FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 16 mars 2000 *

I — Inledning

1. Specialister på gemenskapsrätt och i synnerhet de som är bekanta med EG-domstolens rättspraxis på området för socialpolitik, vet mycket väl att detta inte är första gången som en tvist mellan Société anonyme belge d'exploitation de la navigation aérienne (Sabena) och en av dess anställda leder till en begäran om förhandsavgörande.

Det är heller inte första gången som Cour du travail de Bruxelles ställer en fråga med stöd av artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG), i en av dessa tvister. [1] I detta fall begär den nationella domstolen en tolkning av protokollet om artikel 119 i EG-fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen [2] (nedan kallat protokollet).

2. EG-fördraget, inklusive bilagor och protokoll, ändrades i enlighet med föreskrifterna i artikel 6 i Amsterdamfördraget, [3] för att upphäva obsoleta bestämmelser och anpassa texten i vissa av bestämmelserna. Följaktligen föreskrev artikel 12 i Amsterdamfördraget att artiklarna i EG-fördraget skulle numreras om enligt de tabeller som fastställs i dess bilaga.

Till följd av denna omnumrering har artiklarna 117—120 i EG-fördraget ersatts av artiklarna 136 EG—143 EG, och protokollet om artikel 119 i EG-fördraget om upprättandet av Europiska gemenskapen har ändrat beteckning till protokollet om artikel 141 i Fördraget om upprättandet av Europiska gemenskapen.

II — Bakgrunden till tvisten vid den nationella domstolen

3. Kollektivavtal nr 17 av den 19 december 1974, som ingicks i Conseil national du travail [4] i Belgien, upprättar ett system för

* Originalspråk: spanska.

1 — Det var samma domstol som ställde den tolkningsfråga som låg till grund för domen av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne (REG 1976, s. 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59).

2 — Protokoll (nr 2) om artikel 119 i EG-fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, fogat till EG-fördraget genom Fördraget om Europeiska unionen, som undertecknades i Maastricht den 7 februari 1992 och trädde i kraft den 1 november 1993 (EGT C 191, 1992, s. 68).

3 — Som ändrade Fördraget om Europeiska unionen, Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och vissa anknytande rättsakter. Det undertecknades den 2 oktober 1997 i Amsterdam och trädde i kraft den 1 maj 1999.

4 — Detta avtal gjordes genom kunglig förordning av den 16 januari 1975 till tvingande rätt.

tilläggsersättning vid uppsägning av arbetstagare som är 60 år eller äldre, under förutsättning att de har rätt till arbetslöshetsunderstöd. Tilläggsersättningen utbetalas av den senaste arbetsgivaren och uppgår till hälften av mellanskillnaden mellan nettoreferenslönen och arbetslöshetsunderstödet.

4. Kollektivavtalet av den 23 maj 1984, som ingicks i det partssammansatta underorganet nr 315.1, Sabena, och slöts inom ramen för kollektivavtal nr 17, föreskriver att manliga arbetstagare som är äldre än 55 år och kvinnliga arbetstagare som är äldre än 53 år och som gått med på att sägas upp, under förutsättning att de uppbär arbetslöshetsersättning, har rätt till en tilläggsersättning som betalas av företaget. Ersättningen betalas för män ut till dess arbetstagaren fyller 65 år och för kvinnor till dess de fyller 60 år. Systemet infördes för att komma till rätta med en situation av undersysselsättning som framför allt är en följd av utvecklingen av särskilda arbetstekniker inom sektorn för kommersiell luftfart och för att skapa förutsättningar för fortsatt anställning för yngre arbetstagare.

5. I juni 1960 påbörjade Marthe Defreyn, klagande i tvisten vid den nationella domstolen, sin anställning hos svaranden, flygbolaget Sabena. I november 1984 begärde hon att få komma i åtnjutande av tilläggsersättningen. Företaget meddelade henne att hennes begäran beviljats och gav henne en uppsägningstid på två år som löpte ut den 31 december 1986.

Företaget förpliktade sig att från och med den 1 januari 1987 till och med november 1991, då hon fyllde 60 år, till henne betala tilläggsersättningen som normalt uppgår till en procent av den senaste bruttomånadslönen per tjänsteår. Det föreskrivs dock ett undantag till förmån för arbetstagare som har minst 25 tjänsteår, som innebär att beloppet av arbetslöshetsersättningen och tilläggsersättningen, inbegripet personliga avtalsmässiga pensionsavgifter, uppgår till 82 procent av den sista nettolönen för den månad som föregick den dag då förtidspensioneringen skedde.

6. Marthe Defreyn uppbar fram till november 1991, då hon fyllde 60 år, tilläggsersättningen till arbetslöshetsunderstödet, varefter hon erhöll ålderspension.

7. I en dom av den 17 februari 1993,[5] i en talan om fördragsbrott mot Belgien, fastslog domstolen att en tilläggsersättning som betalas av den sista arbetsgivaren och som utbetalas till uppsagda arbetstagare som uppnått en viss ålder och har rätt till arbetslöshetsersättning, utgör lön i den

5 — Mål C-173/91, kommissionen mot Belgien (REG 1993, s. I-673).

mening som avses i artikel 119 i EG-fördraget, vilket medför att förmånen inte kan nekas kvinnliga arbetstagare som fyllt 60 år, när manliga arbetstagare har rätt att erhålla den tills de fyller 65 år.

8. Med kännedom om denna dom begärde Marthe Defreyn i juni 1993 att tilläggsersättningen skulle utbetalas till henne till dess hon fyllde 65 år, det vill säga till och med november 1996.

