FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 16. marts 2000 *

I — Indledning

1. Er man specialist i fællesskabsret og har man navnlig kendskab til Domstolens praksis vedrørende socialpolitik, vil man vide, at det ikke er første gang, at en tvist mellem Société anonyme belge d'exploitation de la navigation aérienne (Sabena) og en af dets ansatte har givet anledning til en præjudiciel forelæggelse.

Det er heller ikke første gang, at Cour du travail de Bruxelles forelægger et spørgsmål i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) i en sådan sag [1]. Denne gang ønsker retten en fortolkning af protokollen ad artikel 119 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (herefter »protokollen«) [2].

2. EF-traktaten, herunder dens bilag og protokoller, blev ændret i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 6 i Amsterdam-traktaten [3], for at bortfaldne bestemmelser kunne udgå, og for at tilpasse visse af dens bestemmelser. Amsterdam-traktatens artikel 12 bestemte derfor, at artiklerne i EF-traktaten skulle omnummereres i overensstemmelse med de i bilaget til traktaten anførte ækvivalenstabeller.

Som følge af denne omnummerering blev EF-traktatens artikel 117-120 erstattet af artikel 136 EF-143 EF, og protokollen ad artikel 119 i EF-traktaten blev til protokollen ad artikel 141 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab.

II — De faktiske omstændigheder i hovedsagen

3. Ved kollektiv arbejdsoverenskomst nr. 17 af 19. december 1974, der er indgået af Conseil national du travail i Belgien [4], blev der indført en ordning med fratrædel-

* Originalsprog: spansk.

1 — Det var den samme ret, som forelagde det præjudicielle spørgsmål, som lå til grund for dommen af 8.4.1976 (sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455).

2 — Protokol nr. 2 ad artikel 119 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, som blev knyttet til traktaten ved traktaten om Den Europæiske Union, som blev undertegnet i Maastricht den 7.2.1992, og som trådte i kraft den 1.11.1993 (EFT 1992 C 191, s. 68).

3 — Amsterdam-traktaten ændrede traktaten om Den Europæiske Union, traktaterne om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber og visse tilknyttede akter. Den blev undertegnet den 2.10.1997 i Amsterdam og trådte i kraft den 1.5.1999.

4 — Overenskomsten er tillagt bindende virkning ved kongelig anordning af 16.1.1975.

sesgodtgørelse i tilfælde af afskedigelse af arbejdstagere på mindst 60 år, der modtager arbejdsløshedsunderstøttelse. Fratrædelsesgodtgørelsen betales af den sidste arbejdsgiver og udgør halvdelen af forskellen mellem den nettoløn, der er referencegrundlag, og arbejdsløshedsunderstøttelsen.

4. Ifølge kollektiv arbejdsoverenskomst af 23. maj 1984, indgået i det paritetiske underudvalg nr. 315.1 (Sabena) og inden for rammerne af overenskomst nr. 17, har mandlige arbejdstagere på 55 år og derover og kvindelige arbejdstagere på 53 år og derover, der afskediges efter fælles overenskomst, og som modtager arbejdsløshedsunderstøttelse, ret til en supplerende godtgørelse fra virksomheden. Denne supplerende godtgørelse udbetales for mænds vedkommende til det fyldte 65. år og for kvinders vedkommende til det fyldte 60. år. Ordningen blev indført med henblik på at imødegå tilfælde af underbeskæftigelse, bl.a. som følge af den særlige arbejdstekniske udvikling inden for den erhvervsmæssige luftfart, og for at fremme opretholdelsen af arbejdspladser for yngre arbejdstagere.

5. Sagsøgeren i hovedsagen, Marthe Defreyn, blev i juni 1960 ansat hos Sabena, som er det sagsøgte flyselskab. I november 1984 anmodede hun om ydelser i henhold til ordningen med den supplerende godtgørelse. Selskabet meddelte hende, at hendes anmodning kunne imødekommes, og gav hende en varslingsperiode på to år, som sluttede den 31. december 1986.

Selskabet forpligtede sig til fra den 1. januar 1987 og til november 1991, hvor hun fyldte 60 år, at udbetale hende den godtgørelse, der supplerer arbejdsløshedsunderstøttelsen, og som normalt udgør 1% af den sidste bruttomånedsløn pr. tjenesteår. For arbejdstagere med mindst 25 års anciennitet gælder imidlertid den undtagelse, at det samlede beløb i arbejdsløshedsunderstøttelse og supplerende fratrædelsesgodtgørelse, inklusive bidrag til individuel tillægspension, skal udgøre 82% af nettolønnen i den sidste måned forud for den dato, hvor førtidspensioneringen har virkning.

6. Marthe Defreyn fik udbetalt den godtgørelse, der supplerer arbejdsløshedsunderstøttelsen, indtil hun fyldte 60 år i november 1991, hvorefter hun gik på pension.

7. I den dom, der blev afsagt den 17. februar 1993 [5] i en traktatbrudssag mod Belgien, fastslog Domstolen, at en supplerende godtgørelse ydet af den sidste arbejdsgiver til fordel for arbejdstagere afskediget efter en bestemt alder, såfremt de oppebærer arbejdsløshedsunderstøttelse,

5 — Sag C-173/91, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 673.

er løn efter betydningen i EF-traktatens artikel 119, og kvindelige arbejdstagere over 60 år må derfor ikke nægtes denne godtgørelse, når mænd har ret til den indtil det fyldte 65. år.

8. Efter at Marthe Defreyn havde fået kendskab til denne dom, krævede hun i juni 1993, at den supplerende godtgørelse blev udbetalt til hende, indtil hun fyldte 65 år, dvs. indtil den 30. november 1996.

