FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN
fremsat den 30. januar 1990 *

Indholdsfortegnelse

Side

Indledning 1912

Sagens Baggrund 1912

Spørgsmål 1 og 2 1916

— Ydelser ved arbejdsforholdets ophør 1917

— Pensionsydelser 1918

Mellemspørgsmål 1922

Spørgsmål 3 og 5 1928

— Spørgsmål 3 a) og spørgsmål 5 1929

1. Hvis artikel 119 finder anvendelse 1929

2. Hvis ligebehandlingsdirektiverne finder anvendelse 1930

— Spørgsmål 3 b) 1933

Spørgsmål 4 1934

Konklusion 1942

Høje Domstol.

1. De spørgsmål, som Court of Appeal har forelagt for Domstolen, er opstået under en tvist mellem Douglas Harvey Barber (herefter benævnt »Barber«) og Guardian Royal Exchange Assurance Group (herefter benævnt »Guardian«) om, hvorvidt de vilkår, hvorpå Barber blev afskediget, vår forenelige med Sex Discrimination Act 1975 og med fællesskabsretten.

Sagens baggrund

2. Barber blev ansat hos Car & General Insurance Corporation Limited (herefter benævnt »C & G«) i 1948. Dette selskab blev senere overtaget af Guardian. Fra 1970 var Barber souschef for Guardians skadesafdeling for South Yorkshire i Sheffield. Denne skadesafdeling blev lukket af Guardian. Den 31. december 1980 blev Barber afskediget sammen med en række andre ansatte. Han var på det tidspunkt 52 år.

* Originalsprog: nederlandsk.

3. Barber var oprindelig medlem af C & G-koncernens pensionskasse og blev senere medlem af Guardian Royal Exchange Pension Fund (herefter benævnt »pensionskassen«). Pensionskassen er et led i den pensionsordning, Guardian har indført for sine ansatte. Der er tale om en »non-contributory occupational pension scheme«, dvs. en erhvervstilknyttet pensionsordning, som udelukkende finansieres af arbejdsgiverens bidrag. Guardians pensionsordning anses af vedkommende myndighed i Det Forenede Kongerige (Occupational Pensions Board) for at være en »contracted out« ordning i den betydning, der er forudsat i Part III i Social Security Pensions Act 1975. Dette betyder, at ordningen træder i stedet for den indtægtsbestemte del af den statslige pensionsordning [1].

4. Den normale pensionsalder for ansatte i Guardian, som ikke er omfattet af et særligt afsnit i pensionsordningen, er 65 år for mænd og 60 år for kvinder. For medlemmer af Guardians pensionskasse, der som Barber tidligere har været medlemmer af C & G's pensionskasse, er den normale pensionsalder imidlertid 62 år for mænd og 57 år for kvinder. Ifølge pensionsordningen kan alle medlemmer af pensionskassen desuden kræve aktuel pension, ikke blot når de når den normale pensionsalder, men også når de af Guardian »pålægges at gå på pension« på et tidspunkt i løbet af de ti år, der ligger forud for den normale pensionsalders indtræden [2].

5. Ifølge den af Guardian udsendte personalehåndbog gælder der særlige vilkår, såfremt en ansættelseskontrakt opsiges, før den ansatte når den normale pensionsalder. På dette punkt henviser personalehåndbogen til Guardian Royal Exchange Assurance Guide to Severance Terms (herefter benævnt »afskedigelsesvilkårene«), hvori det bestemmes, at afskedigelsesvilkårene anses for at udgøre en del af ansættelseskontrakten, når der er tale om ansatte med mindst ti års anciennitet.

De særlige afskedigelsesvilkår gælder for medlemmer af personalet, hvis ansættelseskontrakter bringes til ophør på grund af førtidspensionering (»early retirement«) eller afskedigelse begrundet i driftsmæssige hensyn (»redundancy«), og som ikke er fyldt 65 år (mænd) eller 60 år (kvinder). To af disse særlige vilkår er relevante i denne sag, nemlig vilkårene med hensyn til pensionsretten (»pension entitlement«) (se afsnit 6 nedenfor) og med hensyn til den godtgørelse, der udbetales i anledning af arbejdsforholdets ophør (»terminal payment«) (se afsnit 7 nedenfor).

6. Ifølge afskedigelsesvilkårene er medlemmer af pensionskassen, som er fyldt 55 år (mænd) eller 50 år (kvinder), berettiget til aktuel pension efter de for pensionskassen gældende regler (dvs. at de får pension ti år

1 — Se i den forbindelse afsnit 17 nedenfor.

2 — Jf. Employment Appeal Tribunals dom, hvori det hedder: »Under Rule 32, Mr. Barber became entitled to an immediate payment on retirement at age 62 or *on being retired* by the Participating Company at any time during the 10 years preceding normal pension date«.

eller, når der er tale om tidligere medlemmer af C & G-pensionskassen, 7 år før det normale pensionstidspunkt). I tilfælde af afskedigelse begrundet i driftsmæssige hensyn anses disse ansatte for at have fået »pålæg om at gå på pension« af Guardian. Ifølge den ovenfor (i afsnit 4) omtalte regel om, at de ansatte har ret til aktuel pension, når de »pålægges at gå på pension« på et tidspunkt i løbet af de ti år, der ligger forud for det normale pensionstidspunkt, er pensionskassen forpligtet til at yde de pågældende ansatte aktuel pension. Hvis der er tale om medlemmer af pensionskassen, som har været ansat hos Guardian i ti år eller mere, men som ikke er fyldt 55 år (mænd) eller 50 år (kvinder), har de ifølge afskedigelsesvilkårene kun ret til opsat pension efter de for pensionskassen gældende regler. Efter denne bestemmelse anser Guardian ikke ansatte, som afskediges af driftsmæssige grunde, for at have fået »pålæg om at gå på pension«, og de kan derfor ikke (eller vil ikke kunne) påberåbe sig den nævnte regel om pensionering på et tidspunkt i løbet af de ti år, der ligger forud for det normale pensionstidspunkt, med henblik på at opnå en aktuel pension. Følgelig modtager sådanne ansatte, som afskediges, faktisk først pensionsydelser, når de når den normale pensionsalder.

7. I afskedigelsesvilkårene bestemmes det endvidere, at de ansatte i tilfælde af afskedigelse modtager en godtgørelse, hvis størrelse afhænger af, om den pågældende er berettiget til at kræve aktuel pension. Hvis det er tilfældet, modtager den ansatte en godtgørelse, der svarer til den lovbestemte fratrædelsesgodtgørelse, som forhøjes med en procentsats, der afhænger af anciennitet. Hvis den ansatte ikke er berettiget til aktuel pension, modtager han ud over den lovbestemte fratrædelsesgodtgørelse et beløb svarende til 4-5 ugers løn — alt efter anciennitet — for hvert hele år, han har været ansat i firmaet, dog ikke over 104 ugers løn.

8. Som allerede nævnt blev Barber afskediget af Guardian, da han var 52 år. Han fik ikke tilkendt aktuel pension. Han modtog fra Guardian en godtgørelse på 18 597 UKL netto, hvori den lovbestemte fratrædelsesgodtgørelse på 3 060 UKL var indbefattet. Desuden fik han tilkendt opsat pension, som ville blive udbetalt, når han nåede den normale pensionsalder, nemlig 62 år.

Hvis Barber havde været en kvinde, der var fyldt 52 år, ville han af Guardian være blevet betragtet, som om han havde fået »pålæg om at gå på pension«, og han ville derfor have fået tilkendt aktuel pension, men godtgørelsen i anledning af arbejdsforholdets ophør ville have været mindre.

9. Barber fandt, at han var blevet udsat for forskelsbehandling i forbindelse med afskedigelsen. Han anlagde sag mod Guardian ved Industrial Tribunal, idet han gjorde gældende, at Sex Discrimination Act 1975 og fællesskabsretten var tilsidesat. Efter at Industrial Tribunal havde frifundet Guardian, appellerede han til Employment Appeal Tribunal. Denne instans påpegede, at Barber meget vel kunne være berettiget til at kræve aktuel pension af pensionskassens »trustees«, fordi han blev afskediget i løbet af de ti år, der lå forud for det normale pensionstidspunkt (jf. afsnit 4 ovenfor), og at han kunne anses for at have fået »pålæg om at gå på pension«, selv om ansættelseskontrakten var blevet bragt til ophør ud fra driftsmæssige hensyn. Employment Appeal Tribunal fandt det imidlertid ikke nødven-

digt at tage stilling til dette spørgsmål, da pensionskassens »trustees« ikke var part i sagen.

Employment Appeal Tribunal fandt desuden, at der ikke kunne gives Barber medhold i hans krav af tre grunde: 1) Barber kunne ikke støtte sit krav på forbuddet mod forskelsbehandling i Sex Discrimination Act 1975, fordi denne bestemmelse — selv om der forelå forskelsbehandling — ifølge lovens Section 6(4) ikke fandt anvendelse på »forholdsregler i forbindelse med død eller pensionering«; 2) i Burton-sagen[3] kendte Domstolen for ret, at spørgsmålet om, hvorvidt en person er berettiget til en ydelse i henhold til en pensionsordning, er et spørgsmål om adgang til pensionsydelser, som ikke skal afgøres på grundlag af ligelønsprincippet, men på grundlag af ligebehandlingsprincippet; 3) endelig fandt direktiv 76/207 om ligebehandling ikke direkte anvendelse i Det Forenede Kongerige, og man kunne heller ikke støtte sig på direktivet ved fortolkningen af Section 6(4) i Sex Discrimination Act, eftersom det var uklart, hvilken virkning afgørelsen i Burton-sagen sammenholdt med ligebehandlingsdirektivet havde i forbindelse med et krav vedrørende en erhvervstilknyttet pensionsordning.

10. Barber appellerede Employment Appeal Tribunals afgørelse til Court of Appeal, som har anmodet Domstolen om præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»1) Når en gruppe ansatte afskediges af arbejdsgiveren under omstændigheder, der svarer til omstændighederne i denne sag, og modtager ydelser i forbindelse hermed, er alle disse ydelser da 'løn' som omhandlet i EØF-Traktatens artikel 119, jf. ligelønsdirektivet (75/117/EØF), eller falder de ind under ligebehandlingsdirektivet (76/207/EØF), eller må det antages, at de ikke er omfattet af nogen af disse bestemmelser?

2) Er det af betydning for besvarelsen af spørgsmål 1), at en af de omhandlede ydelser er en pension, der udbetales i forbindelse med en privat erhvervstilknyttet pensionsordning, som administreres af arbejdsgiveren ('en privat pension')?

3) Er det i artikel 119 og i ligelønsdirektivet omhandlede ligelønsprincip tilsidesat under de omstændigheder, der foreligger i nærværende sag, hvis

   a) en mand og en kvinde på samme alder afskediges under samme omstændigheder, og kvinden i forbindelse hermed får aktuel privat pension, mens manden kun får opsat privat pension, eller

   b) den samlede værdi af de ydelser, kvinden modtager, er større end den samlede værdi af de ydelser, manden modtager?

4) Har artikel 119 og ligelønsdirektivet direkte virkning under de omstændigheder, der foreligger i denne sag?

3 — Dom af 16. februar 1982, Burton (19/81, Sml. s. 555).

5) Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 3), at kvindens ret til at opnå aktuel pension i henhold til afskedigelsesvilkårene afhang af, om hun opfyldte betingelserne for aktuel pension i henhold til bestemmelserne i den private erhvervstilknyttede ordning derved, at hun blev betragtet som pensioneret af Guardian, fordi hun blev afskediget i løbet af syvårsperioden forud for det tidspunkt, hvor hun normalt skulle have været pensioneret i henhold til pensionsordningen?«

11. For en nærmere redegørelse for de faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb samt en sammenfatning af parternes indlæg henvises til retsmøderapporten, hvori der også findes en redegørelse for de retsregler, der finder anvendelse i denne sag. Jeg kan derfor her nøjes med at henvise til de fire rådsdirektiver, som parterne har påberåbt sig i deres indlæg:

— Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 [4],

— Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 [5],

— Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 [6],

— Rådets direktiv 86/378/EØF af 24. juli 1986 [7].

Spørgsmål 1 og 2

12. Med det første spørgsmål ønsker Court of Appeal oplyst, om *alle de ydelser*, som ansatte, der afskediges, modtager i henhold til afskedigelsesvilkår som Guardians, skal betragtes som »løn« i den betydning, der er anført i EØF-Traktatens artikel 119 og i direktiv 75/117, eller om de er omfattet af direktiv 76/207 eller andre fællesskabsretlige regler. I det andet spørgsmål henledes opmærksomheden blot på, at der i det første spørgsmål bl. a. er tale om *pensionsydelser*, der udbetales i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsordning. Derfor vil jeg ikke undersøge dette spørgsmål særskilt.

Det første spørgsmål drejer sig ikke om, hvorvidt en bestemt form for forskelsbehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere er uforenelig med fællesskabsretten. Dette problem behandles først i det tredje spørgsmål. Det første spørgsmål vedrører udelukkende den fællesskabsretlige kvalifikation af de to ydelser, der er omhandlet i afskedigelsesvilkårene: 1) udbetalingen af en ydelse til alle afskedigede arbejdstagere ved arbejdsforholdets ophør, herunder den lovbestemte fratrædelsesgodtgørelses mindstebeløb; 2) udbetaling af en (aktuel) pension til afskedigede arbejdstagere, som er fyldt 55 år (mænd) eller 50 år (kvinder).