9. Då företaget avslog denna begäran väckte Marthe Defreyn i september 1993 talan vid Tribunal du travail du Bruxelles. Hon yrkade att Sabena skulle förpliktas att för perioden från och med december 1991 till och med november 1996 till henne betala den tilläggsersättning som, tillsammans med arbetslöshetsersättningen, garanterade henne 82 procent av nettolönen den sista arbetsmånaden, samt ränta och ersättning för rättegångskostnaderna. Det yrkade beloppet för tilläggsersättningen uppgick till 1 624 380 BEF.

10. Tribunal du travail ansåg inledningsvis att talan kunde tas upp till prövning, men ogillade den och förpliktade Marthe Defreyn att ersätta rättegångskostnaderna. I sina skäl förklarade den domstolen att den ersättning som kompletterade arbetslöshetsersättningen omfattades av protokollets tillämpningsområde, vilket tidsmässigt begränsade räckvidden av artikel 119 i EG-fördraget avseende förmåner som utgår på grund av företags- eller yrkesbaserade sociala trygghetssystem. Den fann det styrkt att Marthe Defreyn grundade sin begäran på en tjänstgöringsperiod före den 17 maj 1990 och att hon inte förrän efter detta datum hade inlett ett rättsligt förfarande.

III — Tolkningsfrågorna

11. Cour du travail de Bruxelles (Belgien), som har att pröva Marthe Defreyns överklagande, har med stöd av artikel 177 i EG-fördraget ställt följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Kan den tilläggsersättning vid förtida avgång som föreskrivs i kollektivavtal nr 17, vilket gjorts till tvingande rätt genom den kungliga förordningen av den 16 januari 1975, och som föreskrivs i kollektivavtalet av den 23 maj 1984, ingånget inom det partssammansatta underorganet nr 315.1, anses vara ett bidrag som utbetalas till en arbetstagare på grund av ett socialt trygghetssystem på vilket protokollet om artikel 119 i EG-fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen är tillämpligt?

2) Är bestämmelserna i kollektivavtal nr 17 och i kollektivavtalet av den 23 maj 1984, ingånget inom det partssammansatta underorganet 315.1, för-

enliga med artikel 5 i direktiv 76/207/EG när de utesluter kvinnliga arbetstagare som är äldre än 60 år från rätten till bidrag vid förtida avgång, vilka utgör en tilläggsersättning vid uppsägning som betalas tillsammans med arbetslöshetsunderstödet, när manliga arbetstagare tillförsäkras samma ersättningar upp till 65 års ålder?

3) För det fall ovanstående två frågor besvaras jakande, utgör tillämpningen av protokollet om artikel 119 i EG-fördraget hinder för att bifalla den talan som väckts av Marthe Defreyn, såvitt den grundas på överträdelse av artikel 5 i direktiv 76/207?"

IV — Gemenskapsrättsliga bestämmelser

12. Artikel 119 i EG-fördraget slår fast principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete. Artikelns andra stycke definierar begreppet lön på följande sätt:

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

13. Protokollet syftar till att tidsmässigt precisera rättsverkningarna av artikel 119 i EG-fördraget avseende pensioner som beviljas på grund av yrkesbaserade sociala trygghetssystem och föreskriver:

"Vid tillämpningen av artikel 119 i detta fördrag skall förmåner för arbetstagare på grund av sociala trygghetssystem inte anses som lön om och i den mån förmånerna kan hänföras till anställningstider före den 17 maj 1990, utom när det gäller arbetstagare eller deras förmånsberättigade anhöriga som före den tidpunkten har väckt talan vid domstol eller inlett ett likvärdigt förfarande enligt tillämplig nationell lagstiftning." [6]

6 — Protokollet lyder efter den omnumrering av fördragets artiklar som genomfördes genom Amsterdamfördraget: "Vid tillämpningen av artikel 141 i detta fördrag skall förmåner för arbetstagare på grund av sociala trygghetssystem inte anses som lön om och i den mån förmånerna kan hänföras till anställningstider före den 17 maj 1990, utom när det gäller arbetstagare eller deras förmånsberättigade anhöriga som före den tidpunkten har väckt talan vid domstol eller inlett ett likvärdigt förfarande enligt tillämplig nationell lagstiftning."

14. Artikel 5 i direktiv 76/207/EEG[7] vars tolkning även intresserar den nationella domstolen, har följande lydelse:

"1. Tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, innebär att kvinnor och män skall vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön.

..."

V — Förfarandet vid domstolen

15. Skriftliga yttranden har inom den tidsfrist som föreskrivs i artikel 20 i domstolens EG-stadga inkommit från företaget Sabena, den belgiska regeringen och kommissionen. Vid förhandlingen, som hölls den 24 februari 2000 infann sig ombuden för Marthe Defreyn, Sabena, den belgiska regeringen, den brittiska regeringen och kommissionen för att avge muntliga yttranden.

16. Marthe Defreyn har anfört att protokollet inte är tillämpligt i hennes konkreta fall eftersom hon begär betalning av en tilläggsersättning, som domstolen i sin dom av den 17 februari 1993[8] betecknade som lön i den mening som avses i artikel 119 i EG-fördraget, och inte som en social trygghetsförmån.