9. Sabena afslog kravet, og herefter anlagde Marthe Defreyn i september 1993 sag mod selskabet ved Tribunal du travail med påstand om, at selskabet tilpligtedes at udbetale hende den supplerende godtgørelse, som sammen med arbejdsløshedsunderstøttelsen ville sikre hende 82% af hendes nettoløn i den sidste arbejdsmåned, for tiden fra december 1991 til november 1996. Hun påstod endvidere det påstævnte beløb forrentet og sagsøgte tilpligtet at betale sagens omkostninger. Den supplerende godtgørelse, hun gjorde krav på, udgjorde 1 624 380 BEF.

10. Tribunal du travail antog i første instans sagen til realitetsbehandling, men frifandt Sabena og tilpligtede Marthe Defreyn at betale sagens omkostninger. Tribunal du travail udtalte i sin dom, at den godtgørelse, som supplerede arbejdsloshedsunderstøttelsen, var omfattet af anvendelsesområdet for protokollen, hvorved der var blevet indført en tidsmæssig begrænsning af rækkevidden af traktatens artikel 119 for så vidt angår ydelser i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning. Tribunal du travail fandt det ubestridt, at Marthe Defreyn støttede sine krav på en beskæftigelsesperiode forud for den 17. maj 1990, og at hun først havde anlagt sag efter den 17. maj 1990.

III — De præjudicielle spørgsmål

11. Cour du travail de Bruxelles (Belgien), som skal træffe afgørelse i den af Marthe Defreyn iværksatte appel, har i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan den supplerende fratrædelsesgodtgørelse ved førtidspensionering, som i medfør af kollektiv overenskomst nr. 17 — der er tillagt bindende virkning ved kongelig anordning af 16. januar 1975 — er indført ved kollektiv overenskomst af 23. maj 1984, indgået i det paritetiske underudvalg nr. 315.1, betragtes som en ydelse i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning, som protokollen ad artikel 119 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab finder anvendelse på?

2) Er bestemmelserne i kollektiv overenskomst nr. 17 og kollektiv overenskomst af 23. maj 1984, som indgået i det paritetiske underudvalg nr. 315.1,

forenelige med artikel 5 i direktiv 76/207/EØF, for så vidt som de udelukker kvindelige arbejdstagere, der er fyldt 60 år, fra at kunne modtage den supplerende fratrædelsesgodtgørelse ved førtidspensionering — som er en tillægsydelse i forbindelse med afskedigelse, og som tildeles ud over arbejdsløshedsunderstøttelsen — mens godtgørelsen tildeles mandlige arbejdstagere, indtil de fylder 65 år?

3) For det tilfælde, at det første og det andet præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende, er anvendelsen af protokollen ad traktatens artikel 119 da til hinder for, at der gives medhold i Marthe Defreyn's påstande, for så vidt som de støttes på, at artikel 5 i direktiv 76/207 er tilsidesat?«

IV — De relevante fællesskabsretlige bestemmelser

12. Traktatens artikel 119 knæsætter princippet om lige løn til mandlige og kvindelige arbejdstagere for samme arbejde. I bestemmelsens andet stykke defineres begrebet løn således:

»Ved 'løn' forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.«

13. Protokollen har til formål tidsmæssigt at afgrænse virkningerne af traktatens artikel 119 for så vidt angår erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger. Den bestemmer følgende:

»Med henblik på anvendelsen af traktatens artikel 119 skal ydelser i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning ikke anses for løn, hvis og i det omfang de kan henføres til beskæftigelsesperioder, der ligger forud for den 17. maj 1990, undtagen for arbejdstagere eller deres ydelsesberettigede pårørende, der inden denne dato har anlagt søgsmål eller indbragt en dertil svarende klage i overensstemmelse med den relevante nationale ret« [6].

6 — Protokollen har efter den ved Amsterdam-traktaten gennemførte omnummerering af traktatens artikler følgende ordlyd: »Med henblik på anvendelsen af traktatens artikel 141 skal ydelser i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning ikke anses for løn, hvis og i det omfang de kan henføres til beskæftigelsesperioder, der ligger forud for den 17.5.1990, undtagen for arbejdstagere eller deres ydelsesberettigede pårørende, der inden denne dato har anlagt søgsmål eller indbragt en dertil svarende klage i overensstemmelse med den relevante nationale ret.«

14. Artikel 5 i direktiv 76/207/EØF [7], som den nationale ret ligeledes ønsker fortolket, har følgende ordlyd:

»1. Anvendelsen af princippet om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder afskedigelsesvilkår, indebærer, at mænd og kvinder sikres samme vilkår uden forskelsbehandling på grundlag af køn.

...«

V — Retsforhandlinger for Domstolen

15. Der er inden for den i artikel 20 i EF-statutten for Domstolen fastsatte frist indgivet skriftlige indlæg af Sabena, af den belgiske regering og af Kommissionen. Under retsmødet den 24. februar 2000 blev der afgivet mundtlige indlæg af repræsentanter for Marthe Defreyn, Sabena, den belgiske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen.

16. Marthe Defreyn har gjort gældende, at protokollen ikke finder anvendelse på hendes konkrete tilfælde, idet hun gør krav på en godtgørelse, der supplerer arbejdsløshedsunderstøttelsen, og som Domstolen i dommen af 17. februar 1993 [8] kvalificerede som løn som omhandlet i traktatens artikel 119 og ikke som en social sikringsydelse.