4 — Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT 1975, L 45, s. 19).

5 — Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT 1976, L 39, s. 40).

6 — Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT 1979, L 6, s. 24).

7 — Rådets direktiv 86/378/EØF af 24. juli 1986 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (EFT 1986, L 225, s. 40).

I de følgende afsnit vil jeg undersøge, i hvilket omfang disse to typer ydelser er omfattet af EØF-Traktatens artikel 119. Jeg vil ikke behandle direktiv 75/117 særskilt, eftersom det forelagte spørgsmål vedrører afgrænsningen af artikel 119's anvendelsesområde og ikke den konkrete anvendelse af ligelønsprincippet, som omhandles i direktiv 75/117 [8].

Ydelser ved arbejdsforholdets ophør

13. I henhold til EØF-Traktatens artikel 119 betragtes andre ydelser end den almindelige løn som »løn«, når arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager ydelsen fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier. Som generaladvokat Verloren van Themaat understregede i sit forslag til afgørelse i Burton-sagen [9], forudsætter udtrykket »som følge af arbejdsforholdet« en uadskillelig årsagssammenhæng mellem betalingen og ansættelsesforholdet.

14. Parterne har ikke bestridt, at den del af den ydelse, Guardian udbetalte ved arbejdsforholdets ophør, som overstiger den lovbestemte mindstegodtgørelse, bør betragtes som »løn« i artikel 119's forstand. Jeg kan tiltræde denne opfattelse af følgende grunde.

Sammenhængen mellem ydelsen ved arbejdsforholdets ophør og ansættelsesforholdet fremgår klart af, at det beløb, der udbetales, afhænger af den afskedigede arbejdstagers anciennitet. Sammenhængen består fortsat, selv om ydelsen først udbetales, efter at arbejdsforholdet er bragt til ophør. Det har siden dommen i Garland-sagen [10], som drejede sig om befordringsgoder, der blev ydet mandlige ansatte, efter at de var gået på pension, stået fast, at goder, der ydes efter arbejdsforholdets ophør, kan være omfattet af artikel 119. Jeg opfatter i øvrigt dommen i Worringham-sagen [11] som en — om ikke direkte, så i det mindste indirekte — bekræftelse af, at ydelser, der udbetales i anledning af arbejdsforholdets ophør, er »løn« i artikel 119's forstand. Domstolen udtalte således i dommens præmis 15, at:

»beløb ... som medtages *i beregningen* af den ansattes bruttoløn, og som direkte er afgørende for beregningen af andre til lønnen knyttede fordele, *såsom fratrædelsesgodtgørelse* ... udgør en del af arbejdstagerens løn efter Traktatens artikel 119, stk. 2, også selv om de umiddelbart indeholdes af arbejdsgiveren og på arbejdstagerens vegne indbetales til en pensionsordning« (min fremhævelse).

Jeg forstår denne passage således, at når beløbene af arbejdsgiveren udbetales direkte til de afskedigede arbejdstagere som led i en fratrædelsesordning, vil Domstolen så meget desto mere betragte dem som »løn« [12].

15. Gælder dette også, når der er tale om den del af ydelsen ved arbejdsforholdets ophør, som svarer til den lovbestemte fratræ-

8 — Jf. dom af 31. marts 1981, Jenkins, præmisserne 19-22 (96/80, Sml. s. 911)

9 — Sml. 1982, s. 589.

10 — Dom af 9. februar 1982, Garland (12/81, Sml. s. 359).

11 — Dom af 11. marts 1981, Worringham (69/80, Sml. s. 767).

12 — Praksis i Det Forenede Kongerige går i øvrigt i samme retning. Employment Appeal Tribunal har således i en dom afsagt i januar 1988 i sagen Hammersmith and Queen Charlotte's Special Health Authority mod Cato, som er refereret i CMLR, udtrykkeligt udtalt, at en ydelse udbetalt i anledning af arbejdsforholdets ophør er »løn« i EØF-Traktatens artikel 119's forstand.

delsesgodtgørelses mindstebeløb? Det Forenede Kongeriges repræsentant har i sit indlæg under den mundtlige forhandling gjort gældende, at EØF-Traktatens artikel 119 ikke finder anvendelse på denne del af fratrædelsesgodtgørelsen. Der er tale om en ydelse, der har karakter af en social sikringsydelse, og ifølge Domstolens dom i Defrenne I-sagen [13] kan denne lovbestemte del af ydelsen ikke betragtes som løn, der modtages fra arbejdsgiveren.

Jeg kan ikke tilslutte mig dette synspunkt. Løn falder ikke uden for artikel 119's anvendelsesområde, blot fordi det følger af en lov, at den skal udbetales. I dommen i Defrenne II-sagen [14] udtalte Domstolen i punkt 1 i konklusionen, at artikel 119 kan påberåbes ved de nationale domstole, »navnlig i tilfælde af forskelsbehandling, som umiddelbart skyldes lovbestemmelser...«. Den omstændighed, at arbejdsgiverens pligt til at betale godtgørelsen har sit udspring i socialsikringshensyn, kan efter min opfattelse heller ikke i sig selv bevirke, at en mindstegodtgørelse falder uden for artikel 119's anvendelsesområde. Samme situation opstår med hensyn til lovbestemmelser om mindsteløn. Det må vel være indlysende, at løn, der udbetales af en arbejdsgiver, som helhed må være omfattet af artikel 119, selv om den helt eller delvis er undergivet lovgivningens bestemmelser om mindsteløn.

Som jeg allerede har anført, er det af afgørende betydning, om der foreligger en årsagssammenhæng mellem ydelsen og arbejdsforholdet; en sådan sammenhæng foreligger fra det øjeblik, hvor arbejdsgiveren af egne midler betaler en godtgørelse til arbejdstagere, som er eller har været beskæftiget hos ham, når dette sker i kraft af det arbejde, de har udført, og dermed »som følge af arbejdsforholdet«, også selv om det sker i overensstemmelse med lovbestemmelser, der har deres udspring i socialsikringshensyn.

16. Alt i alt er jeg af den opfattelse, at en ydelse i anledning af arbejdsforholdets ophør — herunder også ydelsens lovbestemte mindstebeløb — som arbejdsgiveren i medfør af en erhvervstilknyttet ordning udbetaler til de arbejdstagere, han afskediger, er »løn« i den betydning, der er anført i EØF-Traktatens artikel 119, stk. 2.

Pensionsydelser

17. Før jeg tager stilling til, om pensionsydelser som dem, der er tale om i hovedsagen, er omfattet af EØF-Traktatens artikel 119, vil jeg give en nærmere redegørelse for de karakteristiske træk ved Guardians pensionsordning.

Som jeg allerede har anført, er der tale om en erhvervstilknyttet pensionsordning, som af vedkommende myndighed er godkendt som en »contracted-out« ordning. Domstolen har allerede haft lejlighed til at beskæftige sig med sådanne »contracted-out« pensionsordninger i to tidligere sager, nemlig Worringham-sagen og Newstead-sagen [15]. I dommen i Newstead-sagen (præmis 3) beskrev Domstolen ordningen således:

»Ordningen træder i henhold til gældende lovgivning på området i Det Forenede Kongerige i stedet for den nationale pensionsordning, for så vidt angår den indtægtsbe-

13 — Dom af 25. maj 1971, Defrenne (80/70, Sml. 1971, s. 109).

14 — Dom af 8. april 1976, Defrenne (43/75, Sml. s. 455).

15 — Dom af 3. december 1987, Newstead (192/85, Sml. s. 4753).

stemte del af ydelserne. De personer, som er tilsluttet en ordning af denne karakter, og som ved aftale er udtrådt af ordningen (der betegnes som 'contracted-out'), betaler kun nedsatte bidrag til den statslige ordning svarende til det faste grundbeløb, som den nationale ordning giver alle arbejdstagere mulighed for at opnå uanset deres løn. De er på den anden side forpligtet til at betale bidrag til den erhvervstilknyttede ordning på de betingelser, der er fastsat i denne.«

Guardians pensionsordning svarer til denne beskrivelse undtagen i én henseende: Guardians pensionsordning er en ordning uden bidragspligt, dvs. en ordning, som arbejdstagerne ikke skal betale bidrag til.

Guardians pensionsordning er desuden karakteriseret ved, at der er oprettet en *pensionskasse*. I sit forslag til afgørelse i Worringham-sagen har generaladvokat Warner givet en nærmere redegørelse for, hvorledes en sådan pensionskasse fungerer[16]. Pensionskassen ledes af en bestyrelse (»trustees«). Udover en eller flere personer, der repræsenterer arbejdsgiveren, udpeges normalt et eller flere bestyrelsesmedlemmer af personalesammenslutningen og / eller af fagforeningen. Bestyrelsesmedlemmerne er personer, som har pligt til ifølge et særligt tillidsforhold at udføre deres opgaver helt uafhængigt af arbejdsgiveren og arbejdstagerne. Arbejdsgiveren indbetaler bidrag til pensionskassen, og disse bidrag beregnes af en aktuar på grundlag af de eksisterende og forventede krav mod pensionskassen. Bidragene tilskrives ikke bestemte medlemmer. Ydelserne fra pensionskassen udbetales af bestyrelsesmedlemmerne efter de for pensionskassen gældende regler.

Med henblik på undersøgelsen af, om pensioner, der i henhold til en sådan ordning udbetales i tilfælde af afskedigelse, er omfattet af EØF-Traktatens artikel 119, skal jeg henvise til de domme, Domstolen har afsagt i sagerne Defrenne I, Bilka[17] og Newstead.

18. I Defrenne I-sagen behandlede Domstolen spørgsmålet om, hvorvidt en alderspension, der er indført inden for rammerne af en lovbestemt social sikringsordning, er en ydelse i artikel 119's forstand. Domstolen besvarede dette spørgsmål benægtende i præmisserne 7-9:

»7 Selv om fordele med karakter af ydelser under den sociale sikring herefter ikke principielt kan udelukkes fra begrebet løn, ses dette begreb, som det er defineret i artikel 119, imidlertid ikke at kunne omfatte de socialsikringsordninger eller -ydelser, navnlig alderspension, som direkte er reguleret ved lov, således at der ikke foreligger nogen overenskomst inden for den pågældende virksomhed eller erhvervsgren, og som obligatorisk finder anvendelse på almindelige grupper af arbejdstagere;

8 de pågældende ordninger sikrer nemlig arbejdstageren ydelser fra et lovmæssigt system, der finansieres af arbejdstagere, arbejdsgivere og eventuelt det offentlige i et omfang, som i mindre grad følger af ansættelsesforholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager end af socialpolitiske overvejelser;

16 — Sml. 1981, s. 796-798.

17 — Dom af 13. maj 1986, Bilka (170/84, Sml. s. 1607).

9 den arbejdsgiverne påhvilende andel i finansieringen af sådanne systemer udgør følgelig ikke en direkte eller indirekte betaling til arbejdstageren.«

Hermed har Domstolen angivet, at pensionsbidrag, der indbetales af en arbejdsgiver på grundlag af og til en *lovbestemt* social sikringsordning, *ikke* er omfattet af artikel 119, fordi sådanne bidrag i mindre grad følger af ansættelsesforholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager end af socialpolitiske overvejelser.

19. Det spørgsmål, der opstod efter denne dom, var, om det heraf modsætningsvis kunne sluttes, at direkte eller indirekte udbetalinger fra arbejdsgiveren i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsordning, der har sin oprindelse i en *kontrakt*, er omfattet af artiklens anvendelsesområde.

I dommen i Bilka-sagen bekræftede Domstolen, at der faktisk kunne drages en sådan modsætningsslutning. Der var i denne sag tale om en tillægspensionsordning, som i overensstemmelse med den tyske lovgivning var indført ved kollektiv overenskomst, og som udelukkende blev finansieret af arbejdsgiveren. Fuldtidsansatte kunne gøre krav på denne pension, mens deltidsansatte — som for størstedelens vedkommende var kvinder — ikke kunne. Efter at have konstateret, at pensionsordningen havde sin oprindelse i en overenskomst mellem arbejdsgiveren og repræsentanterne for de ansatte, og at den desuden var en integrerende del af de arbejdskontakter, der blev indgået med de ansatte, kom Domstolen til den konklusion, at ydelser, der blev udbetalt til arbejdstagerne i medfør af denne ordning, var omfattet af artikel 119 (jf. præmisserne 20-22).

Efter min opfattelse må dommen i Bilka-sagen forstås således, at pensioner, der udbetales i henhold til en virksomheds pensionsordning, som har sin oprindelse i en overenskomst, og som udelukkende finansieres af arbejdsgiveren, må betragtes som løn — selv om der er visse lighedspunkter mellem dem og sociale sikringsydelser — fordi de (normalt) er blevet indført efter overenskomst inden for den pågældende virksomhed til fordel for en bestemt kategori af arbejdstagere, nemlig dem, der arbejder i en bestemt virksomhed, og de derfor står i forbindelse med arbejdsforholdet mellem en bestemt arbejdsgiver og hans ansatte.