17. Såväl Sabena som den belgiska regeringen anser att den tilläggsersättning vid förtidspensionering som Marthe Defreyn begär utgör lön i den mening som avses i artikel 119 och att det system genom vilket ersättningens utbetalning fastställs utan tvekan är ett företags- eller yrkesbaserat socialt trygghetssystem som har skapats för att komplettera ett befintligt socialt trygghetssystem. Marthe Defreyn har dock inte rätt att uppbära denna ersättning till dess hon fyller 65 år, eftersom situationen helt faller inom protokollets tillämpningsområde, som tidsmässigt begränsar tillämpningen av begreppet lön på förmåner grundade på sociala trygghetssystem. Båda anser att protokollets tillämpning inte begränsas till förmåner som utbetalas i form av tjänstepension, utan att det omfattar varje förmån som beviljas på grund av ett företags- eller yrkesbaserat socialt trygghetssystem och, därmed, den tilläggsersättning som yrkas av Marthe Defreyn. Därför föreslår de att den nationella domstolens fråga skall besvaras så att den omtvistade förmånen utges på grund av ett företags- eller yrkesbaserat socialt trygghetssystem på vilket protokollet är tillämpligt.

De har anfört att, om domstolen skulle göra en motsatt bedömning, detta leder till

7 — Rådets direktiv 76/207 av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 191).

8 — Ovan fotnot 5.

slutsatsen att protokollet inte påverkar den omtvistade förmånen, vilket innebär att den rättspraxis som slogs fast i domstolens dom av den 17 februari 1993 [9] är tillämplig och att det är nödvändigt att ge klaganden rätt. Den belgiska regeringen har tillagt att det i så fall, då de avtalsenliga förtidspensioneringarna är mycket omfattande i Belgien, skulle föreligga en avsevärd risk för en mängd klagomål för att få tilläggsersättning vid förtidspensionering som, om de bifölls, skulle leda till en ekonomisk obalans som får allvarliga följder för landets ekonomi.

18. Den brittiska regeringen har framhållit att tilläggsersättningen utbetalas på grund av ett företags- eller yrkesbaserat socialt trygghetssystem, på vilket protokollet är tillämpligt. Den stöder detta påstående med en rad argument. För det första begränsar inte protokollets lydelse dess tillämpningsområde till tjänstepensioner. För det andra medges den begärda förmånen på företagsnivå och är avsedd att komplettera den arbetslöshetsersättning som utbetalas genom det allmänna sociala trygghetssystemet. För det tredje innebär den omständigheten att protokollet inte gör skillnad mellan olika förmåner att det skall tillämpas på samtliga förmåner som utbetalas på grund av företags- eller yrkesbaserade sociala trygghetssystem. Slutligen är den förmån som har begärts av Marthe Defreyn hänförlig till tjänstgöringsperioder före den 17 maj 1990, eftersom rätten förvärvas i förhållande till antalet tjänstgöringsår för företaget och beloppet beräknas som en procentandel av den sista lön som uppbars av arbetstagaren.

19. Kommissionen hyser inga tvivel rörande förmånens karaktär. Den anser att det är fråga om lön i den mening som avses i artikel 119 i EG-fördraget och att förmånen följaktligen skall utbetalas till kvinnliga och manliga arbetstagare på samma villkor, och att det system som tillämpats på Marthe Defreyn, och som innebär att tilläggsersättningen utbetalas till kvinnor tills de fyller 60 år och till män tills de fyller 65 år, står i strid med sagda artikel.

Kommissionen anser att den period för vilken Marthe Defreyn har begärt betalning av tilläggsersättningen, som sträcker sig från den 1 december 1991, då hon fyllde 60 år, till den 30 november 1996, då hon fyllde 65 år, inte kan anses som en tjänstgöringsperiod i strikt bemärkelse. Kommissionen har kommit till slutsatsen att protokollet inte är tillämpligt i detta konkreta fall, eftersom de begärda förmånerna täcker en period efter den 17 maj 1990 och eftersom den ovannämnda domen av den 17 februari 1993, i vilken Belgien dömdes för fördragsbrott, inte innehåller någon tidsmässig begränsning av dess verkningar.

9 — Ovan fotnot 5.

VI — Prövning av tolkningsfrågorna

A — *Inledande anmärkningar och bakgrund*

20. För att kunna besvara den nationella domstolen frågor är det nödvändigt att gå tillbaka till den 13 maj 1986, då domen i målet Bilka [10] avkunnades. Domstolen slog fast att ett system för tilläggspensioner, som upprättats genom ett avtal mellan arbetsgivaren och ett råd som företräder de anställda vid företaget, och som har till ändamål att komplettera de sociala förmåner som utgår i enlighet med den generellt tillämpliga nationella lagstiftningen, med förmåner som helt finansieras av arbetsgivaren och som utgör en integrerad del av anställningsavtalen, inte utgör ett socialt trygghetssystem som är direkt reglerat i lag och som därför är undantaget från tillämpningsområdet för artikel 119. De förmåner som med stöd av det omtvistade systemet utges till de anställda utgör tvärtom förmåner som arbetstagaren får av arbetsgivaren på grund av anställningen, i den mening som avses i artikel 119 andra stycket, med påföljd att de villkor som arbetsgivaren uppställde för att ge sina anställda tillgång till ett system med dessa särdrag omfattas av tillämpningsområdet för artikel 119. [11]

21. Trots denna dom antog rådet några månader senare direktiv 86/378/EEG [12] (nedan kallat direktiv 86/378) i syfte att reglera tillämpningen av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet. Enligt dess artikel 9 får medlemsstaterna uppskjuta den obligatoriska tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om avgörande av pensionsålder i syfte att bevilja ålderspension, antingen till det datum då sådan jämställdhet uppnås i lagstadgade system, eller allra senast till dess att sådan jämställdhet krävs av ett direktiv. Ett sådant direktiv har inte sett dagens ljus. [13]

22. Den 17 maj 1990 avkunnade domstolen dom i målet Barber [14] vilken, som bekant, fortsätter den linje som inleddes 1976 med domen i målet Defrenne, [15] och fortsatte 1986 genom domen i målet Bilka. [16] Domen utgör en milstolpe i utvecklingen av gemenskapens socialpolitik, närmare bestämt i fråga om tolkningen av principen om lika lön för män och

10 — Dom av den 13 maj 1986 i mål 170/84, Bilka (REG 1986, s. 1607; svensk specialutgåva, volym 8, s. 583).