17. Sabena og den belgiske regering har anført, at den supplerende fratrædelsesgodtgørelse ved førtidspensionering, som Marthe Defreyn gør krav på, udgør løn som omhandlet i artikel 119, og at den ordning, i henhold til hvilken godtgørelsen ydes, uden tvivl er en social sikringsordning, der er tilvejebragt på et erhvervstilknyttet grundlag for at supplere en eksisterende social sikringsordning. Hun har imidlertid ikke ret til at få godtgørelsen udbetalt, indtil hun fylder 65 år, idet der er tale om et tilfælde, som fuldt ud er omfattet af protokollen, som tidsmæssigt begrænser anvendelsen af begrebet løn på ydelser i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning. Både Sabena og den belgiske regering er af den opfattelse, at protokollen ikke kun finder anvendelse på ydelser, som udbetales i form af alderspension, men at den omfatter enhver ydelse, som udbetales i henhold til en erhvervstilknyttet social sikringsordning, og således også den supplerende godtgørelse, som Marthe Defreyn gør krav på. De foreslår derfor spørgsmålene besvaret med, at den omtvistede godtgørelse udbetales i henhold til en erhvervstilknyttet social sikringsordning, som er omfattet af protokollen.

De har gjort gældende, at hvis Domstolen skulle være af en anden opfattelse, vil det

7 — Rådets direktiv 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 L 39, s. 40).

8 — Jf. ovenfor i fodnote 5.

skulle lægges til grund, at protokollen ikke vedrører den omtvistede godtgørelse, hvilket vil indebære, at Domstolens praksis fra dommen af 17. februar 1993 [9] finder anvendelse, og at sagsøgeren må gives medhold. Den belgiske regering har tilføjet, at der i givet fald vil være en betydelig risiko for, at der vil ske en mangedobling af antallet af sager, hvori der rejses krav om udbetaling af den supplerende godtgørelse ved førtidspensionering, og hvis dette sker, vil det — da overenskomstmæssig førtidspensionering er meget udbredt i Belgien — medføre en finansiel uligevægt med alvorlige følger for landets økonomi.

18. Det Forenede Kongeriges regering har anført, at den supplerende godtgørelse udbetales i henhold til en erhvervstilknyttet social sikringsordning, som er omfattet af protokollen. Til støtte for dette argument har den anført flere forhold. For det første er protokollen efter sin ordlyd ikke begrænset til kun at gælde for alderspensioner. Den krævede godtgørelse indrømmes for det andet på virksomhedsniveau og er et supplement til den arbejdsløshedsunderstøttelse, som udbetales under den generelle socialsikringsordning. For det tredje indebærer den omstændighed, at protokollen ikke skelner mellem forskellige ydelser, at den skal finde anvendelse på alle ydelser, der udbetales i medfør af erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger. Endelig kan den godtgørelse, som Marthe Defreyn gør krav på, henføres til beskæftigelsesperioder, der ligger forud for den 17. maj 1990, eftersom retten til godtgørelsen erhverves på grundlag af antallet af tjenesteår hos virksomheden, og dens størrelse beregnes som en procentdel af arbejdstagerens sidste løn.

19. For Kommissionen hersker der ikke den mindste tvivl om godtgørelsens karakter. Der er tale om løn som omhandlet i traktatens artikel 119, og godtgørelsen skal derfor indrømmes mandlige og kvindelige arbejdstagere på same vilkår. Den ordning, som er blevet anvendt på Marthe Defreyn, og hvorefter kvinder får udbetalt den supplerende godtgørelse, indtil de fylder 60 år, og mænd indtil de fylder 65 år, er således i strid med nævnte artikel.

Kommissionen mener, at den periode, for hvilken Marthe Defreyn gør krav på den supplerende godtgørelse — nemlig fra den 1. december 1991, hvor hun var fyldt 60 år, og indtil den 30. november 1996, hvor hun fyldte 65 år — ikke kan betragtes som en beskæftigelsesperiode i snæver forstand. Kommissionen når frem til den konklusion, at protokollen ikke finder anvendelse på dette konkrete tilfælde, fordi den krævede godtgørelse dækker en periode, som ligger efter den 17. maj 1990, og fordi Domstolen i nævnte dom af 17. februar 1993, hvori Belgien blev dømt for traktatbrud, ikke opstillede tidsmæssige begrænsninger for dens virkninger.

9 — Jf. ovenfor i fodnote 5.

VI — Stillingtagen til de præjudicielle spørgsmål

A — *Indledende bemærkninger og baggrund*

20. For at kunne besvare den nationale rets spørgsmål er det nødvendigt at gå tilbage til den 13. maj 1986, hvor der blev afsagt dom i Bilka-sagen [10]. Domstolen fastslog, at en tillægspensionsordning indgået i form af en overenskomst mellem arbejdsgiveren og repræsentanter for de ansatte, hvorefter de sociale ydelser, som skulle betales i medfør af de almindeligt gældende nationale regler, blev suppleret af ydelser, der udelukkende blev finansieret af arbejdsgiveren, og som blev betragtet som en integrerende del af arbejdskontrakterne, ikke var en social sikringsordning, der var direkte reguleret ved lov og undtaget fra artikel 119's anvendelsesområde. De ydelser, der betaltes til de ansatte i medfør af den omtvistede ordning, var derimod ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtog fra arbejdsgiveren i artikel 119, stk. 2's forstand, således at de betingelser, som arbejdsgiveren stillede for at give sine ansatte adgang til en ordning af denne type, var omfattet af traktatens artikel 119 [11].

21. På trods af denne dom vedtog Rådet nogle måneder senere direktiv 86/378/EØF [12] med henblik på at fastsætte regler for gennemførelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger. I medfør af artikel 9 kan medlemsstaterne udsætte den obligatoriske gennemførelse af ligebehandlingsprincippet for så vidt angår bl.a. fastsættelse af pensionsalderen for ydelse af pensioner enten indtil den dato, på hvilken ligebehandlingen gennemføres i de lovbestemte ordninger, eller senest indtil ligebehandlingen indføres ved et direktiv, hvilket endnu ikke er sket [13].

