FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. KOKOTT fremsat den 16. september 2010[1]

I — Indledning

1. Domstolen har gentagne gange beskæftiget sig med tvangspensionering af arbejdstagere, der har nået den for dem gældende pensionsalder. Under unionsretlig synsvinkel er denne problematik hovedsagligt blevet undersøgt ud fra et synspunkt om forskelsbehandling på grund af alder[2]. I den foreliggende sag er det derimod — ligesom for næsten 25 år siden i dommene i sagerne Marshall[3] og Beets-Proper[4] — atter spørgsmålet om forskelsbehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere, der er genstand for interesse.

2. Christine Kleist, der var ansat som overlæge ved den østrigske pensionsforsikringanstalt, blev som 60-årig pensioneret af sin arbejdsgiver, uden at hun havde ansøgt herom. Grundlaget herfor var en ordning fastsat i en kollektiv overenskomst, hvorefter læger ved opnåelsen af den lovbestemte almindelige pensionsalder kan pensioneres uden ansøgning. For tiden er aldersgrænsen i henhold til østrigsk ret 65 år for mænd, for kvinder er den imidlertid 60 år.

3. Domstolen er nu blevet anmodet om til at afgøre, om det kan antages, at der foreligger en forskelsbehandling på grund af køn, hvis tvangspensioneringen for kvinders vedkommende er knyttet til en anden alder end den, der gælder for mænd. I Marshall-dommen fastslog Domstolen — i en sag, der lignede den foreliggende en hel del — at der forelå en forskelsbehandling på grundlag af køn[5]. I den foreliggende sag skal efterprøvelsen først og fremmest koncentreres om spørgsmålet, om denne retspraksis også gælder i tilfælde, hvor de formål, der forfølges med tvangspensioneringen, er beskæftigelsespolitiske.

4. I den foreliggende sag er der ingen problemer vedrørende den horisontale direkte virkning af direktiver eller almindelige retsgrundsætninger, som tidligere blev diskuteret i forbindelse med Mangold-dommen[6] og

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Dom af 16.10.2007, sag C-411/05, Palacios de la Villa, Sml. I, s. 8531, og af 5.3.2009, sag C-388/07, Age Concern England, Sml. I, s. 1569. Jf. også forslag til afgørelse fra generaladvokat Trstenjak af 28.4.2010 i den verserende sag C-45/09, Rosenbladt.

3 — Dom af 26.2.1986, sag 152/84, Sml. s. 723.

4 — Dom af 26.2.1986, sag 262/84, Sml. s. 773.

5 — Marshall-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 38.

6 — Dom af 22.11.2005, sag C-144/04, Sml. I, s. 9981.

Kücükdeveci-dommen [7]. Her er tværtimod tale om et klassisk vertikalt retsforhold, hvor arbejdsgiveren er en offentligretlig social sikringsinstitution.

II — Retlige rammer

A — *Unionsret*

5. De unionsretlige rammer for denne sag fastlægges af — det ikke længere gældende — direktiv 76/207/EØF [8] i den affattelse, der følger af direktiv 2002/73/EF [9] [10].

6. Artikel 2 i direktiv 76/207 lød bl.a. således:

»(1) Princippet om ligebehandling i henhold til nedenstående bestemmelser indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte, under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling.

(2) I dette direktiv forstås ved:

— »direkte forskelsbehandling«: at en person behandles ringere på grund af køn, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation

7 — Dom af 19.1.2010, sag C-555/07, Sml. I, s. 365.

8 — Rådets direktiv af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40).

9 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 23.9.2002 om ændring af Rådets direktiv 76/207/EØF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 269, s. 15).

10 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5.7.2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (EUT L 204, s. 23) trådte ganske vist allerede i kraft den 15.8.2006, men ophævede først direktiv 76/207 med virkning fra den 15.8.2009. De faktiske omstændigheder i hovedsagen falder stadig ind under det tidsmæssige anvendelsesområde for direktiv 76/207 i den affattelse, der følger af direktiv 2002/73.