11 — *Ibidem*, punkterna 20 och 22.

12 — Rådets direktiv 86/378/EEG av den 24 juli 1986 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet (EGT L 225, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 4, s. 83).

13 — Den 27 oktober 1987 presenterade kommissionen ett förslag till direktiv för rådet som kompletterade tillämpningen av principen om likabehandling av män och kvinnor avseende lagstadgade och yrkesbaserade system för social trygghet (KOM(87) 494 slutlig) (EGT C 309, s. 10). Artikel 9.1 föreskrev, med förbehåll för vissa övergångsbestämmelser, att "när pensionsåldern för beviljande av ålders- och tjänstepensioner avgörs, skall denna ålder vara densamma för båda könen". Detta förslag antogs dock inte.

14 — Dom av den 17 maj 1990 i mål 262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889; svensk specialutgåva, volym 10, s. 407).

15 — Ovan fotnot 1.

16 — Ovan fotnot 10.

kvinnor tillämpad på tjänstepensioner som betalas genom ett företags- eller yrkesbaserat socialt trygghetssystem.

23. Vad beträffar detta mål är domen i målet Barber viktig i två avseenden. För det första upprepade domstolen sin rättspraxis enligt vilken en tjänstepension som utbetalas genom ett företags- eller yrkesbaserat pensionssystem, som i detta fall var "contracted out" från det allmänna sociala trygghetssystemet, [17] utgör en förmån som arbetstagaren får av arbetsgivaren på grund av anställningen och som därför omfattas av tillämpningsområdet för artikel 119 i EG-fördraget. [18]

24. För det andra innehåller domen en begränsning av dess tidsmässiga verkningar. I de yttranden som presenterades under förfarandet för förhandsavgörande erinrade kommissionen om denna möjlighet, medan den brittiska regeringen betonade de viktiga ekonomiska konsekvenser det skulle få att tolka artikel 119 så att den omfattade pensioner som utbetalas genom ett yrkespensionssystem, eftersom antalet arbetstagare som var hänförliga till system av denna typ i denna stat var mycket högt. Systemen innehöll ofta undantag från principen om likabehandling, i synnerhet genom att fastställa olika pensionsålder för män och kvinnor. [19]

25. I sin dom erinrade domstolen om att artikel 7.1 a i direktiv 79/7/EEG [20] om lagstadgade sociala trygghetssystem gav medlemsstaterna möjlighet att uppskjuta den obligatoriska tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om avgörande av pensionsålder för att bevilja ålderspension och att samma undantag, som jag redan har påpekat, återfanns i artikel 9 a i direktiv 86/378 om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet. Domstolen fann att medlemsstaterna och de berörda grupperna, mot bakgrund av dessa bestämmelser, rimligen kunde ha gjort bedömningen att artikel 119 inte var tillämplig på pensioner som betalades via system som genom avtal undantagits från

17 — "Contracted out" enligt Social Security Pensions Act 1985. Det innebar att det yrkesbaserade systemet ersatte den inkomstbaserade delen av det statliga pensionssystemet. De som var anslutna betalade endast en reducerad avgift till det statliga pensionssystemet, vilken stod i relation till den statliga grundpension som alla arbetstagare är berättigade till oavsett inkomst.

18 — Ovan fotnot 14, punkt 28.

19 — Medlemsstaterna dröjde över sex och ett halvt år med att anpassa bestämmelserna i direktiv 86/378 efter denna rättspraxis. Rådets direktiv 96/97/EG av den 20 december 1996 om ändring av direktiv 86/378/EEG (EGT L 46, s. 20).

20 — Rådets direktiv 79/7/EEG av den 19 december 1978 om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet (EGT L 6, 1979, s. 24; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 111).

det allmänna systemet, och att det på detta område fortsättningsvis var tillåtet att göra undantag från principen om likabehandling mellan manliga och kvinnliga arbetstagare.

26. På grund av detta förklarade domstolen, i punkt 45 i domen, att den direkta effekten av artikel 119 i EG-fördraget inte kan åberopas till stöd för krav på rätt till pension med verkan från en tidpunkt som infaller före dagen för domen, med undantag för arbetstagare eller deras rättsinnehavare som före denna dag inlett ett rättsligt förfarande eller rest motsvarande krav i enlighet med tillämplig nationell rätt.

27. Mot bakgrund av denna dom väckte British Petroleum Company plc, Barclays Bank plc och Mars U.K. Limited m.fl. talan vid domstolen mot rådet och kommissionen, [21] och yrkade fastställelse av Europeiska ekonomiska gemenskapens utomobligatoriska ansvar för den skada de vållat i utövningen av sin verksamhet. Företagen hävdade dels att de hade vilseletts av de två institutionerna, främst från och med direktiv 86/378, som antogs utan att beakta den tolkning av artikel 119 som gjordes i domen i målet Bilka, dels att de till följd av domen i målet Barber tvingades bestrida extra kostnader för sina pensionssystem. [22]

28. Av alla tänkbara tolkningar av punkt 45 [23] i domen i målet Barber, [24] anslöt sig medlemsstaterna till den som återfinns i protokollet, som trädde i kraft den 1 november 1993, enligt vilket förmåner för arbetstagare på grund av sociala trygghetssystem inte anses som lön med avseende på tillämpningen av artikel 119 om och i den mån förmånerna kan hänföras till anställningstider före den 17 maj 1990, utom när det gäller arbetstagare eller deras förmånsberättigade anhöriga som före den tidpunkten har väckt talan vid domstol eller inlett ett likvärdigt för-

21 — EGT C 24, 1992, s. 5.