22. Den 17. maj 1990 afsagde Domstolen dom i Barber-sagen [14], der som bekendt er en fortsættelse af den linje, der blev indledt i 1976 med Defrenne-dommen [15] og fortsat i 1986 med Bilka-dommen [16]. Dommen udgør en milepæl i udviklingen af Fællesskabets socialpolitik, nærmere bestemt med hensyn til fortolkningen af princippet om lige løn til mænd og kvinder i relation til

10 — Sag 170/84, Sml. s. 1607.

11 — Præmis 20 og 22.

12 — Rådets direktiv af 24.7.1986 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (EFT L 225, s. 40).

13 — Den 27.10.1987 forelagde Kommissionen Rådet et forslag til direktiv om supplering af gennemførelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de lovbestemte og erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (dok. KOM(87) 494, endelig udg., EFT C 309, s.10). I artikel 9, stk. 1, bestemtes, med forbehold af visse overgangsbestemmelser, følgende: »Pensionsalderen skal, hvis den ligger fast, være den samme for begge køn«. Forslaget blev dog ikke vedtaget.

14 — Sag C-262/88, Sml. I, s. 1889.

15 — Jf. ovenfor i fodnote 1.

16 — Jf. ovenfor i fodnote 10.

alderspensioner, som udbetales i henhold til en erhvervstilknyttet social sikringsordning.

23. I forbindelse med nærværende sag er Barber-dommen vigtig i to henseender. For det første bekræftede Domstolen sin retspraksis, hvorefter alderspension, der udbetales i henhold til en virksomheds pensionsordning, der i det konkrete tilfælde var en »contracted-out« ordning i forhold til den almindelige socialsikringsordning [17], er en ydelse, som arbejdstageren modtager fra arbejdsgiveren som følge af arbejdsforholdet, og derfor omfattet af traktatens artikel 119 [18].

24. Dommen er for det andet vigtig i den henseende, at Domstolen opstillede en tidsmæssig begrænsning af dens virkninger. Kommissionen henviste i sine indlæg i den præjudicielle sag til, at det var muligt at foretage en sådan begrænsning, mens Det Forenede Kongeriges regering fremhævede de alvorlige økonomiske konsekvenser, det ville få at fortolke artikel 119 således, at den omfattede pensioner, der udbetaltes i henhold til virksomhedspensionsordninger, idet et meget stort antal arbejdstagere i Det Forenede Kongerige var medlemmer af sådanne ordninger, og disse fraveg ofte princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, navnlig derved, at pensionsalderen for de to køn var forskellig [19].

25. Domstolen bemærkede i dommen, at der ved artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7/EØF [20] blev givet medlemsstaterne bemyndigelse til at udsætte den obligatoriske gennemførelse af ligebehandlingsprincippet for så vidt angik fastsættelsen af pensionsalderen for ydelse af alderspensioner, og at denne undtagelse — som jeg også allerede har nævnt — går igen i artikel 9 i direktiv 86/378 vedrørende de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger. Domstolen fandt henset til disse bestemmelser, at medlemsstaterne og de berørte parter med rimelighed havde kunnet gå ud fra, at artikel 119 ikke fandt anvendelse på pensioner, der blev udbetalt i

17 — En »contracted-out« ordning godkendt i medfør af Social Security Pensions Act 1975. Dette indebærer, at den erhvervstilknyttede ordning træder i stedet for den indtægtsbestemte del af den almindelige pensionsordning. Medlemmerne af en sådan ordning betaler kun nedsatte bidrag til den almindelige pensionsordning svarende til det grundbeløb, der i henhold til sidstnævnte ordning udbetales til alle arbejdstagere uanset deres indtægt.

18 — Barber-dommen, præmis 28.

19 — Det tog medlemsstaterne mere end seks et halvt år at tilpasse bestemmelserne i direktiv 86/378 til denne retspraksis. Rådets direktiv 96/97/EF af 20.12.1996 om ændring af direktiv 86/378 (EFT L 46, s. 20).

20 — Rådets direktiv af 19.12.1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT 1979 L 6, s. 24).

henhold til »contracted-out« ordninger, og at der fortsat kunne gøres undtagelse fra princippet om ligestilling af mænd og kvinder på dette område.

26. Domstolen fastslog derfor i dommens præmis 45, at den direkte virkning af traktatens artikel 119 ikke kunne påberåbes til støtte for krav om tilkendelse af pensionsret fra et tidspunkt, der lå forud for afsigelsen af denne dom, medmindre arbejdstagerne eller disses retssuccessorer forinden havde anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage i henhold til gældende national ret.

27. På baggrund af denne dom anlagde The British Petroleum Company plc, Barclays Bank plc og Mars UK Limited m.fl. sag mod Rådet og Kommissionen ved Domstolen [21] med påstand om, at det blev fastslået, at Det Europæiske Økonomiske Fællesskab var erstatningsansvarligt for skade forvoldt af dets institutioner under udøvelsen af deres hverv. Virksomhederne hævdede dels, at de var blevet vildledt af Kommissionen og Rådet, især fra og med vedtagelsen af direktiv 86/378 på grundlag af en tekst, som ikke tog hensyn til fortolkningen af artikel 119 i Bilka-dommen, dels at de som følge af Barber-dommen ville blive påført yderligere udgifter til deres pensionsordninger [22].

28. Af alle de mulige fortolkninger af præmis 45 [23] i Barber-dommen [24] tilsluttede medlemsstaterne sig den, der fremgår af protokollen, som trådte i kraft den 1. november 1993, og hvorefter ydelser i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning med henblik på anvendelsen af artikel 119 ikke skal anses for løn, hvis og i det omfang de kan henføres til beskæftigelsesperioder, der ligger forud for den 17. maj 1990, undtagen for arbejdstagere eller deres ydelsesberettigede pårørende, der inden denne dato har anlagt søgsmål eller indbragt en dertil svarende

21 — EFT 1992 C 24, s. 5.