20. Dommene i Defrenne I-sagen og Bilka-sagen har klart afgrænset artikel 119's anvendelsesområde, for så vidt angår de rent lovbestemte pensionsordninger og de rent kontraktlige pensionsordninger. Men hvordan forholder det sig med hensyn til de såkaldte »contracted-out« ordninger?

I sit forslag til afgørelse i Worringham-sagen[18] anførte generaladvokat Warner, at en »contracted-out« ordning er en privat pensionsordning, som ikke skal være et supplement til statslige sociale sikringsordninger, men som træder i stedet herfor eller for en del heraf. Det var grunden til, at generaladvokaten indtog det standpunkt, at en sådan ordning faldt uden for artikel 119's anvendelsesområde. I dommen i sagen greb Domstolen imidlertid fortolkningsproblemet an på en anden måde end generaladvokaten,

18 — Sml. 1981, s. 805-806.

således at den ikke var nødt til at udtale sig om de konsekvenser, der måtte drages af denne forbindelse mellem en erhvervstilknyttet pensionsordning og den statslige pensionsordning.

Dette spørgsmål opstod igen i Newstead-sagen. Ligesom Barber var Newstead tilsluttet en erhvervstilknyttet pensionsordning, der var godkendt som en »contracted-out« ordning. I overensstemmelse med de betingelser, som var opstillet i Social Security Pensions Act 1975, indeholdt ordningen bestemmelse om, at der skulle ydes enkepension (men ikke enkemandspension), når en gift mandlig arbejdstager afgik ved døden. Enkepensionerne blev udbetalt af en fond, som finansieredes ved hjælp af bidrag fra mandlige arbejdstagere. Disse bidrag blev af arbejdsgiveren indeholdt i bruttolønnen. Da kvindelige arbejdstagere ikke havde pligt til at betale bidrag til fonden, fik de en højere nettoløn end mandlige arbejdstagere. Det er navnlig præmisserne 14 og 15, der efter min mening har betydning for den foreliggende sag:

»14 Det må derfor fastslås, at den omtvistede ulighed i lønnen hverken skyldes en ydelse, der udbetales til arbejdstagerne, eller et bidrag, som arbejdsgiveren på den ansattes vegne indbetaler til en pensionsordning, og som kan betragtes som 'ydelser, som arbejdstageren ... modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte', jf. Traktatens artikel 119.

15 Den omtvistede ulighed skyldes derimod opkrævningen af et bidrag til en erhvervstilknyttet pensionsordning. Denne ordning indeholder visse bestemmelser, som er gunstigere end den almindelige lovbestemte ordning og træder i stedet herfor. Følgelig bør et sådant bidrag ligesom bidraget til en lovbestemt social sikringsordning betragtes som henhørende under Traktatens artikel 118's anvendelsesområde og ikke under artikel 119's.«

21. Efter Det Forenede Kongeriges opfattelse støtter dommen i Newstead-sagen dets påstand om, at »contracted-out« ordninger som Guardians ikke er omfattet af EØF-Traktatens artikel 119's anvendelsesområde, fordi de træder i stedet for den lovbestemte ordning. Denne konklusion forekommer mig at være for generel.

Når man læser dommen i Newstead-sagen, må man holde sig for øje, at den bruttoløn, der blev udbetalt af arbejdsgiveren, var den samme for mænd og kvinder. Der fandt derfor ingen forskelsbehandling sted med hensyn til (brutto-)lønnen. Den forskel, som blev konstateret, vedrørte nettolønnen og skyldtes udelukkende en enkepensionsordning, som i henhold til britisk *lovgivning* skulle oprettes, for at »contracted-out« ordninger kunne godkendes, og hvortil arbejdsgiveren skulle tilbageholde et bidrag i den løn, han udbetalte til mandlige arbejdstagere. Dommen vedrørte denne særlige bestemmelse om enkepensionen, som var fastsat i lovgivningen, og fulgte dommen i Defrenne I-sagen, hvori Domstolen statuerede, at en pensionsordning, som ligeledes var indført ved lov, ikke var omfattet af artikel 119's anvendelsesområde.

Det forekommer mig, at det er en alt for vidtgående generalisering af afgørelsen i

Newstead-sagen — som Det Forenede Kongerige har foreslået — også at lade den ordning, der er tale om her, falde uden for artikel 119's anvendelsesområde, fordi den ligner ordningen i Defrenne I-sagen. Den situation, der foreligger i nærværende sag, minder tværtimod om situationen i Bilka-sagen. For det første har den ret til aktuel pension i tilfælde af *afskedigelse*, som der er tale om i den foreliggende sag, *ikke* sin oprindelse i en lovbestemmelse, som gør denne ret obligatorisk i lighed med en tilsvarende ydelse, der i henhold til den statslige sociale sikringsordning generelt indrømmes afskedigede arbejdstagere. Retten følger af Guardians afskedigelsesvilkår, som er rene kontraktvilkår, ligesom det var tilfældet i Bilka-sagen. Der er heller ikke som i Newstead-sagen tale om en ordning, der finansieres ved hjælp af bidrag, som indeholdes i de ansattes løn, men — ligesom i Bilka-sagen — om en ordning, der finansieres ved hjælp af bidrag, som arbejdsgiveren af egne midler betaler de ansatte som en ekstra ydelse gennem en pensionsordning. Derfor er Guardians pensionsordning for afskedigede arbejdstagere omfattet af artikel 119, og det samme gælder den godtgørelse i anledning af arbejdsforholdets ophør, som i dette tilfælde hænger nøje sammen med pensionsordningen, og som delvis træder i stedet for denne.

22. Jeg har ovenfor (i afsnit 17) påpeget, at der er to karakteristiske træk ved Guardians pensionsordning: dels finansieres den udelukkende gennem bidrag fra arbejdsgiveren, og dels indbetales bidragene til en pensionskasses »trustees«, som også sørger for udbetalingen af pensionerne.

Efter min opfattelse er der ingen af disse to karakteristiske træk, der kan ændre det standpunkt, jeg netop har indtaget. Det første støtter mit standpunkt, fordi den omhandlede pensionsordning derved kommer den, der var tale om i Bilka-sagen, endnu nærmere (i Bilka-sagen var der ligeledes tale om en pension, der udelukkende blev finansieret af arbejdsgiveren).

På den anden side er det andet karakteristiske træk på ingen måde til hinder for, at artikel 119 kan finde anvendelse. Denne artikel i Traktaten tager sigte på alle ydelser, som en arbejdstager direkte eller indirekte modtager fra arbejdsgiveren som følge af arbejdsforholdet. Det er klart, at de bidrag, der af arbejdsgiveren indbetales til pensionskassens »trustees«, er bestemt for arbejdstagerne, hvis interesser disse »trustees« skal varetage. De beløb, som arbejdsgiveren indbetaler til kassens »trustees«, og som disse udbetaler til arbejdstagerne, må derfor betragtes som indirekte ydelser, som arbejdstagerne modtager. Det forekommer mig i øvrigt, at Domstolen har bekræftet dette standpunkt i Worringham-sagen.

23. Sammenfattende er jeg af den opfattelse, at pensioner, der udbetales til afskedigede arbejdstagere gennem »trustees« i en pensionskasse, som er finansieret ved bidrag fra arbejdsgiveren i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsordning, som er anerkendt som »contracted-out« ordning, er »løn« i den betydning, der er anført i EØF-Traktatens artikel 119, stk. 2.

Mellemspørgsmål

24. Kommissionen har i sit indlæg gjort gældende, at Domstolen i dommen i Bilka-sagen har opgivet den sondring, den tidligere havde opstillet i dommen i Burton-sa-

gen mellem det »beløb«, der ydes i løn (den i artikel 119 omhandlede løn) og »adgangen« til denne ydelse (et arbejdsvilkår, som ikke er omfattet af artikel 119, men af artiklerne 117 og 118). Hvis dette ikke er tilfældet, kan sondringen i hvert fald nu kun anvendes i tilfælde af frivillig fratræden, eftersom spørgsmålet om »adgang« til fratrædelsesgodtgørelse ikke opstår ved afskedigelse.

Før jeg tager stilling til besvarelsen af Court of Appeals spørgsmål om den anfægtede ordnings diskriminerende karakter, vil jeg undersøge, om Kommissionen har ret i denne påstand. Hvis Kommissionen har ret, og betingelserne vedrørende adgang til lønnen (herunder adgang til en godtgørelse eller til en pension i tilfælde af afskedigelse) er omfattet af artikel 119, må det tredje og det femte spørgsmål samt det fjerde spørgsmål besvares ud fra artikel 119, således som den forelæggende ret har anført i forelæggelseskendelsen. I modsat fald må spørgsmålene besvares i lyset af direktiverne om ligebehandling, som så finder anvendelse.

25. Jeg finder det hensigtsmæssigt kort at gøre rede for de faktiske omstændigheder i Burton-sagen. Burton var ansat i British Railways Board (herefter benævnt »BR«), som er en offentligretlig juridisk person. I forbindelse med en reorganisation gav BR nogle af sine ansatte tilbud om frivillig fratræden på betingelser, der var indeholdt i en kollektiv aftale mellem selskabets ledelse og de anerkendte fagforeninger. I den kollektive aftale var det bestemt, at kun ansatte, der var fyldt 60/55 år (mænd / kvinder), kunne benytte sig af denne mulighed. I tilfælde af frivillig fratræden modtog de ansatte, der var omfattet af ordningen, førtidspension samt et kontant beløb. Burton, som var 58 år, ansøgte om at fratræde på disse betingelser. Hans ansøgning blev afslået af BR, fordi han ikke var fyldt 60 år, som var mindstealderen for mandlige arbejdstagere.

Domstolen udtalte i præmis 8:

»Det fortolkningsproblem, der er forelagt Domstolen, vedrører altså ikke godtgørelsen som sådan, men spørgsmålet, om betingelserne for adgang til den frivillige fratrædelsesordning indebærer forskelsbehandling. Dette problem reguleres af direktiv 76/207, som den nationale ret har henvist til i forelæggeleskendelsen, og ikke af Traktatens artikel 119 eller af direktiv 75/117.«

26. Jeg forstår denne præmis i dommen således, at artikel 119 finder anvendelse, når der er tale om »godtgørelsen som sådan«. Når der derimod er tale om »betingelserne for adgang« til den frivillige fratrædelsesordning, er det ikke længere artikel 119, der finder anvendelse, men direktiv 76/207, selv når betingelserne har økonomisk betydning for arbejdstagerne (jf. nedenfor). Domstolen har dog ikke nærmere angivet, hvad der ligger i begrebet »godtgørelse«, og heller ikke i begrebet »betingelserne for adgang« til en bestemt ordning.

I Burton-sagen tog Domstolen stilling til en bestemt betingelse, nemlig aldersbetingelsen, som var forskellig for de to køn, og som arbejdstageren skulle opfylde for at kunne gøre krav på de ydelser, der var fastsat i

ordningen, når arbejdsforholdet ophørte som følge af frivillig fratræden. Domstolens afgørelse, hvorefter denne aldersbetingelse er omfattet af direktiv 76/207, og ikke af artikel 119, ligger i forlængelse af dommen i Defrenne III-sagen [19], hvori Domstolen om en klausul, hvorefter en stewardesses ansættelseskontrakt ophørte, når hun fyldte 40 år, udtalte:

»Navnlig er den omstændighed, at visse ansættelsesvilkår — såsom en særlig aldersgrænse — kan have økonomisk betydning, ikke tilstrækkelig grund til at lade sådanne vilkår være omfattet af artikel 119, der hviler på den snævre sammenhæng mellem arbejdsydelser og lønnens størrelse;« (præmis 21).

Ikke alene i dommen i Burton-sagen, men også i tre senere domme (Roberts [20], Marshall [21] og Beets-Proper [22]), har Domstolen statueret, at en aldersgrænse, som blev anvendt med det formål at bringe et arbejdsforhold til ophør, er et arbejdsvilkår, nærmere bestemt et afskedigelsesvilkår, hvis gyldighed skal undersøges i lyset af direktiv 76/207.

27. I Bilka-sagen skulle Domstolen ikke tage stilling til en aldersbetingelse, der var forskellig for de to køn, men — som jeg har anført ovenfor (i afsnit 19) — en betingelse for adgang til en tillægspensionsordning, som var indført ved kollektiv overenskomst, hvorefter det kun var fuldtidsansatte, der var berettigede til denne pension. Domstolen statuerede dengang, at ydelser, som udbetaltes i medfør af denne ordning, var omfattet af artikel 119, og at der faktisk kunne være tale om en i henhold til denne artikel forbudt forskelsbehandling, fordi de deltidsansatte arbejdstagere, som var udelukket fra ordningen, hovedsagelig var kvinder [23].

Spørgsmålet er derfor, om dommen i Bilka-sagen er forenelig med den dom, Domstolen tidligere havde afsagt i Burton-sagen, og i benægtende fald, om, og i hvilket omfang, praksis er blevet ændret som følge af dommen i Bilka-sagen.