22 — Målen överfördes den 27 september 1993 till förstainstansrätten.

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...". Hudson, D.: "Some reflections on the implications of the Barber decision", *European Law Review*, s. 163—171, särskilt s. 168.

24 — Författarna var oense om det möjliga antalet tolkningar. Traversa, E.: "Interdiction de discrimination entre travailleurs masculins et féminins, arrêt du 17 mai 1990", *Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, s. 426 ff, särskilt s. 429, föreslår tre möjliga tolkningar; Deakin, S.: "Equality in Pensions Law — The limits of Barber", *The Cambridge Law Journal*, 1994, s. 236—239, särskilt s. 237; Moore, S.: "'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, särskilt s. 163; Binon, J.-M.: "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, särskilt s. 664 och 665, och De Vos, M.: "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, särskilt s. 184, anför fyra, och Honeyball, S. och Shaw, J.: "Sex, law and the retiring man", *European Law Review*, 1991, s. 47 ff, särskilt s. 56, hittar så många som fem.

farande enligt tillämplig nationell lagstiftning. [25]

B — *Svaret på den första tolkningsfrågan. Tillämpningen av protokollet om artikel 119 i EG-fördraget på den omtvistade tilläggsersättningen*

29. Genom den första tolkningsfrågan vill Cour du travail de Bruxelles ha klarhet i om en förmån som är avsedd att komplettera arbetslöshetsersättningar, som inom ramen för personalminskningsprogram på grund av ett kollektivavtal betalas av arbetsgivaren till arbetstagare över en viss ålder, skall anses som en förmån som utbetalas på grund av ett socialt trygghetssystem på viket protokollet om artikel 119 i EG-fördraget är tillämpligt.

30. Direktiv 79/7 reglerar de lagstadgade system som ger skydd vid följande risker: sjukdom, invaliditet, ålderdom, olycksfall i arbetet samt yrkessjukdomar och arbetslöshet. Det är även tillämpligt på bestämmelser om socialhjälp, om denna är avsedd att komplettera eller ersätta de nämnda systemen.

31. Redan i sin dom i målet Defrenne år 1971 gjorde domstolen skillnad mellan de lagstadgade sociala trygghetssystemen och dem på vilka artikel 119 i EG-fördraget är tillämplig. [26] De första riktar sig obligatoriskt till allmänna kategorier av arbetstagare. Deras tjänstepensioner är direkt reglerade i lag, med uteslutande av varje inslag av överenskommelser inom det berörda företaget eller branschen. Dessa system säkerställer för arbetstagarna förmånen av ett rättsligt reglerat system till vars finansiering arbetstagarna, arbetsgivarna och eventuellt statsmakterna bidrar i en utsträckning som i mindre grad baseras på anställningsförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare än på socialpolitiska överväganden. Arbetstagarna åtnjuter för övrigt normalt de rättsligt fastställda förmånerna, inte på grund av arbetsgivarnas bidrag utan enbart genom att arbetstagarna uppfyller de i lag föreskrivna kraven för att beviljas förmånerna. [27]

25 — De företag som hade väckt talan mot rådet och kommissionen återkallade den 18 maj 1995 sin talan, då de fått veta att den befintliga rättsliga ramen vid tidpunkten då talan väcktes hade ändrats i och med att protokollet trädde i kraft samt till följd av domstolens avgöranden i ett antal domar. Beslut om avskrivning fattades av förstainstansrätten den 12 juli 1995.

26 — Avsnitt III i det förslag till avgörande som föredrogs av generaladvokaten Dutheillet de Lamothe ägnas en granskning av mångfalden och komplexiteten hos medlemsstaternas pensionssystem. Generaladvokaten skiljer å ena sidan mellan allmänna eller speciella lagstadgade sociala trygghetssystem, som bedöms falla utanför tillämpningsområdet för artikel 119 i EG-fördraget, och å andra sidan pensionssystem vars förmåner utbetalas direkt av arbetsgivaren och avtalsgrundade, så kallade "tilläggssystem", vars förmåner, som kompletterar förmånerna från det allmänna systemen, utbetalas av yrkes- eller branschorgan, som bedöms falla inom artikelns tillämpningsområde.

27 — Dom av den 25 maj 1971 i mål 80/70, Defrenne (REG 1971, s. 445; svensk specialutgåva, volym 1, s. 569), punkterna 8 och 10.

32. De system på vilka artikel 119 i EG-fördraget är tillämplig kännetecknas däremot av att de helt finansieras av arbetsgivaren eller av denne tillsammans med arbetstagarna, utan deltagande från statsmakternas sida, och av att de endast berör arbetstagare som är anställda vid bestämda företag eller är verksamma inom vissa branscher. De innefattas i de företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet som regleras genom direktiv 86/378, som i sin artikel 2 definierar dem på följande sätt: Med företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet menas system som inte regleras av direktiv 79/7/EEG, vars syfte är att ge dem som arbetar, både anställda och egna företagare, i ett företag eller i en grupp av företag, inom ett område för ekonomisk verksamhet eller yrkessektor eller grupp av sådana sektorer, förmåner som skall komplettera förmånerna enligt lagstadgade system för social trygghet eller ersätta dessa, vare sig deltagandet i sådana system är obligatoriskt eller frivilligt.