22 — Sagerne blev overført til Retten i Første Instans den 27.9.1993.

23 — »Paragraph 45 has exercised the minds of lawyers throughout the Community. Attempts have been made to analyse the precise meaning of pension scheme documents in order to determine how and when entitlement arises...«. D. Hudson, »Some reflections on the implications of the Barber decision«, *European Law Review*, s. 163-171, særligt s. 168.

24 — Forfatterne er delte i spørgsmålet om antallet af mulige fortolkninger. E. Traversa, »Interdiction de discrimination entre travailleurs masculins et féminins, arrêt du 17 mai 1990«, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, s. 426 ff., særlig s. 429, foreslår tre mulige fortolkninger. S. Deakin, »Equality in Pensions Law — The limits of Barber«, *The Cambridge Law Journal*, 1994, s. 236-239, særligt s. 237, S. Moore, »'Justice Doesn't Mean a Free Lunch': The Application of the Principle of Equal Pay to Occupational Pension Schemes«, *European Law Review*, 1995, s. 159 ff., særlig s. 163, J.-M. Binon, »L'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale: La 'valse-hésitation' du droit européen«, *Cahiers de droit Européen*, 1996, s. 635-721, særlig s. 664 og 665, og M. De Vos, »La notion de 'rémunération' au sens de l'article 119 du Traité de Rome et son application dans le temps au regard de l'arrêt Barber et des arrêts postérieurs de la Cour de justice des Communautés européennes«, *Revue de droit social*, 1995, s. 156-205, særlig s. 184, anfører fire mulige fortolkninger. Endelig opstilles der hele fem fortolkninger i S. Honeyball og J. Shaw, »Sex, law and the retiring man«, *European Law Review*, 1991, s. 47 ff., særlig s. 56.

klage i overensstemmelse med den relevante nationale ret [25].

B — *Besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål. Spørgsmålet, om protokollen ad EF-traktatens artikel 119 finder anvendelse på den omtvistede supplerende godtgørelse*

29. Cour du travail de Bruxelles ønsker med det første præjudicielle spørgsmål oplyst, om en godtgørelse, der skal supplere arbejdsløshedsunderstøttelsen, og som i henhold til en kollektiv overenskomst udbetales af arbejdsgiveren til arbejdstagere over en vis alder, som er omfattet af personaleindskrænkningsprogrammer, skal anses for en ydelse i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning, som er omfattet af protokollen ad traktatens artikel 119.

30. Direktiv 79/7 regulerer de lovbestemte ordninger, der sikrer beskyttelse mod følgende risici: sygdom, invaliditet, alderdom, arbejdsulykker og erhvervssygdomme og arbejdsløshed. Den finder ligeledes anvendelse på bestemmelserne om social bistand, i det omfang disse er bestemt til at supplere eller træde i stedet for de nævnte ordninger.

31. Allerede i Defrenne-dommen fra 1971 sondrede Domstolen mellem lovmæssige socialsikringsordninger og ordninger, som var omfattet af traktatens artikel 119 [26]. Førstnævnte ordninger finder obligatorisk anvendelse på almindelige grupper af arbejdstagere. Alderspensioner i henhold til sådanne ordninger er direkte reguleret ved lov, således at der ikke foreligger nogen overenskomst inden for den pågældende virksomhed eller erhvervsgren. Disse 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 end af socialpolitiske overvejelser. I henhold til disse ordninger modtager arbejdstageren de ved lov fastsatte ydelser, ikke som følge af arbejdsgiverbidraget, men alene fordi han opfylder lovens betingelser for tildeling af ydelsen [27].

25 — De virksomheder, som havde anlagt sag mod Rådet og Kommissionen, frafaldt sagen den 18.5.1995, da de var blevet klar over, at de retsregler, der var gældende på tidspunktet for sagsanlægget, var blevet ændret som følge af protokollens ikrafttræden og Domstolens udtalelser i en række domme. Ved kendelse afsagt af Retten i Første Instans den 12.7.1995 blev sagen slettet af registret.

26 — Generaladvokat Dutheillet de Lamothe beskriver i afsnit III i sit forslag til afgørelse i denne sag, hvor forskellige og indviklede medlemsstaternes pensionsordninger er. Han sondrer mellem almindelige og særlige lovbestemte socialsikringsordninger, som han ikke mener er omfattet af traktatens artikel 119, på den ene side, og på den anden side ordninger, som han mener er omfattet af denne bestemmelse, nemlig dels pensionsordninger, hvor ydelserne betales direkte af arbejdsgiveren, dels overenskomstmæssige pensionsordninger, de såkaldte »tillægs«-ordninger, hvor ydelserne, der supplerer ydelserne fra den almindelige ordning, betales af branche- eller fællesbranchekasser.

27 — Dom af 25.5.1971, sag 80/70, Defrenne, Sml. 1971, s. 109, org. ref.: Rec. s. 445, præmis 8 og 10.

32. De ordninger, som er omfattet af traktatens artikel 119, er derimod kendetegnet ved, at de finansieres af arbejdsgiveren alene eller af denne sammen med arbejdstagerne, men uden deltagelse af det offentlige, og ved, at de kun omfatter arbejdstagere, som er beskæftigede i bestemte virksomheder eller brancher. Disse ordninger hører til de erhvervstilknyttede sikringsordninger som omhandlet i direktiv 86/378, der i artikel 2 opstiller følgende definition: Ved erhvervstilknyttede ordninger forstås ordninger, der ikke er omfattet af direktiv 79/7/EØF, og som har til formål at sikre lønmodtagere eller selvstændige erhvervsdrivende samlet inden for en virksomhed eller en gruppe af virksomheder, inden for en erhvervsgren eller inden for en faglig eller tværfaglig branche, ydelser, som skal supplere ydelserne fra de lovbestemte sociale sikringsordninger eller træde i stedet for disse, uanset om medlemskab af disse ordninger er obligatorisk eller ej.

