår jeg derfor, at besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål ikke påvirkes af den omstændighed, at en tidligere ansat kvinde i sine erhvervsaktive år har valgt bidragsordningen med de nedsatte takster og derfor af staten ikke får udbetalt nogen eller kun en nedsat alderspension fra staten, eventuelt med tillæg af en enkepension.

Forslag til afgørelse

24. Sammenfattende skal jeg foreslå Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål fra Court of Appeal således:

»1) Det er ikke i strid med EØF-traktatens artikel 119, at en arbejdsgiver på baggrund af de forskellige aldersbetingelser for ret til pension, som de offentlige myndigheder anvender for mænd og kvinder, i forbindelse med sin tillægspensionsordning anvender en formel, som skal sikre, at den samlede arbejdsophørspension (pensionen fra virksomheden og pensionen fra staten) bliver den samme for kvindelige og mandlige tidligere ansatte.

2) Når en kvindelig tidligere ansat, mens hun arbejdede, valgte at betale nedsatte pensionsbidrag, er det ikke i strid med EØF-traktatens artikel 119, at hendes arbejdsgiver alligevel beregner den i det foregående punkt nævnte samlede arbejdsophørspension på grundlag af den pension fra staten, som den pågældende tidligere ansatte kunne have opnået, såfremt hun havde betalt fulde pensionsbidrag. Dette gælder så meget mere, hvis den tidligere ansatte oppebærer en enkepension, der beløbsmæssigt svarer til en alderdomspension.«