Direktiv 86/378 gäller, enligt föreskrifterna i dess artikel 4, såväl företags- eller yrkesbaserade system som lämnar skydd vid sjukdom, invaliditet, ålderdom inklusive förtidspensionering, olycksfall i arbetet samt yrkessjukdomar, arbetslöshet, som företags- eller yrkesbaserade system som ger andra sociala förmåner i kontanter eller in natura och i synnerhet efterlevandeförmåner samt familjebidrag, om sådana förmåner beviljas anställda och alltså utgör en ersättning som arbetsgivaren betalar den anställde arbetstagaren.

33. Den omtvistade ersättningen utbetalas inte på grund av ett socialt trygghetssystem som är reglerat direkt genom lag eller som obligatoriskt gäller en stor grupp arbetstagare. Som jag har nämnt ovan avvisade domstolen i sin dom av den 17 februari 1993 [28] den belgiska regeringens ståndpunkt att ersättningen borde betraktas som en social trygghetsförmån, eftersom den utgjorde en integrerad del av arbetslöshetsersättningen, betecknad "avtalsgrundad förtidspension".

34. I föreliggande fall är det tvärtom fråga om en förmån som skapats genom ett kollektivavtal till förmån för arbetstagare vid ett företag, avsedd att komplettera de lagstadgade förmånerna som garanterar ett skydd vid arbetslöshet för arbetstagare som avskedas vid en viss ålder, och som utbetalas av den senaste arbetsgivaren, vilken gör utbetalningen på grund av anställningsförhållandet då beloppet fastställs i förhållande till antalet tjänstgöringsår.

35. Följaktligen omfattas denna tilläggsersättning av tillämpningsområdet för artikel 119 i EG-fördraget och det sociala

28 — Domen i det ovan i fotnot 5 nämnda målet kommissionen mot Belgien.

trygghetssystem som garanterar den är företags- eller yrkesbaserat.

36. Mot bakgrund av att domstolen i domen av år 1993 inte behandlade den belgiska regeringens påstående att, om den tilläggsersättning som skapades genom kollektivavtal nr 17 omfattades av tillämpningsområdet för artikel 119 i EG-fördraget, skulle protokollet som tidsmässigt begränsar tillämpningen av sagda artikel på förmåner grundade på yrkesbaserade sociala trygghetssystem träda in, återstår det att avgöra om protokollet är tillämpligt på tilläggsersättningen.

37. I sitt beslut om hänskjutande gav Cour du travail de Bruxelles uttryck för sina tveksamheter i fråga om protokollets tillämplighet i detta mål. Jag kommer att analysera dessa oklarheter vartefter jag belyser dem.

38. För det första är den nationella domstolen osäker på om de tidsmässiga begränsningarna av effekterna av artikel 119, som föreskrivs i protokollet, endast är tillämpliga på pensionssystem som motsvarar de kriterier som fastställts av domstolen i domen i målet Barber och påföljande domar eller om denna begränsning, i enlighet med formuleringarna i protokollet, utsträcker sig till samtliga förmåner som utbetalas på grund av ett företags- eller yrkesbaserat socialt trygghetssystem.

39. Jag anser att det på denna nivå inte längre går att tvivla på huruvida protokollet är tillämpligt uteslutande på pensionssystem eller på alla förmåner som utbetalas på grund av företags- eller yrkesbaserade sociala trygghetssystem. Även om domstolen i domen i målet Barber förklarade att artikel 119 i EG-fördraget inte kunde åberopas för att hävda rätt till pension, med verkan från ett datum som ligger före dess avkunnande, måste man komma ihåg att klaganden i tvisten vid den nationella domstolen just begärde att tillerkännas rätt till en tjänstepension, utan att diskutera andra förmåner. I domen i målet Ten Oever,[29] som var nästa dom i raden, där sökanden begärde att han skulle tillerkännas rätt till en efterlevandepension slog domstolen emellertid, av samma skäl som enligt domen i Barber-målet låg till grund för att begränsa den domens verkningar i tiden, fast att likabehandling i fråga om yrkespensioner endast kan åberopas vad gäller sådana förmåner som är hänförliga till anställningsperioder efter den 17 maj 1990.[30]

Denna konkreta punkt belystes även av domstolen i punkt 49 i dess dom i målet Fisscher,[31] där den förklarade att "... protokollet har nämligen ett uppenbart samband med domen i Barber-målet, eftersom det hänvisar till samma datum, det vill säga den 17 maj 1990. I ifrågavarande dom fördöms sådan diskriminering mellan kvinnor och män som sker till följd av att det används olika åldersvillkor för kvinnor och

29 — Dom av den 6 oktober 1993 i mål C-109/91, Ten Oever (REG 1993, s. I-4879; svensk specialutgåva, volym 14, s 341).

30 — *Ibidem*, punkt 19.

31 — Dom av den 28 september 1994 i mål C-128/93, Fisscher (REG 1994, s. I-4583; svensk specialutgåva, volym 16, s. 127).

män för erhållande av avgångspension till följd av uppsägning av ekonomiska skäl. Domen i Barber-målet, i vilken domstolen begränsade verkningarna av dess tolkning av artikel 119 i EG-fördraget till att gälla från och med dagen för domens avkunnande, dvs. den 17 maj 1990, har varit föremål för skilda tolkningar. Dessa divergenser undanröjdes genom ovannämnda dom i Ten Oever-målet, vilken avkunnades före ikraftträdandet av Fördraget om Europeiska unionen. I protokoll nr 2 ges domen i Barber-målet i huvudsak en liknande tolkning som i domen i Ten Oever-målet. Tolkningen utvidgas dock i protokollet till att omfatta samtliga förmåner från ett yrkesbaserat system för social trygghet..."