Direktiv 86/378 finder i henhold til artikel 4 anvendelse på både erhvervstilknyttede ordninger, der sikrer beskyttelse mod risikoen for sygdom, invaliditet, alderdom, også i tilfælde af førtidspensionering, arbejdsulykker og erhvervssygdomme og arbejdsløshed, og på erhvervstilknyttede ordninger, som vedrører andre sociale natural- eller kontantydelser, herunder ydelser til efterladte og familieydelser, såfremt disse ydelser udbetales til lønmodtagere og derfor er ydelser, som disse modtager fra arbejdsgiveren som følge af arbejdsforholdet.

33. Den omtvistede godtgørelse udbetales ikke i henhold til en social sikringsordning, der er direkte reguleret ved lov, og den finder ikke obligatorisk anvendelse på almindelige grupper af arbejdstagere. Som allerede nævnt afviste Domstolen i dommen af 17. februar 1993[28] den belgiske regerings argument, hvorefter godtgørelsen måtte betragtes som en socialsikringsydelse, fordi den sammen med arbejdsløshedsunderstøttelsen udgjorde en uadskillelig helhed, nemlig en såkaldt »overenskomstmæssig førtidspension«.

34. Der er derimod tale om en godtgørelse i henhold til en kollektiv overenskomst, som udbetales til arbejdstagerne i en virksomhed, og som skal supplere ydelserne i henhold til den lovbestemte ordning, der sikrer arbejdstagerne beskyttelse mod arbejdsløshed i tilfælde af afskedigelse ved en bestemt alder, og som udbetales af den sidste arbejdsgiver som følge af arbejdsforholdet, idet beløbet fastsættes på grundlag af antallet af tjenesteår.

35. Den omhandlede supplerende godtgørelse falder derfor inden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 119, og den

28 — Jf. ovenfor i fodnote 5.

sociale sikringsordning, i henhold til hvilken den udbetales, er en erhvervstilknyttet ordning.

36. Herefter skal det undersøges, om godtgørelsen er omfattet af protokollen, idet det herved skal erindres, at Domstolen i dommen fra 1993 ikke kommenterede den belgiske regerings argument om, at såfremt den ved kollektiv overenskomst nr. 17 indførte supplerende godtgørelse skulle være omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 119, måtte det være berettiget at anvende protokollen, der indfører en tidsmæssig begrænsning af rækkevidden af artikel 119 for så vidt angår ydelser i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning.

37. Cour du travail de Bruxelles redegør i forelæggelseskendelsen for sine tvivlsspørgsmål vedrørende anvendelsen af protokollen på nærværende sag. Jeg vil forsøge at fjerne denne tvivl, efterhånden som jeg undersøger disse spørgsmål.

38. Retten mener for det første ikke, at det er klart, om den tidsmæssige begrænsning af virkningerne af artikel 119, således som den er fastsat i protokollen, kun gælder for pensionsordninger, der svarer til de kriterier, Domstolen har opstillet i Barber-dommen og i de efterfølgende domme, eller om denne begrænsning i overensstemmelse med formuleringen i protokollen omfatter alle ydelser, som udbetales i henhold til en erhvervstilknyttet social sikringsordning.

39. På dette stadium mener jeg ikke, at der længere kan være tvivl om, hvorvidt protokollen udelukkende finder anvendelse på pensionsordninger eller på alle ydelser, som udbetales i henhold til en erhvervstilknyttet social sikringsordning. Selv om Domstolen ganske vist i Barber-dommen fastslog, at traktatens artikel 119 ikke kunne påberåbes til støtte for krav om tilkendelse af pensionsret fra et tidspunkt, der lå forud for afsigelsen af denne dom, må det erindres, at sagsøgeren i hovedsagen netop gjorde krav på tilkendelse af ret til alderspension, og der var ikke tale om andre ydelser. I Ten Oever-dommen [29], som var den næste dom i rækken af sager, hvor sagsøgeren gjorde krav på tilkendelse af ret til efterladtepension, præciserede Domstolen imidlertid — med henvisning til begrundelsen for begrænsningen af de tidsmæssige virkninger af Barber-dommen — at ligebehandlingen med hensyn til erhvervstilknyttede pensioner kun kunne påberåbes, for så vidt angik ydelser, der vedrørte beskæftigelsesperioder efter den 17. maj 1990 [30].

Netop dette aspekt præciserede Domstolen i præmis 49 i Fisscher-dommen [31], hvori den fastslog, at »[p]rotokollen er... klart knyttet til Barber-dommen, idet den dato, der henvises til, nemlig den 17. maj 1990, er den samme. I Barber-dommen blev det fastslået, at det udgør en forskelsbehand-

29 — Dom af 6.10.1993, sag C-109/91, Sml. I, s. 4879.
30 — Præmis 19.
31 — Dom af 28.9.1994, sag C-128/93, Sml. I, s. 4583.

ling af mænd og kvinder, at der gælder forskellige aldersbetingelser for de to køn for retten til at opnå en arbejdsophørspension efter en afskedigelse af driftsmæssige grunde. Der er blevet anlagt forskellige fortolkninger af Barber-dommen, hvori Domstolen har begrænset virkningerne af den fortolkning af traktatens artikel 119, der anlægges i dommen, fra domsafsigelsen den 17. maj 1990. Med afsigelsen af dommen i Ten Oever-sagen, som lå forud for ikrafttrædelsen af traktaten om Den Europæiske Union, blev disse fortolkningsforskelle fjernet. I protokol nr. 2 er der i det væsentlige fastlagt samme fortolkning af Barber-dommen som den, der er anlagt i Ten Oever-dommen — idet den anlagte fortolkning dog udvides til at omfatte alle ydelser fra en erhvervstilknyttet social sikringsordning...«.