28. Ved første øjekast er det faktisk et spørgsmål, om de to afgørelser er forenelige. Jeg kan navnlig ikke rigtig se, hvorfor en aldersbetingelse, som opstilles for tildeling af en pensionsydelse, *ikke* kan være omfattet af artikel 119, mens en betingelse om fuldtidsbeskæftigelse, som også opstilles for tildeling af en pensionsydelse, kan være omfattet af denne artikel. I begge tilfælde er der tale om en betingelse for »adgang« til en pensionsordning [24]. Som sådanne må disse betingelser holdes ude fra egentlige lønbetingelser, som f.eks. er afgørende for størrelsen, de enkelte bestanddele og beregningen af lønnen eller i den foreliggende sag af

19 — Dom af 15. juni 1978, Defrenne (149/77, Sml. s. 1365).

20 — Dom af 26. februar 1986, Roberts (151/84, Sml. s. 703).

21 — Dom af 26. februar 1986, Marshall (152/84, Sml. s. 723).

22 — Dom af 26. februar 1986, Beets-Proper (262/84, Sml. s. 773).

23 — Jf. også dommen af 13. juli 1989, Rinner-Kühn (171/88, Sml. s. 2743), hvori Domstolen udtalte, at artikel 119 i princippet er til hinder for en bestemmelse i national lovgivning, hvorefter arbejdsgiverne i tilfælde af sygdom kan undlade at udbetale løn til deltidsansatte arbejdstagere (som for størstedelens vedkommende er kvinder).

24 — Der er naturligvis visse forskelle: Betingelsen om fuldtidsbeskæftigelse vedrører selve tildelingen af pensionen, mens aldersbetingelsen vedrører det tidspunkt, fra hvilket pensionen tilkendes. Denne forskel er dog relativ: En »udsættelse« med udbetalingen af en arbejdsophørs- eller alderspension er ensbetydende med en »fortabelse« af ydelsen, hvis modtageren afgår ved døden. Forskellen er i øvrigt uden betydning i den sammenhæng, vi beskæftiger os med her, idet begge betingelser vedrører adgangen til ordningen.

ydelsen i tilfælde af afskedigelse, dvs. betingelserne vedrørende selve »ydelsen«.

Betingelser vedrørende adgangen til lønydelserne (eller de ydelser, der udbetales i tilfælde af afskedigelse) indvirker utvivlsomt på »ydelserne«, i den forstand, at ydelserne afhænger heraf (både med hensyn til deres bestående og det tidspunkt, hvor de udbetales). Men ifølge Domstolens afgørelse i Defrenne III-sagen, er dette »ikke tilstrækkelig grund til at lade sådanne vilkår være omfattet af artikel 119, der hviler på den snævre sammenhæng mellem arbejdsydelse og lønnens størrelse« (præmis 21, som allerede er gengivet i afsnit 26). Dommen i Burton-sagen synes at være i overensstemmelse med denne afgørelse, mens dommen i Bilka-sagen afviger herfra.

29. Der er tre muligheder for at komme ud af dette »dilemma«. Indledningsvis skal jeg imidlertid bemærke, at grunden til, at der så hyppigt opstår afgrænsningsproblemer mellem artikel 119's anvendelsesområde og anvendelsesområdet for direktiverne om ligebehandling (der overlapper artikel 119's anvendelsesområde), naturligvis er, at det i Domstolens praksis er anerkendt, at artikel 119 på visse betingelser har direkte virkning i forholdet mellem borgerne, mens de ovennævnte direktiver ikke har (jf. afsnittene 47 og 49 nedenfor). Hvis denne betydningsfulde forskel skulle ophøre eller miste sin betydning, ville de nævnte afgrænsningsproblemer naturligvis om ikke forsvinde helt, så dog blive mindre.

De tre muligheder, der foreligger, er følgende: enten at begrænse artikel 119's anvendelsesområde ligesom i dommen i Burton-sagen, således at det omfatter betingelser vedrørende lønnen i snæver forstand, som vedrører lønnens størrelse og dermed selve ydelsen, hvilket indebærer, at dommen i Bilka-sagen ikke kan anvendes som præjudikat, *eller* at opfatte artikel 119's anvendelsesområde således, at det omfatter alle arbejdsvilkår, som direkte eller indirekte indvirker på lønnens størrelse, dvs. har økonomisk betydning for arbejdstageren, hvilket indebærer, at dommen i Bilka-sagen må betragtes som forløber for en opfattelse, som bryder med den på dette punkt restriktive opfattelse i dommen i Defrenne III-sagen, *eller* at udlede en fællesnævner for dommene i Bilka-sagen og Defrenne III-sagen og derved finde frem til en fortolkning af artikel 119, som giver denne artikel dens fulde rækkevidde, samtidig med at der tages hensyn til de spørgsmål, der behandles i artiklerne 117 og 118.

Jeg vil nu kort redegøre for hver af disse muligheder.

30. Den *første* mulighed har den fordel, at den er forenelig med den opfattelse, Domstolen har givet udtryk for i præmisserne 19 og 20 i dommen i Defrenne III-sagen (dvs. umiddelbart forud for den præmis, jeg har citeret ovenfor i afsnit 26). Domstolen udtalte heri:

»I modsætning til bestemmelserne i artiklerne 117 og 118, som hovedsagelig er programerklæringer, er artikel 119, der kun vedrører problemet om forskelsbehandling med hensyn til mandlige og kvindelige arbejdstageres løn, en speciel regel, hvis anvendelse er undergivet præcise betingelser;

under disse omstændigheder kan den nævnte artikel kun vedrøre de ansættelsesforhold, den udtrykkeligt omhandler«.

I de følgende præmisser (efter den, jeg allerede har citeret i afsnit 26) anførte Domstolen andre grunde til, at det er nødvendigt ikke at vælge en udvidende fortolkning: Artikel 119 vedrører en bestemt faktor, nemlig lige løn for samme arbejde, og ikke andre ansættelses- eller arbejdsvilkår, hvorved der til tider tages hensyn til kvindens særlige stilling i arbejdslivet; en udvidelse af ordlyden af artikel 119 kan bringe denne artikels anvendelighed i fare og medfører, at man griber ind i områder, som ifølge artiklerne 117 og 118 er forbeholdt de i disse bestemmelser nævnte myndigheder.

Der er to forhold, der taler imod denne mulighed, nemlig, at den alt taget i betragtning er ensbetydende med en restriktiv fortolkning af artikel 119, for så vidt angår bestemmelsens anvendelsesområde — hvorimod Domstolen, når den befinder sig inden for bestemmelsens anvendelsesområde, har en vid opfattelse af de bestanddele, der indgår i begrebet »løn« — og at denne fortolkning i mindre grad er i overensstemmelse med princippet om ligestilling af mandlige og kvindelige arbejdstagere i alle henseender, et princip, hvis grundlæggende betydning Domstolen har understreget ved flere lejligheder[25] og ud fra hvilket[26] den alt efter omstændighederne har anlagt en snæver eller vid fortolkning af fællesskabsretlige begreber.

31. Den *anden* løsning — hvorefter man med udgangspunkt i dommen i Bilka-sagen bringer alle de arbejdsvilkår, som kan have økonomisk betydning, og som derfor direkte eller indirekte kan indvirke på arbejdstagerens løn, ind under anvendelsesområdet for artikel 119 — har naturligvis både fordele og ulemper. Den har den fordel, at den i overensstemmelse med lighedsprincippet giver artikel 119 den størst mulige rækkevidde, således at der ikke længere lægges vægt på artikel 119's »særlige« karakter eller karakter af en »undtagelsesbestemmelse«, sammenlignet med de generelle bestemmelser i artiklerne 117 og 118, men derimod på artikel 119's retligt bindende karakter, sammenlignet (jf. Defrenne III-sagen) med artiklerne 117 og 118, som »hovedsagelig er programerklæringer«, for at give artikel 119 det størst mulige indhold.

Ulemperne ved denne mulighed er, at den lige så lidt som den første mulighed giver et afgørende kriterium for afgrænsningen mellem artikel 119 og artiklerne 117 og 118 — idet kriteriet »direkte eller indirekte indvirkning« på lønnen ikke er særlig klart, selv om det måske er lettere at anvende end sondringen mellem »godtgørelsen som sådan« og »betingelserne for adgang« til ydelsen — og at den bevirker, at der gribes ind i det område, som ifølge artiklerne 117 og 118 er forbeholdt medlemsstaterne og Kommissionen.

32. Den *tredje* mulighed består i at finde en fællesnævner for dommen i Bilka-sagen og de tidligere afgørelser.

Jeg skal erindre om, at de domme, der er afsagt i sagerne Defrenne III, Burton, Marshall, Beets-Proper og tilsyneladende også i Roberts-sagen, alle vedrører en (alders-)betingelse eller (alders-)grænse i forbindelse med et arbejdsforholds *ophør*: Formålet med denne aldersbetingelse eller aldersgrænse var at udpege de arbejdstagere, hvis ansættelsesforhold skulle bringes til ophør på visse økonomiske betingelser.

25 — Jf. bl.a. dom af 20. marts 1984, Razzouk og Beydoun, præmis 16 (75/82, 117/82, Sml. s. 1509).

26 — Jf. bl.a. dommen i Marshall-sagen (jf. ovenfor i note 21), præmis 36.

Set ud fra denne synsvinkel fremtræder aldersbetingelsen eller aldersgrænsen klart som et arbejdsvilkår, nærmere bestemt som et afskedigelsesvilkår, eller i videre forstand som et vilkår for arbejdsforholdets ophør, dvs. en betingelse, på grundlag af hvilken der sker en udvælgelse af de arbejdstagere, hvis arbejdsforhold skal bringes til ophør[27]. Når aldersbetingelsen eller aldersgrænsen derimod ikke spiller en sådan rolle, men — som i det foreliggende tilfælde — er afgørende for *tildelingen* af en ydelse ved arbejdsforholdets ophør eller en pension til ansatte, *hvis ansættelsesforhold det allerede er blevet besluttet at bringe til ophør* på grundlag af andre faktorer (som forudsættes ikke at være diskriminerende), er der tale om en betingelse med hensyn til lønnen, som er omfattet af artikel 119[28]. I Bilka-sagen, som ikke vedrørte en aldersbetingelse, var der derimod også tale om en betingelse for *tilkendelse* af pensionsret (og dette var også tilfældet i den for nylig afsagte dom i Rinner-Kühn-sagen, hvori en betingelse om udbetaling af løn under sygdom blev bragt ind under artikel 119).

I det væsentlige indebærer sondringen, at arbejdsvilkår (herunder afskedigelsesvilkår eller andre fratrædelsesvilkår), som direkte gælder for adgangen til, dvs. ydelsen af løn (herunder en godtgørelse eller pension i tilfælde af afskedigelse), bringes ind under artikel 119, *men* at dette ikke gælder de betingelser, der ligger forud herfor, og som vedrører arbejdsforholdets opståen, forløb eller ophør, selv om disse betingelser har økonomisk betydning eller ledsages af økonomiske forholdsregler (f.eks. godtgørelse i anledning af arbejdsforholdets ophør eller pensionsydelser).

Denne løsning har den fordel, at den giver artikel 119's anvendelsesområde fuldt indhold, idet bestemmelsen kommer til at omfatte alle betingelser vedrørende lønnen i vid (men ikke urimelig vid) forstand, og ikke begrænses til kun at omfatte betingelser, som er afgørende for lønnens størrelse, dens enkelte bestanddele eller beregning. Den er desuden i overensstemmelse med de af Domstolen trufne afgørelser og griber ikke for meget ind i artikel 117's og artikel 118's anvendelsesområde. Løsningen er mindre vidtgående end den anden mulighed — som efter min opfattelse ikke har tilstrækkelig støtte i Traktatens ordlyd — idet den ikke bevirker, at artikel 119's anvendelsesområde kommer til at omfatte alle de arbejdsvilkår, som direkte eller indirekte kan indvirke på lønnen, men kun de vilkår, som gælder for ydelsen (af en del) af lønnen, og som derfor må holdes adskilt fra dem, der gælder for andre forhold end lønnen (f.eks. arbejdsforholdets ophør), selv om disse andre forhold kan føre til, at der træffes økonomiske forholdsregler.

33. Det vil heraf fremgå, at jeg i dette mellemspørgsmål foretrækker den tredje mulig-

27 — Jf. navnlig dommen i Marshall-sagen (jf. ovenfor i note 21), præmis 32.

28 — Også i Roberts-sagen var der — som det fremgår af dommens præmis 33 — tale om en (ensartet) aldersbetingelse for *ydelse* af førtidspension (og ikke, som man kunne tro på grundlag af præmisserne 30 og 32, om en aldersgrænse, på grundlag af hvilken det blev afgjort, hvilke arbejdstagere der skulle pensioneres). Domstolen undersøgte ganske vist ikke denne (ensartede) aldersbetingelse på grundlag af artikel 119, men som et afskedigelsesvilkår i henhold til artikel 5 i direktiv 76/207/EØF, fordi det spørgsmål, der var blevet forelagt Domstolen, udelukkende drejede sig om, hvorvidt Joan Roberts var blevet behandlet på en måde, der var i strid med dette direktiv. Det ville ikke have været til fordel for Joan Roberts, hvis artikel 119 var blevet anvendt, eftersom hun havde fået udbetalt samme fratrædelsesgodtgørelse som sine mandlige kolleger på samme alder (jf. afsnittene 42 og 43 nedenfor). Artikel 119 og direktiv 76/207/EØF udelukker imidlertid ikke hinanden (se første betragtning i direktiv 76/207/EØF). Det kan derfor ikke udledes af dommen, hvori det udtaltes, at den aldersbetingelse, der var tale om i Roberts-sagen, er omfattet af direktiv 76/207/EØF, at artikel 119 ikke kan finde anvendelse samtidig.

hed, der giver artikel 119 et vidt, men ikke urimeligt vidt anvendelsesområde, og er i overensstemmelse med Domstolens domme. Den fører til, at den foreliggende sag er omfattet af EØF-Traktatens artikel 119, fordi aldersbetingelsen i denne sag *ikke* har til formål at udvælge de arbejdstagere, hvis arbejdsforhold skal bringes til ophør (i så fald ville der være tale om et afskedigelsesvilkår, som er omfattet af direktivet om ligebehandling, jf. nedenfor i afsnit 38 ff.), *men* er en betingelse vedrørende ydelse af en godtgørelse eller en pension i tilfælde af afskedigelse, som får virkning, efter at arbejdsforholdet er blevet bragt til ophør (i det konkrete tilfælde som følge af lukningen af det kontor, hvor Barber arbejdede; dette berørte alle, der arbejdede der, såvel mænd som kvinder) [29].