— »indirekte forskelsbehandling«: at en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis stiller personer af det ene køn særlig ufordelagtigt i forhold til personer af det andet køn, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige

[…]

(8) Medlemsstaterne kan opretholde eller vedtage foranstaltninger i overensstemmelse med [artikel 141, stk. 4, EF] for i praksis at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder.«

7. I artikel 3, stk. 1, i direktiv 76/207 var følgende bestemt:

»Anvendelse af princippet om ligebehandling betyder, at der i den offentlige eller den private sektor, herunder offentlige organer, ikke må finde direkte eller indirekte forskelsbehandling sted på grund af køn, for så vidt angår

[…]

c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse, samt løn, som omhandlet i direktiv 75/117/EØF

[...]«

8. Derudover skal der henvises til direktiv 79/7/EØF [11], hvor det følger af artikel 1, 3 og 4, at princippet om ligebehandling af mænd og kvinder også på området for medlemsstaternes lovbestemte pensionsforsikringordninger gradvist skal gennemføres. Artikel 7, stk. 1, i direktiv 79/7 fastsætter imidlertid bl.a. følgende undtagelse hertil:

»Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne kan undtage følgende fra direktivets anvendelsesområde:

a) fastsættelse af pensionsalderen for ydelse af alders- og arbejdsophørspensioner og eventuelle følger heraf for andre ydelser

[...]«

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

B — *National ret*

1. Lovbestemmelser

9. Med hensyn til østrigsk ret skal der først henvises til § 253, stk. 1, i Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), der fastlægger en forskellig almindelig pensionsalder for mænd og kvinder [12]:

»En mandlig forsikret har krav på alderspension i en alder af 65 år (den almindelige pensionsalder) og en kvindelig forsikret i en alder af 60 år (den almindelige pensionsalder), når karenstiden (jf. § 236) er udstået.«

10. Denne for mænd og kvinder forskellige almindelige pensionsalder er også forfatningsretligt forankret i Østrig [13]. Med dette formål fastsætter §§ 1-3 i Bundesverfassungsgesetz über unterschiedliche Altersgrenzen für männlichen und weiblichen Sozialversicherten følgende [14]:

»§ 1. Lovbestemmelser, der fastsætter forskellige aldersgrænser for mandlige og kvindelige forsikrede i den lovbestemte socialsikring, er lovlige.

[…]

§ 3. Fra den 1. januar 2024 skal aldersgrænsen for kvindelige forsikrede for alderspension årligt indtil 2033 pr. 1. januar hæves med seks måneder.«

12 — Denne bestemmelse finder i henhold til ASVG's § 270 både anvendelse på arbejdstagere og ansatte.

13 — De forfatningsretlige bestemmelser blev indført efter en dom, afsagt af den østrigske forfatningsdomstol, hvor de forskellige aldersgrænser for mænd og kvinder var blevet anfægtet som forskelsbehandling (Verfassungsgerichtshof, dom af 6.12.1990, VfSlg. 12.568/1990).

14 — BGBl. I 1982/832.

2. Ordningen i den kollektive overenskomst

11. I den foreliggende sag er det som kollektivretlig ordning Dienstordnung B für Ärzte und Dentisten bei den Sozialversicherungsträgern Österreichs (herefter »DO.B.«), i affattelsen af 1. oktober 2005, der er relevant.

12. I henhold til den ordning, der er fastsat i denne kollektive overenskomst, opnår de læger, der er beskæftiget ved de østrigske sociale sikringsinstitutioner, en særlig beskyttelse mod opsigelse, der medfører, at arbejdsgiverens almindelige ret til opsigelse i vidt omfang er udelukket, når de har været ansat i en bestemt periode. I den forbindelse bruges også udtrykket »uopsigelighed«. Imidlertid gælder denne særlige beskyttelse mod opsigelse kun, indtil den almindelige pensionsalder er nået. Arbejdsgiveren bevarer retten til at pensionere arbejdstageren uden ansøgning, så snart denne har nået den almindelige pensionsalder.

13. Den ovennævnte pensionering uden ansøgning reguleres således i DO.B.'s § 134, stk. 2, og 4 [15]:

»(2) Læger, der ikke kan opsiges, får pension uden ansøgning, hvis

«[...]