40. Den nationale ret mener for det andet, at de fleste af de kriterier, som Domstolen har anvendt i sine domme vedrørende fortolkningen af protokollen, som har været udtryk for et ønske om at sikre den finansielle ligevægt i pensionsordningerne, ikke kan anvendes på den ordning, som er indført ved kollektiv overenskomst indgået i det paritetiske underudvalg Sabena, vedrørende udbetaling af den omtvistede supplerende godtgørelse. Disse kriterier, som Domstolen har opstillet i præmis 17 og 18 i Ten Oever-dommen [32], er dels de særlige forhold, der gør sig gældende med hensyn til løn, der udbetales i form af pension, idet der er en tidsmæssig forskydning mellem erhvervelsen af retten til pension, som sker gradvis i løbet af hele arbejdstagerens beskæftigelsesforløb, og den faktiske udbetaling af ydelsen, som opsættes indtil opnåelsen af en bestemt alder, dels de særlige mekanismer i forbindelse med finansieringen af erhvervstilknyttede pensioner, idet der består en forbindelse mellem de periodiske bidrag og de beløb, der skal udbetales engang i fremtiden.

Den nationale mener derimod, i) at der ikke er nogen årsagsforbindelse mellem den omtvistede supplerende godtgørelse og beskæftigelsesperioderne forud for den 17. maj 1990, ii) at størrelsen af denne er uden forbindelse med de indbetalte bidrag, iii) at der ikke er nogen tidsmæssig forskydning mellem erhvervelsen af retten til pension og den faktiske udbetaling af ydelsen, og iv) at den supplerende godtgørelse ikke er underlagt de samme finansieringsvilkår som de erhvervstilknyttede pensioner.

41. Jeg er ikke enig i, at der i nærværende sag ikke består en årsagsforbindelse mellem godtgørelsen og beskæftigelsesperioderne forud for domsafsigelsen i Barber-sagen [i)]. Sabena udbetalte nemlig den omtvistede supplerende godtgørelse i sin egenskab af tidligere arbejdsgiver for Marthe Defreyn, der havde arbejdet for denne virksomhed fra juni 1960 til december 1986. Godtgørelsen blev altså udbetalt som følge af det arbejdsforhold, som var indgået mellem de to parter, og som blev afsluttet inden den 17. maj 1990.

Selv hvis vi går ud fra, at den nationale ret har ret, og der ikke består en årsagsforbindelse mellem den omtvistede supplerende godtgørelse og beskæftigelsesperio-

32 — Jf. ovenfor i fodnote 29.

derne forud for den 17. maj 1990, har Domstolen under alle omstændigheder i præmis 60 i Coloroll-dommen [33] fastslået, at begrænsningen af de tidsmæssige virkninger af Barber-dommen kun gælder for ydelser, som ikke afhænger af, hvor længe den pågældende faktisk har været beskæftiget, såfremt den udløsende begivenhed indtraf før den 17. maj 1990 [34]. I nærværende sag indtraf den udløsende begivenhed, nemlig afskedigelsen, før denne dato.

42. Jeg er heller ikke enig i den påstand, at størrelsen af godtgørelsen ikke afhænger af de indbetalte bidrag [ii)], eftersom denne fastsættes på grundlag af antallet af tjenesteår som 1% af den sidste bruttomånedsløn pr. år, og eftersom personer med mere end 25 års anciennitet garanteres 82% af dette beløb. Den største del af bidragene til de sociale sikringsordninger, både de lovbestemte og de erhvervstilknyttede, betales netop i de år, hvor arbejdstageren er erhvervsaktiv.

43. For så vidt angår den tidsmæssige forskydning mellem erhvervelsen af retten til godtgørelsen og den faktiske udbetaling af denne [iii)], som er et særligt, om end ikke unikt, kendetegn for pensionsordninger, mener jeg ikke som den nationale ret, at det kan konstateres, at en sådan ikke findes i forbindelse med den omtvistede supplerende godtgørelse.

Det er rigtigt, at denne godtgørelse, som blev indført for at tilskynde arbejdstagere over en vis alder til at forlade arbejdspladsen, således at yngre arbejdstagere kunne opretholde deres arbejdsplads, ikke opnås på samme måde som alderspensionen, som arbejdstageren optjener ret til gradvis i løbet af hele sit beskæftigelsesforløb, og som alle arbejdstagere med alderen får ret til [35].

For mig at se er det alligevel åbenbart, at der er en tidsmæssig forskydning, idet der er tale om en godtgørelse, der ligesom ydelser ved alderdom og arbejdsløshedsunderstøttelse kun udbetales, hvis arbejdsforholdet er ophørt. En sådan forskydning findes derimod ikke i forbindelse med ydelser ved f.eks. uarbejdsdygtighed på grund af sygdom eller arbejdsulykker, der kun udbetales, så længe arbejdstageren er aktiv på arbejdsmarkedet, og hvor der ikke er nogen afbrydelse mellem erhvervelsen af retten og udbetalingen af ydelsen.

44. Det er rigtigt, at den supplerende godtgørelse ikke er underlagt de samme

33 — Dom af 28.9.1994, sag C-200/91, Sml. I, s. 4389.

34 — Det skal dog præciseres, at Domstolen i denne sag helt konkret henviste til ydelser som f.eks. betaling af et engangsbeløb i tilfælde, hvor en arbejdstager afgår ved døden, mens arbejdsforholdet består.