For det tilfælde, at Domstolen ikke deler min opfattelse, men indtager det standpunkt, at alle betingelser vedrørende »adgang« til lønnen — og altså også den aldersbetingelse, der er tale om i denne sag — udelukkende må bedømmes i lyset af direktiverne om ligebehandling (og at ingen af disse betingelser er omfattet af artikel 119), vil jeg i det følgende — også for at bidrage til vurderingen af følgerne af dette valg — både se på, hvordan situationen er, hvis artikel 119 finder anvendelse, og hvordan den er, hvis direktiverne om ligebehandling finder anvendelse. I den forbindelse vil jeg også komme ind på afgørelsens tidsmæssige virkninger, såfremt Domstolen måtte statuere, at artikel 119 faktisk finder anvendelse i tilfælde som det foreliggende (jf. nedenfor i afsnit 37).

34. Min besvarelse af mellemspørgsmålet kan sammenfattes således, at arbejdsvilkår (herunder en aldersbetingelse), som direkte regulerer adgangen til løn, dvs. ydelsen af lønnen (herunder en godtgørelse eller pension i tilfælde af afskedigelse) efter min opfattelse er omfattet af artikel 119's anvendelsesområde, mens arbejdsvilkår (som f. eks. en aldersbetingelse) som (bl.a.) gælder for arbejdsforholdets ophør, er omfattet af direktiverne om ligebehandling, også selv om arbejdsforholdets ophør har økonomisk betydning eller fører til, at der træffes økonomiske forholdsregler.

Spørgsmål 3 og 5

35. I det tredje spørgsmål lægges det til grund, at en mand og en kvinde på samme alder, som afskediges under samme omstændigheder, i det foreliggende tilfælde behandles forskelligt. Spørgsmål 3 a) vedrører den situation, at en en kvinde får aktuel pension, mens en mand kun kan gøre krav på opsat pension. I spørgsmål 3 b) ses der ikke længere på denne ene forskel, men der henvises til den situation, at den samlede værdi af alle ydelserne er større, når det er en kvinde, der afskediges, end når det er en mand. Court of Appeal ønsker oplyst, om

29 — Dette standpunkt bevirker, at det ikke er nødvendigt at komme ind på Kommissionens subsidiære påstand (jf. ovenfor i afsnit 24), hvorefter det, hvis det antages, at aldersbetingelsen *ikke* er omfattet af artikel 119 — en konklusion, jeg ikke er nået til i den foreliggende sag — må forholde sig således, at dette kun gælder i tilfælde af frivillig fratræden og derfor ikke kan gælde i tilfælde af afskedigelse, fordi der da ikke opstår et spørgsmål om »adgang« [jf. dog nedenfor i afsnit 39, hvor denne sondring faktisk spiller en rolle — ikke med hensyn til den foreliggende sag — på grund af anvendelsen af artikel 4, litra a), i direktiv 86/378]. Som det fremgår af min konklusion, mener jeg, at det er en anden sondring, der må foretages, og at den ikke her beror på, om det er arbejdsgiveren eller arbejdstageren, som har taget initiativet til at bringe arbejdskontrakten til ophør.

denne forskelsbehandling er i strid med princippet om lige løn i artikel 119.

Spørgsmål 5 er vanskeligt at forstå. Jeg forstår det således, at Court of Appeal ønsker oplyst, om den konstaterede forskelsbehandling stadig er diskriminerende, når forskellen skyldes en bestemmelse i Guardians særlige, erhvervstilknyttede ordning, hvorefter arbejdstageren ved afskedigelse behandles, som om han eller hun er blevet pålagt at gå på pension, når afskedigelsen sker i løbet af syvårsperioden forud for det normale pensionstidspunkt (som, forudsættes det, er forskelligt for de to køn, idet kvinder pensioneres tidligere end mænd, hvilket er i overensstemmelse med de aldersgrænser, der er fastsat i Det Forenede Kongeriges lovgivning om statslige pensioner). I det væsentlige er det derfor nødvendigt at afgøre, om en erhvervstilknyttet ordning, hvorefter der i forbindelse med afskedigelse gælder forskellige aldersbetingelser for de to køn med hensyn til ydelse af en aktuel pension, er i strid med fællesskabsretten, når aldersbetingelsen afspejler forskellige aldersbetingelser for de to køn, som ikke blot er fastsat i den erhvervstilknyttede ordning, men også — som det fremgår af britisk lovgivning — i den statslige ordning for ydelse af alders- eller aldersophørspension.

Spørgsmål 3 a) og spørgsmål 5

36. Forskelsbehandlingen i den foreliggende sag skyldes aldersbetingelsen, der er forskellig for de to køn, og som er fastsat i afskedigelsesvilkårene. Efter den opfattelse, jeg har givet udtryk for ovenfor, er en sådan aldersbetingelse omfattet af artikel 119, når den — som i det foreliggende tilfælde — direkte vedrører tildelingen af pensionsrettigheder. Ikke desto mindre vil jeg som anført (i afsnit 33) også tage stilling til den situation, der foreligger, hvis Domstolen finder, at betingelsen må ses i lyset af direktiverne om ligebehandling.

1. Hvis artikel 119 finder anvendelse

37. Hvis artikel 119, som jeg har anført ovenfor (i afsnit 34), finder anvendelse på en aldersbetingelse, der er forskellig for de to køn, som den, der er fastsat i afskedigelsesvilkårene, er det ikke vanskeligt at fastslå, at der foreligger ulovlig forskelsbehandling. Under de omstændigheder er det klart, at forskellige aldersbetingelser for de to køn er åbenbar forskelsbehandling.

Hvis Domstolen tiltræder dette synspunkt, kan der imidlertid opstå et spørgsmål om den tidsmæssige virkning i forbindelse med pensionsalderen for ydelse af alders- eller arbejdsophørspension. Rådet har nemlig, bl.a. da det udstedte direktiv 86/378 om ligebehandling inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, været af den overbevisning, at artikel 119 ikke fandt anvendelse på en sådan aldersbetingelse, og i overensstemmelse hermed tillod det foreløbig anvendelsen af en pensionsalder, der var forskellig for de to køn, jf. direktivets artikel 9, stk. 1, litra a), (se nedenfor i afsnit 38). Dette kunne være en grund til — i overensstemmelse med, hvad Domstolen antog i Defrenne II-sagen — ud fra retssikkerhedsbetragtninger at tage forbehold, for så vidt angår den tidsmæssige virkning af den nye fortolkning, jeg er gået ind for, og som specielt angår den aldersbetingelse, der er nævnt i ovenstående bestemmelse. I den fo-

religgende sag er der imidlertid ikke noget behov herfor, eftersom det vil fremgå af gennemgangen af artikel 9, at denne artikel ikke finder anvendelse i tilfælde af afskedigelse (jf. nedenfor i afsnit 39).

2. Hvis ligebehandlingsdirektiverne finder anvendelse

38. Hvilket direktiv om ligebehandling må da anvendes? Dette spørgsmål opstår som følge af, at medlemsstaterne i henhold til artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7 og artikel 9, stk. 1, litra a), i direktiv 86/378 — dvs. direktiverne om ligebehandling med hensyn til social sikring — kan gøre undtagelse med hensyn til fastsættelse af pensionsalderen for ydelse af alders- og arbejdsophørspensioner [se med hensyn til artikel 9, stk. 1, litra a), i direktiv 86/378 afsnit 37 ovenfor]. Derimod indeholder direktiv 76/207 om ligebehandling for så vidt angår arbejdsvilkår ikke en sådan undtagelse.

Efter min opfattelse er den aldersbetingelse, der er fastsat i Guardians afskedigelsesvilkår, omfattet af artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, som er affattet således:

»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« (min fremhævelse).

Domstolen har bl. a. i dommen i Robertssagen foretaget en nærmere afgrænsning af denne bestemmelse. I denne dom udtalte Domstolen, at begrebet »afskedigelse« i bestemmelsen skal forstås i vid betydning, således at det også omfatter kollektive afskedigelser og specielt en aldersbetingelse for ydelse af pension i tilfælde af sådanne afskedigelser (jf. note 28 og afsnit 42 og 43 nedenfor) [30].

39. Guardian har i sit indlæg gjort gældende, at afskedigelsesvilkårene er omfattet af direktiv 86/378, dvs. socialsikringsdirektivet om *erhvervstilknyttede ordninger*, som er det eneste, der kan komme i betragtning her (direktiv 79/7 vedrører de lovbestemte socialsikringsordninger). I den forbindelse har Guardian påberåbt sig artikel 4, litra a), tredje led, hvorefter direktivet finder anvendelse

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

— ...

— ...

— alderdom, *også i tilfælde af førtidspensionering*,

— ...

— ...« (min fremhævelse).

30 — I Burton-sagen (jf. ovenfor i note 3) har Domstolen antaget, at begrebet »afskedigelse« også omfatter frivillig fratræden. Rådet har siden da udstedt direktiv 86/378/EØF, som navnlig finder anvendelse på erhvervstilknyttede ordninger, der sikrer beskyttelse i tilfælde af førtidspensionering (jf. afsnit 39).

Ifølge Guardian må denne artikel læses i sammenhæng med den undtagelse, medlemsstaterne kan benytte sig af i henhold til artikel 9, stk. 1, litra a), i samme direktiv. Det Forenede Kongerige hævdes at have benyttet sig af den mulighed, som er fastsat i denne bestemmelse, for at fravige ligebehandlingsprincippet for så vidt angår fastsættelsen af forskellige aldersbetingelser for de to køn for ydelse af pension, således som det er fastsat i de omtvistede afskedigelsesvilkår.

Hvad skal man mene herom? Det må for det første erindres, at direktiv 86/378 blev vedtaget af Rådet længe efter de faktiske omstændigheder i hovedsagen. Desuden finder den nævnte bestemmelse i artikel 4 under ingen omstændigheder anvendelse i en situation som den foreliggende, hvor arbejdstageren er blevet afskediget af arbejdsgiveren. Udtrykket »førtidspensionering« henviser udelukkende til de ordninger, der finder anvendelse, når arbejdsforholdet frivilligt bringes til ophør, og gælder ikke med hensyn til afskedigelser. Hvad angår det sidstnævnte område (som klart er et afskedigelsesvilkår og dermed et arbejdsvilkår, som er omfattet af direktiv 76/207, i modsætning til det førstnævnte område, som ligger social sikring meget nærmere), kan den omhandlede udtalelse i artikel 9 i direktiv 86/378 derfor heller ikke gøres gældende. Dette gælder så meget desto mere, som Domstolen i forbindelse med den tilsvarende bestemmelse i artikel 7, stk. 1, i direktiv 79/7 udtrykkelig har udtalt, at social sikring er undtaget fra direktiv 76/207's anvendelsesområde og derfor må fortolkes snævert (jf. citatet og henvisningen nedenfor i afsnit 42). Denne udtalelse gælder også for så vidt angår artikel 9, stk. 1, i direktiv 86/378, som af samme grund skal fortolkes snævert.

Jeg er derfor fortsat af den opfattelse, at den forskelsbehandling, der er tale om i den foreliggende sag — for det tilfælde, der undersøges her — må bedømmes på grundlag af artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207. Ifølge denne bestemmelse skal der gælde samme afskedigelsesvilkår for mænd og kvinder.

40. Det må desuden undersøges, om forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 — for det tilfælde, der undersøges her — også gælder, når den aldersbetingelse, som findes i afskedigelsesvilkårene, og som er forskellig for de to køn, afspejler forskellige aldersbetingelser for de to køn, som er fastsat for ydelse af alders- eller arbejdsophørspension såvel i henhold til den erhvervstilknyttede pensionsordning som i henhold til den lovbestemte pensionsordning. Sådan som jeg forstår spørgsmål 5, er det det, dette spørgsmål drejer sig om. For at kunne besvare det vil jeg støtte mig på Domstolens domme i Burton-sagen og Roberts-sagen, som imidlertid synes at antyde en vis udvikling på dette punkt.