40. För det andra anser den nationella domstolen att merparten av de kriterier som har använts av denna domstol i domar som har avkunnats för att tolka protokollet, och som har motiverats av önskan att skydda den ekonomiska balansen i pensionssystemen, inte är tillämpliga på det system som upprättats genom det kollektivavtal som träffats i det partssammansatta underorganet i Sabena, som reglerar beviljandet av den omtvistade förmånen. Dessa kriterier, som angavs av domstolen i punkterna 17 och 18 i domen i målet Ten Oever, [32] är dels de särskilda egenskaperna hos lön som utbetalas i form av pension, som utmärks av den tidsmässiga skillnaden mellan uppkomsten av rätten till pension, som sker fortlöpande under arbetstagarens arbetsliv, och den faktiska utbetalningen av förmånen, som äger rum först då en viss ålder uppnåtts, dels det som är kännetecknande för finansieringen av yrkespensionsfonderna och därmed den beräkningsmässiga koppling som i varje enskilt fall föreligger mellan de regelbundna avgifterna och de belopp som skall betalas ut i framtiden.

Den nationella domstolen anser emellertid i) att den omtvistade tilläggsersättningen saknar orsakssamband med anställningsperioderna före den 17 maj 1990, ii) att dess belopp inte står i förhållande till de erlagda avgifternas belopp, iii) att det inte föreligger ett tidsmässigt brott mellan uppkomsten av rätten till pension och den faktiska utbetalningen av förmånen och iv) att tilläggsersättningen inte styrs av samma ekonomiska mekanismer som yrkesbaserade pensioner.

41. Jag instämmer inte i att det i förevarande mål saknas ett orsakssamband mellan förmånen och anställningsperioder före det datum då domen i målet Barber avkunnades (i). I själva verket utbetalade Sabena den omtvistade tilläggsersättningen i egenskap av tidigare arbetsgivare till Marthe Defreyn, som var anställd hos företaget från juni 1960 till december 1986. Förmånen betalades därför på grund av det anställningsförhållande som hade förenat parterna och som upphörde före den 17 maj 1990.

Även om man antar att den nationella domstolen har rätt och att den omtvistade tilläggsersättningen saknade orsakssamband med anställningsperioderna före den

32 — Ovan fotnot 29.

17 maj 1990, konstaterade domstolen i punkt 60 i domen i målet Coloroll,[33] att begränsningen av Barber-domens verkningar i tiden skall gälla i fråga om sådana förmåner som inte är knutna till den faktiska anställningsperiodens längd endast i fall där den för rätten till dessa förmåner utlösande händelsen har inträffat före den 17 maj 1990.[34] I förevarande fall inträffade den utlösande faktorn, nämligen avskedandet, före denna tidpunkt.

42. Jag kan inte heller instämma i påståendet att förmånens belopp inte står i förhållande till de erlagda avgifterna (ii), eftersom totalbeloppet bestäms på grund av antalet tjänsteår, och 1 procent av den senaste årsbruttolönen, och eftersom 82 procent av detta belopp garanteras vid minst 25 tjänsteår. Det är just under de år som arbetstagaren är aktiv som den största delen av socialförsäkringsavgifterna, såväl lagstadgade som yrkesbaserade, erläggs.

43. Vad beträffar det tidsmässiga avbrottet mellan rättighetens uppkomst och den faktiska utbetalningen (iii), som är ett typiskt kännetecken, om än ej det enda, på pensionssystem, anser jag inte att det, vilket den nationella domstolen hävdar, kan konstateras, att det inte föreligger i fråga om den omstvistade tilläggsersättningen.

Det är riktigt att beviljandet av denna förmån, som skapades för att motivera arbetstagare över en viss ålder att lämna sina anställningar, för att yngre arbetstagare skulle kunna ha kvar sina anställningar, inte sker på samma sätt som en tjänstepension, där rätten intjänas successivt under hela det yrkesverksamma livet, och till vilken alla arbetstagare är berättigade på grund av sin ålder.[35]

Att det föreligger ett tidsmässigt avbrott förefaller mig trots detta uppenbart, eftersom det, i likhet med ålderspension och arbetslöshetsersättning, är fråga om en förmån vars åtnjutande är villkorat av att anställningsförhållandet till företaget har upphört. Detta avbrott förekommer däremot inte vid utbetalning av ekonomiska förmåner i händelse av arbetsoförmåga på grund av exempelvis sjukdom eller arbetsskada, som endast utbetalas så länge arbetstagaren är yrkesverksam, utan att kontinuiteten mellan rättighetens uppkomst och förmånens utbetalning bryts.

44. Det är riktigt att tilläggsersättningen inte styrs av samma ekonomiska mekanis-

33 — Dom av den 28 september 1994 i mål C-200/91, Coloroll (REG 1994, s. I-4389; svensk specialutgåva, volym 16, s. 89).

34 — Det bör dock påpekas att domstolen i denna dom närmare bestämt uttalade sig om en förmån bestående i utbetalning av ett engångsbelopp i händelse av att en arbetstagare skulle avlida under anställningstiden.