35 — Med hensyn til den supplerende godtgørelse vil det nok forholde sig således, at ikke alle arbejdstagere, som har opnået den krævede alder, vil anmode om at få den tilkendt, og af dem som gør det, vil ikke alle få den udbetalt, idet virksomheden kan nægte at tilkende den. På den anden side kan nogle arbejdstagere, som ikke har anmodet om godtgørelsen, blive nødt til at acceptere den, hvis de afskediges og er omfattet af den kollektive overenskomst.

finansieringsvilkår som de erhvervstilknyttede pensioner [iv)], hvor der er en sammenhæng mellem de periodiske bidrag og de beløb, der skal udbetales engang i fremtiden. Dette er imidlertid ikke tilstrækkeligt til at konkludere, at protokollen ikke finder anvendelse på godtgørelsen. Der er nemlig tale om en ydelse, der — henset til den alder, de ydelsesberettigede personer skal have — kunne betegnes som en førtidspensionsydelse, som skal supplere arbejdsløshedsunderstøttelsen ved afskedigelse, og hvor den periode, hvori ydelsen oppebæres, afhænger af pensionsalderen, som i Belgien ikke var den samme for mænd som for kvinder. En sådan kønsbestemt forskel i pensionsalderen fik medlemsstaterne lov til at opretholde ved artikel 9 i direktiv 86/378. Den sagsøgte virksomhed må derfor have hørt til kredsen af berørte parter, som med rimelighed kunne gå ud fra, at artikel 119 ikke fandt anvendelse på godtgørelsen, og som kalkulerede hermed i forbindelse med personaleindskrænkninger. Jeg mener derfor, at hvis en sådan virksomhed nu blev tvunget til at anvende ligelønsprincippet på denne godtgørelse i retsforhold, hvis virkninger allerede er udtømt, kunne det bevirke, at ligevægten i den ved den kollektive overenskomst indførte ordning blev alvorligt forstyrret.

45. Jeg er heller ikke enig med Kommissionen i, at protokollen ikke finder anvendelse på Marthe Defreyn's krav om betaling af den supplerende godtgørelse for tiden fra december 1991 til november 1996 — en periode, som ligger efter den 17. maj 1990. Det fremgår af en simpel læsning af protokollen, at det er beskæftigelsesperioderne, og ikke det tidsrum, inden for hvilket arbejdstageren har ret til at modtage godtgørelsen, som skal ligge efter denne dato.

46. Endelig skal det bemærkes, at Marthe Defreyn ophørte med at arbejde for Sabena i december 1986, og at virksomheden udbetalte hende den supplerende godtgørelse, indtil hun fyldte 60 år i november 1991. Da bidragene til den erhvervstilknyttede pensionsordning ifølge artikel 9 i den kollektive overenskomst fortsat indbetales, som om arbejdstageren var erhvervsaktiv, har jeg spurgt mig selv, om perioden fra den 17. maj 1990 til den 30. november 1991 burde betragtes som en beskæftigelsesperiode eller en dermed ligestillet periode, i hvilken Marthe Defreyn ville have optjent ret til godtgørelsen, i forbindelse med hvilken hun ville kunne påberåbe sig den direkte virkning af artikel 119 til støtte for et krav om ligebehandling.

Jeg mener, at svaret må være benægtende. I henhold til artikel 4 i overenskomsten skal virksomheden nemlig vedblive med at udbetale den supplerende godtgørelse til den tidligere arbejdstager, indtil denne når pensionsalderen, også selv om retten til arbejdsløshedsunderstøttelse ophører, fordi arbejdstageren begynder at arbejde igen i en anden virksomhed. Hvis den ydelsesberettigede person kan arbejde for en anden virksomhed og samtidig modtage denne godtgørelse, kan den periode, hvori den modtages, således ikke anses for en beskæftigelsesperiode i Sabena.

47. Jeg må derfor konkludere, at den omtvistede supplerende godtgørelse er en ydelse i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning, som protokollen ad artikel 119 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab finder anvendelse på.

C — *Det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål vedrørende anvendelsen af direktiv 76/207 på den foreliggende sag*

48. Med det andet og tredje spørgsmål ønsker Cour du travail de Bruxelles nærmere bestemt oplyst, om artikel 5 i direktiv 76/207 er til hinder for, at den omtvistede godtgørelse tildeles kvinder, indtil de fylder 60 år, mens den tildeles mænd, indtil de fylder 65 år, og om Marthe Defreyn, hvis protokollen finder anvendelse på nærværende sag, ville kunne støtte sine påstand på denne bestemmelse.

49. Direktiv 76/207 indeholder bestemmelser om gennemførelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse og arbejdsvilkår. Det fremgår af anden betragtning til dette direktiv, at det ikke omhandler løn. Domstolen har i præmis 24 i Gillespie-dommen [36] fastslået, at når en ydelse udgør løn, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet direkte eller indirekte modtager fra arbejdsgiveren, er den omfattet af traktatens artikel 119, og den kan ikke tillige være omfattet af direktiv 76/207.

Eftersom der ikke kan være tvivl om, at den omtvistede godtgørelse udgør løn som omhandlet i artikel 119, er bestemmelserne i direktiv 76/207 ikke relevante for afgørelsen af nærværende sag, og det er derfor ikke nødvendigt at besvare disse to præjudicielle spørgsmål.

36 — Dom af 13.2.1996, sag C-342/93, Sml. I, s. 475.

VII — Forslag til afgørelse

50. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at besvare de spørgsmål, der er forelagt af Cour du travail de Bruxelles, som følger:

»1) Den supplerende fratrædelsesgodtgørelse, som omhandles i den kollektive arbejdsoverenskomst nr. 17, der er gjort bindende ved kongelig anordning af 16. januar 1975, og som omhandles i den kollektive arbejdsoverenskomst af 23. maj 1984, der er indgået i det paritetiske underudvalg nr. 315.1, er en ydelse i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning, som protokollen ad artikel 119 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab finder anvendelse på.

2) Eftersom den omtvistede supplerende fratrædelsesgodtgørelse udgør løn som omhandlet i traktatens artikel 119, er det ikke nødvendigt at besvare det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål.«