41. Domstolens argumentation i præmisserne 10-16 i Burton-dommen kan sammenfattes således: Domstolen tog som udgangspunkt, at man for at kunne afgøre, om forskellig behandling på grundlag af køn er diskriminerende, må sammenholde de omtvistede foranstaltninger med de nationale lovbestemmelser vedrørende den normale pensionsalder. Domstolen fastslog, at mindstepensionsalderen efter den statslige pensionsordning i henhold til britisk lovgivning er 60 år for kvinder og 65 år for mænd, og at denne forskelsbehandling er forenelig med artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7. De

omtvistede regler om frivillig fratræden, som blev anvendt af British Railways Board, giver den arbejdstager, som fratræder i løbet af de fem år, der går forud for den normale pensionsalder, mulighed for at oppebære visse ydelser. Den eneste forskel mellem de ydelser, der udbetales henholdsvis mandlige og kvindelige arbejdstagere, kan således føres tilbage til den omstændighed, at den frivillige fratrædelsesordning er sammenkædet med den pensionsordning, der gælder ifølge de britiske bestemmelser om social sikring. Domstolen udtalte, at reglerne om frivillig fratræden under disse omstændigheder ikke kunne betragtes som diskriminerende ifølge direktiv 76/207.

42. Situationen var en anden i Roberts-sagen. Denne sag drejede sig om en fratrædelsesordning, som Tate & Lyle Industries Ltd havde aftalt med fagforeningen i forbindelse med en kollektiv afskedigelse som følge af lukningen af et depot. Ifølge ordningen skulle alle arbejdstagere, der blev afskediget, og som var fyldt 55 år, dvs. både mænd og kvinder, straks have udbetalt pension samt et kontant beløb. Joan Roberts, som var 53 år, da hun blev afskediget, fandt, at denne ordning var diskriminerende, fordi en mandlig arbejdstager, der blev afskediget, kunne gøre krav på pension, ti år før den normale pensionsalder for mænd indtrådte, mens en kvindelige arbejdstager, der blev afskediget, først kunne gøre krav på denne fordel fem år før det normale pensionstidspunkt for kvinder.

I denne sag tog Domstolen sit udgangspunkt i følgende betragtning (præmis 33):

»Selv om der i henhold til den omtvistede pensionsordning ikke umiddelbart er tale om en forskellig behandling, for så vidt angår afskedigelsesvilkårene for kvinder og mænd, må det imidlertid nærmere undersøges, om én og samme aldersgrænse med hensyn til ydelse af førtidspension ikke alligevel er udtryk for forskelsbehandling på grundlag af køn, når henses til de forskellige aldersgrænser, der efter Det Forenede Kongeriges lovbestemte sociale sikringsordning gælder for mænds og kvinders adgang til alderspension.«

Domstolens videre argumentation kan sammenfattes således (præmisserne 34-36): Ligesom i Burton-sagen anerkender Domstolen, at ligebehandlingsprincippet kan fraviges ved national lovgivning i henhold til artikel 7 i direktiv 79/7. I betragtning af dette princips grundlæggende betydning og under henvisning til artikel 1 i direktiv 76/207 udtaler Domstolen imidlertid, at social sikring, som behandles i direktiv 79/7, er undtaget fra direktiv 76/207's anvendelsesområde og derfor må fortolkes snævert. Undtagelsen i artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7 omfatter derfor kun:

»fastsættelse af pensionsalderen for ydelse af alders- og arbejdsophørspensioner og eventuelle følger heraf for andre *sociale sikrings*ydelser« (de fremhævede ord er af Domstolen føjet til den pågældende bestemmelse).

Domstolen anfører herefter, at sagen ikke drejer sig om sociale sikringsydelser, men om »afskedigelse« som omhandlet i artikel 5 i direktiv 76/207:

»Ydelse af en pension til afskedigede arbejdstagere, der har samme alder, svarer herefter kun til en kollektiv foranstaltning, der træffes uafhængigt af de afskedigede arbejdstageres køn for at sikre dem alle de samme rettigheder.«

43. I dommen i Roberts-sagen har Domstolen således udtrykkeligt fundet, at en ordning, hvorefter mænd og kvinder skal opfylde samme aldersbetingelse for at få tilkendt pension i tilfælde af afskedigelse, ikke er diskriminerende, selv om pensionsalderen efter den gældende statslige pensionsordning i den pågældende medlemsstat er forskellig for de to køn. Med andre ord er det *ikke nødvendigt*, at der foreligger den sammenkædning af den lovbestemte ordning og fratrædelsesordningen, som der er tale om i Burton-sagen. Det eneste spørgsmål, som stadig står åbent efter dommen i Roberts-sagen, er, om denne sammenkædning stadig er *tilladt* i henhold til fællesskabsretten.

Efter min opfattelse må dette spørgsmål besvares benægtende af de samme grunde, som dommen i Roberts-sagen bygger på, nemlig, at den i artikel 7 i direktiv 79/7 omhandlede undtagelse må fortolkes snævert, og at ligebehandlingsprincippet kun kan fraviges, for så vidt angår fastsættelsen af den normale pensionsalder og eventuelle følger heraf for andre sociale sikringsydelser, men ikke for så vidt angår de afskedigelsesvilkår, der er omhandlet i artikel 5 i direktiv 76/207. Dette gælder efter min opfattelse for alle afskedigelsesvilkår, herunder — i tilfælde af, at direktivet finder anvendelse, hvilket er den mulighed, jeg nu er ved at undersøge — aldersbetingelsen for tilkendelse af pension i tilfælde af afskedigelse. Det spørgsmål, der er rejst i afsnit 40, må derfor besvares således: den omstændighed, at pensionsalderen er forskellig for de to køn efter den statslige pensionsordning — i overensstemmelse med undtagelsen i artikel 7 i direktiv 79/7 — og i forbindelse hermed efter den erhvervstilknyttede ordning, kan ikke indvirke på fortolkningen af artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207.

44. Sammenfattende skal jeg foreslå Domstolen at besvare spørgsmål 3 a) og spørgsmål 5 således:

»1) Såfremt EØF-Traktatens artikel 119 finder anvendelse, sådan som jeg er gået ind for: Artiklen er til hinder for, at der efter en erhvervstilknyttet ordning i tilfælde af afskedigelse gælder forskellige aldersbetingelser for de to køn med hensyn til udbetaling af en aktuel pension, der må betragtes som 'løn'.

2) Subsidiært, såfremt artikel 119 ikke finder anvendelse: Når der efter en erhvervstilknyttet ordning gælder forskellige aldersbetingelser for de to køn med hensyn til udbetaling af en aktuel pensioni tilfælde af afskedigelse, er der tale om diskriminerende afskedigelsesvilkår, som er forbudt i henhold til artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207.«

Spørgsmål 3 b)

45. Jeg skal her minde om, at ansatte, der afskediges, og som ikke er berettiget til aktuel pension, i henhold til Guardians afskedigelsesvilkår modtager en større godtgørelse i anledning af arbejdsforholdets ophør. Parterne i hovedsagen er imidlertid enige om, at værdien af en aktuel pension — den

aktuarmæssige beregnede værdi, så vidt jeg forstår — er større end den højere godtgørelse. Med spørgsmål 3 b) ønsker Court of Appeal oplyst, om der foreligger en forskelsbehandling, som er i strid med fællesskabsretten, når den samlede værdi af de ydelser, en kvindelig arbejdstager modtager, når hun afskediges, er større end den samlede værdi af de ydelser, en mandlig arbejdstager modtager.

46. For så vidt som spørgsmålet vedrører den forskel, der er konstateret i det samlede beløb, mænd og kvinder på samme alder modtager, kan det besvares på samme måde som spørgsmål 3 a) (se ovenfor i afsnit 44).

Spørgsmålet rejser imidlertid endnu et problem, for så vidt som det kan tydes derhen, at såfremt artikel 119 finder anvendelse, er princippet om lige løn i denne bestemmelse ikke tilsidesat, når den samlede værdi af ydelserne er den samme, selv om den består af dele, der er forskellige for de to køn, men som opvejer hinanden.

Efter min opfattelse indebærer ligelønsprincippet, at de enkelte dele af lønnen skal være lige store, idet domstolenes mulighed for at sikre, at princippet overholdes, ellers vil blive bragt i alvorlig fare. I så fald skulle domstolene nemlig tage stilling til og sammenligne de mest forskelligartede ydelser, som arbejdstagerne modtager fra arbejdsgiverne. Dette kan nødvendiggøre en kompliceret undersøgelse af de faktiske forhold, som ikke så effektivt kan sikre, at den samlede løn er lige stor, som en undersøgelse af hver enkelt del af lønnen for sig, som er lettere at foretage[31].

Jeg skal derfor foreslå, at besvarelsen af det foregående spørgsmål suppleres på følgende måde: ligelønsprincippet indebærer, at de enkelte dele af lønnen skal være lige store.

Spørgsmål 4

47. Med det fjerde spørgsmål ønsker Court of Appeal oplyst, om EØF-Traktatens artikel 119 og ligelønsdirektivet har direkte virkning under de omstændigheder, der foreligger i denne sag.

Formuleret på denne måde — i forbindelse med artikel 119 (og gennemførelsesdirektivet) — giver spørgsmålet ikke anledning til særlige vanskeligheder. Det har nemlig siden dommen i Defrenne II-sagen været Domstolens faste praksis, at artikel 119 har direkte virkning, også i forholdet mellem borgerne, når der foreligger en direkte forskelsbehandling, som kan konstateres ved hjælp af de i artikel 119 angivne kriterier ved rent retlige undersøgelser (dommens præmis 21). Som det er påvist ovenfor, kan forskelsbehandlingen konstateres udelukkende ved hjælp af de kriterier, der er fastsat i artikel 119, som nærmere belyst i Domstolens praksis, og dermed ved rent retlige undersøgelser. Den omstændighed, at den konstate-

31 — Britisk domspraksis går i samme retning. I sagen Hayward mod Cammell Laird (nr. 2), ICR 1988, 464, udtalte House of Lords, at artikel 1 i direktiv 75/117 ikke kan fortolkes således, at det, hvis lønnen som helhed er den samme for mænd og kvinder, ingen betydning har, at nogle dele af lønnen indebærer en forskelsbehandling til fordel for kvinder, forudsat at dette opvejes af, at andre dele af lønnen også indebærer en forskelsbehandling, men til fordel for mænd.

rede forskelsbehandling beror på en betingelse for adgang til lønnen (nemlig en aldersbetingelse), gør ikke forskelsbehandlingen indirekte, da den klart og utvetydigt direkte bygger på forskellen mellem mænd og kvinder.

48. Som jeg har anført ovenfor (i afsnit 24 ff.) i forbindelse med mellemspørgsmålet, er jeg af den opfattelse, at den omtvistede aldersbetingelse er omfattet af artikel 119's anvendelsesområde. Ikke desto mindre vil jeg, for det tilfælde at Domstolen ikke deler denne opfattelse, subsidiært undersøge spørgsmålet om, hvorvidt artikel 5 i direktiv 76/207, som efter min opfattelse i så fald finder anvendelse (jfr. ovenfor i afsnit 38 ff.), også har direkte virkning. En bekræftende besvarelse af dette spørgsmål har den virkning, at Barber under sagen for den nationale ret mod sin tidligere arbejdsgiver Guardian kan påberåbe sig ligebehandlingsprincippet i direktivets artikel 5, hvilket indebærer, at den nationale ret må lade Section 6(4) i Sex Discrimination Act 1975, hvorefter forbuddet mod forskelsbehandling i denne lov ikke gælder med hensyn til forholdsregler »i forbindelse med død eller pensionering«, ude af betragtning.

Ved besvarelsen af dette spørgsmål må det tages i betragtning, at den omtvistede forskellige behandling fremgår af afskedigelsesvilkårene, som er en integrerende del af de ansættelseskontrakter, Guardian har indgået med sine ansatte, og står i forbindelse med Guardians erhvervstilknyttede pensionsordning, som er anerkendt af vedkommende britiske myndighed (»Occupational Pensions Board«) som en »contracted-out« ordning, jfr. Social Security Pensions Act 1975 (se ovenfor i afsnit 3 ff.). Desuden giver myndighederne (i dette tilfælde »Inland Revenue«) også de erhvervstilknyttede pensionsordninger skattefordele, når de opfylder visse, nærmere bestemte betingelser[32].

49. I dommen i Marshall-sagen har Domstolen netop med hensyn til direktiv 76/207, som også behandles i den foreliggende sag, udtalt:

»at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer. Der må herefter tages stilling til, om sagsøgte i den foreliggende sag må anses for at have handlet i egenskab af en privat« (dommens præmis 48).

Det er blevet anført[33], at Domstolen i denne afgørelse har støttet sig på »estoppel«-doktrinen eller på princippet »nemo auditur«[34], hvorefter en medlemsstat (der er blevet pålagt forpligtelser i henhold til et direktiv), som har forsømt at gennemføre direktivet i national ret inden for den fastsatte frist, eller som ikke har gennemført det kor-

32 — Se afsnit III i retsmøderapporten, der indeholder en gengivelse af Det Forenede Kongeriges svar på et spørgsmål fra Domstolen vedrørende de skattefordele, der er forbundet med erhvervstilknyttede pensionsordninger.

33 — P. E. Morris, »The Direct Effect of Directives — Some recent Developments in the European Court«, *Journal of Business Law* 1989, s. 233 ff. og s. 309 ff., især på s. 310.