35 — Avseende tilläggsersättningen är det troligen så att inte alla arbetstagare som har den föreskrivna åldern inne ansöker om förmånen, att inte alla som ansöker beviljas denna och att vissa arbetstagare som inte har ansökt om förmånen kan tvingas att acceptera den om de avskedas och kollektivavtalet tillämpas på dem.

mer som de yrkesbaserade pensionerna (iv), där de periodiska bidragen och de framtida belopp som skall utbetalas är knutna till varandra. Men detta skäl är inte tillräckligt för att dra slutsatsen att protokollet inte skall tillämpas på tilläggsersättningen. I själva verket är det fråga om en förmån som, på grund av den ålder som förmånstagaren skall ha uppnått, skulle kunna kallas förtidspension, avsedd att komplettera arbetslöshetsersättningen i händelse av uppsägning, och där den period under vilken förmånen åtnjuts är kopplad till pensionsåldern, som i Belgien var olika för män och kvinnor. Denna könsbetingade åldersskillnad gavs medlemsstaterna genom artikel 9 i direktiv 86/378 rätt att bibehålla. Därför skulle det svarande företaget ha ingått i kretsen av berörda som med skäl hade kunnat anta att artikel 119 inte var tillämplig på denna förmån och som hade gjort sina beräkningar med utgångspunkt i detta antagande då de skulle minska sin personal. Jag anser därför att om de nu skulle tvingas tillämpa lika lön på denna förmån, i rättsliga situationer som redan har haft sina verkningar i det förflutna, skulle den ekonomiska balansen i det system som har skapats genom kollektivavtalet kunna påverkas allvarligt.

45. Jag håller heller inte med kommissionen om att protokollet inte är tillämpligt på Marthe Defreyns begäran att tilläggsersättningen skall utbetalas för perioden december 1991 till november 1996, en period som infaller efter den 17 maj 1990. Det räcker att läsa protokollet för att konstatera att det är anställningsperioderna som skall infalla efter detta datum och inte de perioder under vilka rättigheten att åtnjuta förmånerna föreligger.

46. Jag noterar slutligen att Marthe Defreyn slutade sin anställning hos Sabena i december 1986 och att företaget betalade ut tilläggsersättningen till henne tills hon fyllde 60 år i november 1991. Förutsatt att avgiften för den yrkesbaserade pensionen, genom tillämpning av artikel 9 i kollektivavtalet, fortsättningsvis erläggs som om arbetstagaren vore yrkesverksam, har jag frågat mig om man måste betrakta perioden mellan den 17 maj 1990 och den 30 november 1991 som en anställningsperiod, eller en därmed jämställd period, då Marthe Defreyn under denna period skulle ha intjänat rätt till förmånen avseende vilken hon kunde ha åberopat den direkta effekten av artikel 119 för att kräva likabehandling.

Jag anser att svaret skall vara nekande. Enligt artikel 4 i samma avtal fortsätter i själva verket företaget att utbetala tilläggsersättningen till sin före detta arbetstagare fram till pensionsåldern, även i det fall denna upphör att vara berättigad till arbetslöshetsersättning därför att hon på nytt börjar förvärvsarbeta i ett annat företag. Om förmånstagaren således medan hon fortfarande uppbär denna förmån, kan arbeta för ett annat företag, kan den period under vilken hon uppbär förmånen inte anses som en anställningsperiod hos Sabena.

47. Jag måste därför dra slutsatsen att den omtvistade tilläggsersättningen är en förmån som utbetalas på grund av ett företags- eller yrkesbaserat system för social trygghet på vilket protokollet om artikel 119 i EG-fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen är tillämpligt.

C — *Den andra och den tredje tolkningsfrågan. Tillämpningen av direktiv 76/207 i förevarande fall*

48. Genom den andra och den tredje tolkningsfrågan vill Cour du travail de Bruxelles huvudsakligen ha klarhet i om artikel 5 i direktiv 76/207 utgör hinder mot att den omtvistade förmånen beviljas kvinnor till 60 års ålder, medan män åtnjuter förmånen till 65 års ålder och, om Marthe Defreyn skulle kunna grunda sin talan på sagda artikel, för det fall att protokollet är tillämpligt i detta fall.

49. Direktiv 76/207 reglerar tillämpningen av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor. Enligt dess andra övervägande omfattar detta direktiv inte löner. Domstolen bekräftade i punkt 24 i domen i målet Gillespie m.fl.,[36] att när en förmån direkt eller indirekt betalas av arbetsgivaren till arbetstagaren på grund av anställningsförhållandet, utgör den lön och faller således under artikel 119 i EG-fördraget. Den kan således inte falla även under direktiv 76/207. Det följer i synnerhet av andra övervägandet i sistnämnda direktiv att detta inte avser lön i samma bemärkelse som i de ovannämnda bestämmelserna.

Eftersom den omtvistade förmånen utan tvekan utgör lön i den mening som avses i artikel 119 är bestämmelserna i direktiv 76/207 inte relevanta för lösningen av förevarande mål och dessa två tolkningsfrågor kommer därför inte att besvaras.

36 — Dom av den 13 februari 1996 i mål C-342/93, Gillespie m.fl. (REG 1996, s. I-475).

VII — Förslag till avgörande

50. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara de frågor som ställts av Cour du travail de Bruxelles på följande sätt:

1) Den tilläggsersättning som föreskrivs i kollektivavtal nr 17, vilket gjorts till tvingande rätt genom den kungliga förordningen av den 16 januari 1975, och som föreskrivs i kollektivavtalet av den 23 maj 1984, ingånget inom det partssammansatta underorganet nr 315.1, är en sådan förmån som utbetalas på grund av ett företags- eller yrkesbaserat system för social trygghet på vilket protokollet om artikel 119 i EG-fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen är tillämpligt.

2) Eftersom den omtvistade tilläggsersättningen utgör lön i den mening som avses i artikel 119 i EG-fördraget besvaras inte den andra och den tredje tolkningsfrågan.