34 — Princippet »nemo auditur propriam turpitudinem allegans« er mere udbredt end »estoppel«-doktrinen, som er hentet fra anglo-amerikansk ret. »Nemo auditur«-princippet refererer snarere til forsømmelser, mens »estoppel«-doktrinen bl.a. (også) kan referere til ens egen indbyrdes modstridende adfærd og de forventninger, denne giver anledning til hos andre, og som disse handler i tillid til.

rekt, ikke kan påberåbe sig dette over for borgere, som over for medlemsstaten påberåber sig direktivets bestemmelser. I samme dom har Domstolen imidlertid gjort det klart, at der ved medlemsstat ikke blot forstås medlemsstaten som offentlig myndighed, men også som arbejdsgiver, og at staten også omfatter (uafhængige) offentlige myndigheder[35] (uden dog af definere, hvad der skal forstås herved)[36]. Eftersom Marshall-sagen (efter den forelæggende rets opfattelse) vedrørte en offentlig myndighed, fandt Domstolen, at bestemmelsen i direktivets artikel 5, stk. 1, faktisk havde direkte virkning i sagen, da den var »tilstrækkelig præcis til, at en privat kan støtte ret herpå« (dommens præmis 52).

Domstolen har i senere domme bekræftet, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer[37]. Hvis bestemmelsen er tilstrækkelig præcis, kan borgerne imidlertid støtte ret på den over for en medlemsstat og også over for offentlige myndigheder. Det er på denne baggrund, man må undersøge den direkte virkning af artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 i en sag mellem borgerne.

50. Før jeg går i gang med denne undersøgelse, vil jeg gerne henvise til, at det, selv om den nævnte artikel ikke skulle have direkte virkning i forholdet mellem borgerne, ifølge Domstolens dom i sagen Von Colson og Kamann[38] tilkommer den nationale domstol:

»under fuld udnyttelse af det skøn, den råder over i henhold til national ret, at fortolke og anvende loven om gennemførelse af direktivet — (der var også her tale om direktiv 76/207/EØF) — i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav« (punkt 3 i domskonklusionen).

Det er i en række senere domme[39] blevet bekræftet, at denne forpligtelse påhviler de nationale retsinstanser.

I dette tilfælde drejer det sig ikke om det pågældende direktivs direkte virkning i forholdet mellem borgerne, men om den naturlige anvendelse af national ret, således som den fortolkes af domstolene i overensstemmelse med fællesskabsretten[40]. Efter min opfattelse indebærer dette, at en sådan fortolkning, som er i overensstemmelse med direktivet, ikke kan begrænses til en fortolkning af den nationale lovgivning, der ligger efter vedtagelsen af det pågældende direktiv, eller af den nationale lovgivning, som specielt er vedtaget med henblik på gennemførelsen af det pågældende direktiv[41]. National gennemførelseslovgivning vil vel ofte være inddraget i sagen — som det også var tilfældet i Von Colson-sagen — men det behøver ikke at være tilfældet. En begrænsning af kravet om en fortolkning i overensstemmelse med direktivet, således at det kun

35 — Jf. også dom af 15. maj 1986, Johnston, præmis 56 (222/84, Sml. s. 1651).

36 — Herom handler også det præjudicielle spørgsmål i sag C-188/89, Foster m.fl. mod British Gas (dom af 12. juli 1990, Sml. s. I-3313.

37 — Jf. dom af 12. maj 1987, Traen, præmis 24 (372/85-374/85, Sml. s. 2141), dom af 11. juni 1987, Pretore di Salò mod X, præmis 19 (14/86, Sml. s. 2545) og dom af 8. oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen, præmis 9 (80/86, Sml. s. 3969).

38 — Dom af 10. april 1984, Von Colson og Kamann (14/83, Sml. s. 1891). Jf. også dommen af samme dato i Harz-sagen (79/83, Sml. s. 1921).

39 — Jf. de allerede nævnte domme, Johnston (præmis 53) og Kolpinghuis Nijmegen (præmis 12), samt dommen af 20. september 1988, Gebroeders Beentjes, præmis 39 (31/87, Sml. s. 4635) og dommen af 7. november 1989, Nijman, præmis 6 (125/88, Sml. s. 3533).

40 — Jf. det forslag til afgørelse, generaladvokat Darmon fremsatte den 14. november 1989 i sagerne 177/88 og 179/88.

41 — Jf. dog generaladvokat Sir Gordon Slynns forslag til afgørelse i Marshall-sagen (Sml. 1986, s. 732).

omfatter selve gennemførelseslovgivningen, kan vanskeligt begrundes (bortset fra vanskeligheden ved at fastslå, om en given national bestemmelse er blevet vedtaget med det formål at gennemføre et direktiv i national lovgivning), eftersom direktivet fra det tidspunkt, hvor det er blevet udstedt, og så meget desto mere fra det tidspunkt, hvor fristen for gennemførelsen i national lovgivning er udløbet, er blevet en del af fællesskabsretten og som sådan har forrang for *alle* bestemmelser i national ret.

I øvrigt er dommen i Von Colson-sagen særlig instruktiv i forbindelse med den foreliggende sag, ikke blot fordi den ligeledes vedrørte direktiv 76/207, men også fordi den tyske ret drog den konklusion af dommen, at den ikke var beføjet til at fortolke en særlig bestemmelse i tysk ret i overensstemmelse med de normale fortolkningsmetoder, der sædvanligvis anvendes i det tyske retssystem, men at den tværtimod skulle fortolke den strengt efter ordlyden, hvorved det blev muligt at nå frem til en løsning, der var mere i overensstemmelse med direktivet, og som byggede på en generel bestemmelse i national ret[42]. Heraf synes det at fremgå, at fællesskabsretten kan fastsætte grænser for bestemte fortolkningsmetoder, som anvendes i et nationalt retssystem, dog selvfølgelig uden at den kan tvinge den nationale domstol til at anlægge en fortolkning »contra legem«[43].

51. Ved undersøgelsen af spørgsmålet om den direkte virkning af artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 i forholdet mellem borgerne, vil jeg koncentrere mig om to punkter. Det første punkt er, om denne bestemmelse skal tillægges horisontal direkte virkning under de særlige omstændigheder, der foreligger i denne sag (se første og tredje underafsnit i afsnit 48), også i betragtning af den rolle, de offentlige myndigheder spiller i forbindelse med »contracted-out« ordninger (jfr. nedenfor i afsnit 52). Det andet punkt, som er uafhængigt af det første, er, om bestemmelsen under alle omstændigheder har direkte virkning i forholdet mellem borgerne i henhold til andre regler, specielt folkeretlige bestemmelser, som er en del af fællesskabsretten (jf. nedenfor i afsnit 53). Før jeg behandler disse spørgsmål, vil jeg se på begrebet »horisontal direkte virkning«.

En bestemmelses direkte virkning i forholdet mellem borgerne, den såkaldte horisontale direkte virkning, er et ubestemt og uklart begreb, som jeg ikke vil forsøge at definere her. I forbindelse med EØF-Traktatens artikel 119 fandt Domstolen helt klart i Defrenne II-sagen, at en bestemmelse har horisontal virkning, når den ikke blot pålægger medlemsstaterne, men også borgerne, i dette tilfælde arbejdsgiverne, *forpligtelser*, som modsvares af rettigheder, der er tillagt andre borgere, nemlig arbejdstagerne. Domstolen udtalte således, at artikel 119

»gælder... tillige for alle overenskomster, som kollektivt regulerer arbejdslønnen, og for aftaler mellem private« (dommens præmis 39)

Heraf synes at fremgå, at Domstolen har fundet, at artikel 119, fordi den er »ufravigelig« (ibid.), indebærer en forpligtelse for borgerne til at overholde forbuddet mod forskelsbehandling i den nævnte artikel i kontraktforhold. I Marshall-sagen tillagde

42 — Arbeitsgericht Hamms dom af 6. september 1984, *Der Betrieb*, 1984, s. 2700.

43 — Jf. Y. Galmot og J.-C. Bonichot, »La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national«, *Revue française de droit administratif*, 1988, s. 1 ff., især s. 22.

Domstolen begrebet horisontal virkning samme betydning, men benægtede derefter, at en bestemmelse i et direktiv havde en sådan virkning med den begrundelse, at bestemmelsen — hvor præcis den end er — ikke kan pålægge borgerne *forpligtelser*, og at den derfor heller ikke kan påberåbes af andre borgere over for sådanne personer.

Som følge af, at et direktivs direkte virkning over for en medlemsstat i Marshall-sagen støttedes på, at en stat ikke havde gennemført direktivet i national lovgivning (jf. ovenfor i afsnit 49), så Domstolen ikke desto mindre spørgsmålet om den horisontale direkte virkning af et direktivs bestemmelser i et andet perspektiv, og i den foreliggende sag må spørgsmålet da også omformuleres, når det drejer sig om forholdet mellem borgerne. Spørgsmålet er nu ikke længere in concreto, om artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 pålægger Guardian forpligtelser, som modsvares af rettigheder for Barber — det kan bestemmelsen ikke gøre i sig selv — men om Barber over for Guardian kan påberåbe sig den forsømmelse, en medlemsstat har gjort sig skyldig i, når den ikke har overholdt *sin* forpligtelse til at gennemføre fællesskabsretten, hvis Barbers rettigheder er blevet krænket som følge heraf.

52. Spørgsmålet om en direktivbestemmelses horisontale direkte virkning er derfor blevet reduceret til, om en borger (i dette tilfælde Barber) kan påberåbe sig en medlemsstats undladelse af at efterkomme et direktiv, som er bindende for den, i en sag mod en anden borger (nemlig Guardian), eller omvendt om sidstnævnte kan benytte sig af medlemsstatens forsømmelse til at nægte en anden borger (den ansatte) en retmæssig fordel, som støttes på fællesskabsretten. Dette er et spørgsmål om direktivbestemmelsers umiddelbare retsvirkning over for tredjemænd [44].

Som anført ovenfor (i afsnit 49) indebærer Domstolens praksis, at en medlemsstat ikke over for en borger kan påberåbe sig sin egen forsømmelse. Der anlægges imidlertid en vid fortolkning af denne forsømmelse: På den ene side har det også visse konsekvenser, når en medlemsstat optræder som arbejdsgiver og dermed i en »privatretlig egenskab«, dvs. horisontalt i forhold til arbejdstagerne; på den anden side tillades det også borgerne, i dette tilfælde de ansatte, at påberåbe sig denne forsømmelse over for uafhængige offentlige myndigheder i medlemsstaten, som ikke selv er ansvarlige for medlemsstatens undladelse af at gennemføre direktivet i national lovgivning. »Nemo auditur«-princippet har således fået en stor rækkevidde (som ikke er knyttet til egen forsømmelse), hvorved direktivet får en vis umiddelbar retsvirkning over for tredjemand, nemlig de nævnte offentlige myndigheder.

Skal denne praksis da udvides i den forstand, at selv en borger, som på ingen måde hører til de offentlige myndigheder, ikke i sit forhold til andre borgere må drage nogen fordel af medlemsstatens forsømmelse og derfor må undlade at påberåbe sig en (lov- eller kontrakt-)bestemmelse, som er i strid med direktivet? Det kan ikke udeluk-

44 — Ved »Drittwirkung« forstås sædvanligvis, at den pågældende bestemmelse (hvad enten det er en kontraktbestemmelse, en traktatbestemmelse eller en bestemmelse i et direktiv) også kan påvirke en »tredjemands« retspositioner, dvs. en anden end den, direktivet direkte pålægger (særlige) forpligtelser eller tillægger (særlige) rettigheder (f.eks. ved at pålægge ham en generel undladelsespligt).

kes, at »nemo auditur«-princippet (eller »estoppel«-doktrinen) kan fortolkes som et generelt forbud mod at drage fordel af en andens forsømmelse, *når først* princippet, som i den nævnte praksis, er givet en så stor rækkevidde, at det ikke længere henviser til medlemsstatens »egen« forsømmelse som *lovgiver*.

Under hensyn til Domstolens praksis vil jeg dog ikke anbefale, at man tager dette yderligere skridt. Indtil nu har Domstolen nemlig begrænset »nemo auditur«-princippet og /eller »estoppel«-doktrinen (og dermed også direktivbestemmelsers umiddelbare retsvirkning i forholdet til tredjemand) til personer, som hører til offentlige myndigheder, og som staten derfor har et vist ansvar for. Ganske vist ville denne praksis, hvis der i det konkrete tilfælde var tale om en diskriminerende privat afskedigelsesordning, som myndighederne havde godkendt som sådan, eller så meget mere erklæret generelt bindende, efter min opfattelse også skulle anvendes her, *fordi* myndighederne så ville bære et (med)ansvar for denne ordning. Imidlertid er der i denne sag tale om en særlig afskedigelsesordning, som ganske vist vedrører en erhvervstilknyttet pensionsordning, som af myndighederne er godkendt som en »contracted-out« ordning, og som indebærer visse skattefordele, men som på ingen måde som sådan er blevet godkendt af de offentlige myndigheder. Hertil kommer, at myndighederne ved anerkendelsen af den tilgrundliggende erhvervstilknyttede pensionsordning og indrømmelsen af skattefordele ikke har opstillet diskriminerende betingelser, men blot har tolereret dem, hvorved den foreliggende sag adskiller sig fra Marshall-sagen og Johnston-sagen, eftersom vedkommende lokale myndigheder i disse sager faktisk havde truffet diskriminerende foranstaltninger.

Jeg anser det ikke for hensigtsmæssigt at udvide anvendelsen af princippet »nemo auditur *propriam* turpitudinem allegans« på grundlag af en medlemsstats forsømmelse, så det også gælder i rent privatretlige forhold. Herved ville princippet fuldstændig miste sin oprindelige betydning, eftersom dette — medmindre Domstolen ønsker at sætte sig ud over sin afgørelse i Marshall-sagen — næsten ville være det samme som fuldt ud at give direktivbestemmelser horisontal direkte virkning (selv om en sådan anvendelse teoretisk kunne holdes adskilt herfra [45]). Det ville ganske vist gøre det muligt at undgå en række problemer, som nu opstår på det pågældende område: den ulige behandling af arbejdsgiverne i den offentlige og i den private sektor (et økonomisk motiv) og navnlig af arbejdstagere, som beskæftiges af henholdsvis offentlige eller private arbejdsgivere (et socialt motiv) ville blive bragt til ophør, ligesom man ville kunne undgå en række vanskelige problemer i forbindelse med begrebet »stat« med hensyn til afgrænsningen mellem den offentlige sektor og den private sektor, problemer, som bliver gjort endnu vanskeligere af, at arbejdstagere i én og samme offentlige institution eller virksomhed det ene øjeblik henhører under den private sektor og det næste under den offentlige sektor, alt efter om den privatiseres eller nationaliseres. Jeg skal dog erindre om, at disse problemer ikke behøver at opstå i denne sag, hvis Domstolen følger mit principale argument om, at artikel 119 finder anvendelse på den ulige behandling, der er tale om her.

45 — Som jeg har anført ovenfor i afsnit 51, kan den holdes adskilt herfra derved, at der kun ville være tale om en generel umiddelbar retsvirkning »i forhold til tredjemand« (som på nuværende tidspunkt kun anerkendes af Domstolen, når den gælder over for offentlige myndigheder) og ikke om en direkte virkning i snæver forstand på grundlag af arbejdsgiverens / borgerens egen forpligtelse.

53. Det andet spørgsmål, som jeg har nævnt ovenfor (i afsnit 51), er, om en direktivbestemmelse, som ikke i sig selv pålægger borgerne forpligtelser, ikke desto mindre får virkning i forholdet mellem borgerne i medfør af et grundlæggende princip, i dette tilfælde ligestilling mellem mænd og kvinder, som er opstillet i folkeretlige bestemmelser, der forbyder forskelsbehandling (bl.a.) på grundlag af køn, for så vidt som disse bestemmelser er en integrerende del af fællesskabsretsordenen. Her tænker jeg navnlig på den europæiske konvention af 4. november 1950 til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder og på de to internationale konventioner af 19. december 1966 henholdsvis om borgerlige og politiske rettigheder og om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, som er indgået under FN's auspicier[46].

Dette spørgsmål kom parterne slet ikke ind på i deres skriftlige indlæg, og det blev kun flygtigt berørt under den mundtlige forhandling. Jeg vil derfor nøjes med at sætte det ind i den rette sammenhæng. Hvis det skulle være en forudsætning for Domstolens afgørelse, at spørgsmålet besvares, må der gives parterne mulighed for at tage stilling til spørgsmålet.

Når alt kommer til alt, er spørgsmålet ikke, om et direktiv får horisontal direkte virkning, eller rettere umiddelbar retsvirkning i forhold til tredjemand, i kraft af en folkeretlig bestemmelse: Hvis en folkeretlig bestemmelse faktisk får virkning i forholdet mellem borgerne i fællesskabsretsordenen, får den det i kraft af sin egen rækkevidde; et direktiv kan imidlertid bidrage til at gøre en folkeretlig bestemmelse mere præcis og derved fjerne en eventuel hindring (dens mangel på præcision) for bestemmelsens virkning inden for Fællesskabet og på et givet område.

Navnlig spørgsmålet om den europæiske menneskerettighedskonventions virkning i forhold til tredjemand er blevet grundigt undersøgt i litteraturen i medlemsstaterne, navnlig i de medlemsstater, hvor der skelnes skarpt mellem privatret og offentlig ret. Jeg vil nøjes med at anføre et enkelt citat (under udeladelse af fodnoter) vedrørende denne konvention, fordi det forekommer mig, at det, også i dag, giver et godt indtryk af problematikken[47]:

»Sammenfattende kan det konkluderes, at det ikke nødvendigvis følger af konventionen, at den har 'Drittwirkung'. På den anden side er der intet i konventionen, der forhindrer de kontraherende stater i at tillægge de grundlæggende frihedsrettigheder 'Drittwirkung' i deres nationale retssystemer, for så vidt som de egner sig hertil. I nogle stater anerkendes det allerede, at de frihedsrettigheder, konventionen sikrer, har 'Drittwirkung', mens det i andre stater i det mindste ikke principielt udelukkes, at de kan have denne virkning. Et synspunkt, der er i overensstemmelse med denne tendens, er, at det kan udledes af de skiftende sociale

46 — Hvori henholdsvis artiklerne 2 og 26 og artiklerne 3 og 7 vedrører den grundlæggende rettighed, der er tale om her. Disse konventioner er siden 1976 blevet ratificeret af alle medlemsstaterne (med Grækenland som eneste undtagelse, for så vidt angår den første konvention, og Irland, for så vidt angår den anden).

47 — P. Van Dijk og G. J. H. van Hoof, *De Europese conventie in theorie en praktijk* 1979 (andet opl.: 1982), s. 15-16. 1982-udgaven er oversat til engelsk i 1984 under titlen: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.* Det citerede afsnit findes på s. 16-17 i den engelske udgave.

forhold og opfattelser, at konventionen *vil få* den betydning, at der sikres borgeren en vis mindstegaranti også i forholdet til andre. Efter konventionens ånd synes der at være en hel del, der taler for dette synspunkt, selv om man ved en sådan efterfølgende fortolkning naturligvis altid må spørge sig selv, om man ikke derved tillægger konventionen en virkning, som (en række af) de kontraherende stater ikke kan acceptere, og som der derfor ikke er tilstrækkelig dækning for i den overensstemmende vilje, der er underforstået mellem de kontraherende stater.«

Det antages generelt, også af de ovenfor citerede forfattere, at det afhænger af den enkelte rettigheds art og udformning, om der kan tillægges den virkning i forhold til tredjemand. Det forekommer mig, at ligestilling af mænd og kvinder i arbejdslivet er en grundlæggende rettighed, som mere end nogen anden fortjener at få denne virkning. Denne ret får kun sin fulde virkning, når den ikke begrænses til vertikale forhold, dvs. forholdet mellem tjenestemænd og de offentlige myndigheder, ved hvilke de er ansat, men også får virkning i alle horisontale forhold. Heroverfor står imidlertid, at det generelle forbud mod forskelsbehandling i artikel 14 i den europæiske menneskerettighedskonvention ikke anses for at være en selvstændig bestemmelse — selv om man er ved at bevæge sig væk fra dette synspunkt — men kun for at yde beskyttelse i forbindelse med andre bestemmelser i konventionen[48]. Artikel 26 i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder synes derimod at være en selvstændig bestemmelse[49].

I sidste instans tilkommer det medlemsstaterne på eget ansvar (som sanktioneres af folkeretten) at afgøre, hvordan de skal efterkomme deres forpligtelser i henhold til en traktat. I forbindelse med den europæiske menneskerettighedskonvention, som Domstolen tillægger særlig betydning ved fortolkningen af de grundrettigheder, der udgør en del af fællesskabsretten, synes dette at indebære, at det tilkommer Domstolen, ved en ensartet fortolkning, der gælder i hele Fællesskabet[50], at fastslægge indholdet og rækkevidden af konventionens bestemmelser og dermed også at afgøre, om de grundlæggende rettigheder, der er nedfældet i menneskerettighedskonventionen, skal tillægges virkning i forhold til tredjemand på *områder, der er omfattet af fællesskabsretten.* I den forbindelse vil Domstolen naturligvis dels tage hensyn til den pågældende grundlæggende rettigheds betydning — i dette tilfælde ligebehandlingen af mænd og kvinder — i fællesskabsretsordenen, dels til de forfatningsmæssige traditioner (og retsfølelsen) i medlemsstaterne. Det samme gælder efter min opfattelse, for så vidt angår de to andre internationale konventioner, hvis betydning for fortolkningen af grundlæggende rettigheder i henhold til fællesskabs-

48 — *Ibid.*, s. 339 ff. (den nederlandske udg.); s. 386 ff. (den engelske udg.).

49 — Jf. Menneskerettighedskommissionens afgørelser af 7. april 1987, nr. 172/1984, 180/1984 og 1982/1984, offentliggjort i *Report of the Human Rights Committee,* UN / GAOR/ 42nd session, Suppl. 40 (A/42/40) 1987, s. 139-169 (navnlig afsnit 12.1-12.5 i den første afgørelse).

50 — Se med hensyn til GATT-bestemmelser dommen af 16. marts 1983, SIOT, præmis 28 (266/81, Sml. s. 731).

retten Domstolen har anerkendt i en række domme af nyere dato [51].

Bortset herfra opstår endelig spørgsmålet om, i hvilket omfang den pågældende grundrettighed kan påberåbes for Domstolen, ikke blot med henblik på undersøgelsen af gyldigheden af retsakter, der hidrører fra fællesskabsmyndighederne — det giver sig selv [52] — men også af retsakter, der hidrører fra nationale offentlige myndigheder, og som er udstedt til gennemførelse af fællesskabsretlige bestemmelser eller på områder, der er omfattet af sådanne bestemmelser [53].

Som jeg tidligere har anført, vil jeg lade det blive herved af de grunde, jeg har nævnt i begyndelsen af dette afsnit.

54. Sammenfattende er jeg af den opfattelse, at det fjerde spørgsmål — såfremt Domstolen finder, at artikel 119 finder anvendelse — må besvares således, at bestemmelsen også har direkte virkning i forholdet mellem borgerne under de omstændigheder, der foreligger i denne sag, men at bestemmelserne i direktiv 76/207 — såfremt Domstolen finder, at disse bestemmelser finder anvendelse — ikke har en sådan virkning under de omstændigheder, der foreligger i denne sag, hvilket dog ikke bevirker, at den nationale domstol ikke er forpligtet til at fortolke sin nationale lovgivning, i dette tilfælde Section 6(4) i Sex Discrimination Act 1975 i overensstemmelse med, hvad Domstolen i sin dom kender for ret med hensyn til rækkevidden af direktiv 76/207, og specielt direktivets artikel 5, stk. 1.

Konklusion

55. Herefter skal jeg foreslå Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»1) En ydelse i anledning af arbejdsforholdets ophør, herunder også den lovbestemte fratrædelsesgodtgørelses mindstebeløb, som arbejdsgiveren i medfør af en erhvervstilknyttet ordning udbetaler til de arbejdstagere, han afskediger, er 'løn' i den betydning, der er anført i EØF-Traktatens artikel 119, stk. 2.

2) Pensioner, der udbetales til afskedigede arbejdstagere gennem 'trustees' i en pensionskasse, som er finansieret ved bidrag fra arbejdsgiverne i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsordning, der er anerkendt som 'contracted-out' ordning, er 'løn' i den betydning, der er anført i EØF-Traktatens artikel 119, stk. 2.

51 — Se dommene af 18. oktober 1989, Orkem, præmisserne 18 og 31 (374/87, Sml. s. 3283), og Solvay, præmisserne 15 og 28 (27/88, Sml. s. 3355).

52 — Se generaladvokat Capotortis forslag til afgørelse i Defrenne III-sagen (Sml. 1978, s. 1380 ff., navnlig s. 1386).

53 — Det samme synspunkt er allerede blevet fremført af P. Pescatore i »Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften«, *Europarecht*, 1979, s. 1 ff., navnlig s. 10. For yderligere henvisninger se afsnit 11 i mit forslag til afgørelse af 5. december 1989 i Hansen-sagen (C-326/88, dom af 10. juli 1990, endnu ikke offentliggjort).

3) Ligelønsprincippet i EØF-Traktatens artikel 119, stk. 1, indebærer, at de enkelte dele af lønnen skal være lige store.

Principalt

4) EØF-Traktatens artikel 119 er til hinder for, at der efter en erhvervstilknyttet ordning i tilfælde af afskedigelse gælder forskellige aldersbetingelser for de to køn med hensyn til udbetaling af en aktuel pension, der må betragtes som 'løn'.

5) Under de omstændigheder, der foreligger i denne sag, har EØF-Traktatens artikel 119 også direkte virkning i forholdet mellem borgerne.

Subsidiært

4) Når der efter en erhvervstilknyttet ordning gælder forskellige aldersbetingelser for de to køn med hensyn til udbetaling af en aktuel pension i tilfælde af afskedigelse, er der tale om et diskriminerende afskedigelsesvilkår, som er forbudt i henhold til artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207.

5) Under de omstændigheder, der foreligger i denne sag, har artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 ikke direkte virkning i forholdet mellem borgerne; den nationale domstol skal imidlertid fortolke den nationale lovgivning, i dette tilfælde Section 6(4) i Sex Discrimination Act 1975, i overensstemmelse med, hvad Domstolen i sin dom kender for ret med hensyn til rækkevidden af artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207.«