2. der består et krav på alderspension i henhold til ASVG's § 253 […]

[…]

(4) Direktionen kan pensionere en læge, der ikke kan opsiges, uden ansøgning, hvis lægen

1. opfylder betingelserne i stk. 2, [nr.] 1, 2 eller 4 […]

14. Derudover har det betydning for den foreliggende sag, at DO.B. fastsætter, at der skal etableres en pensionsforsikringsordning ved kollektiv overenskomst. Ydelserne

15 — I henhold til DO.B.'s § 134, stk. 1, skal de nævnte bestemmelser efter den 30.9.2000 anvendes på »læger, der inden 1996 er indtrådt i en østrigsk social sikringsinstitutions tjeneste«.

i henhold til denne ordning har karakter af tillægsydelser, hvilket følger af DO.B.'s § 89, stk. 1:

»Ydelser i henhold til den lovbestemte pensionsforsikring skal modregnes i de tilsvarende ydelser, der er krav på i henhold til bestemmelserne efter denne pensionslovgivning [...]«

Imidlertid overstiger tillægsydelserne i henhold til DO.B. i nogen tilfælde den socialforsikringsretlige (lovbestemte) pensionsydelse i henhold til ASVG i betydelig grad.

III — Sagens faktiske omstændigheder og hovedsagen

15. Christine Kleist, der er født den 11. februar 1948, havde siden den 7. januar 1985 været ansat hos pensionsforsikringsanstalten, der er en østrigsk socialforsikringsinstitution. Her arbejdede hun senest som overlæge.

16. Pensionsforsikringsanstalten traf i 2005 beslutning om at opsige alle anstaltens medarbejdere, der opfyldte betingelserne for en pensionering uden ansøgning i henhold til den relevante kollektive overenskomst.

17. Christine Kleist ønskede ikke at gå på pension som 60-årig. Dette meddelte hun pensionsforsikringsanstalten ved skrivelse af 9. januar 2007 og krævede fortsat at være beskæftiget indtil hun fyldte 65 år. Ved skrivelse af 6. december 2007 opsagde pensionsforsikringsanstalten alligevel arbejdsforholdet med Christine Kleist og pensionerede hende uden ansøgning pr. 1. juli 2008.

18. Før Christine Kleist blev pensioneret uden ansøgning udgjorde hendes samlede månedsløn 4 032,39 EUR netto. Hendes månedlige pension i henhold til DO.B. udgjorde på tidspunktet for hendes pensionering uden ansøgning 3 890,62 EUR netto. Var hun først gået på pension den 1. marts 2013 som 65-årig, svarende til den almindelige pensionsalder for mænd, ville hun efter de oplysninger, som den forelæggende ret er i besiddelse af, have oppebåret en månedlig pension på 4 829,85 EUR netto.

19. Pensionsforsikringsanstaltens pensionering af Christine Kleist uden ansøgning hindrer hende ikke i fortsat at udøve erhvervsmæssig beskæftigelse, det være sig som selvstændig eller som arbejdstager. Den lovbestemte pension i henhold til ASVG kunne hun efter de oplysninger, som den forelæggende ret er i besiddelse af, også

oppebære, selv om hun udøvede erhvervsmæssig beskæftigelse [16].

20. I området (»Sprengel«), hvor Christine Kleist var overlæge for pensionsforsikringsanstalten, var der — efter de oplysninger, som den forelæggende ret er i besiddelse af — 23 læger tilmeldt arbejdsformidlingen, men det skønnes, at det faktiske antal arbejdsløse læger er tre gange større.

21. Christine Kleist anfægtede opsigelsen ved Landesgericht Innsbruck og tabte sagen i første instans [17]. Efter at hun havde appelleret sagen, fortsatte den ved Oberlandesgericht Innsbruck, der omgjorde førsteinstansens dom og gav Christine Kleist medhold [18]. Sagen verserer nu for Oberster Gerichtshof, den forelæggende ret, hvortil pensionsforsikringsanstalten har iværksat revisionsanke af Oberlandesgericht Innsbrucks dom.

16 — I den forbindelse henviser den forelæggende ret til en dom fra den østrigske forfatningsdomstol (VfSlg. 12.592/1990).

17 — Dom af 14.3.2008 fra Landesgericht Innsbruck som arbejds- og socialret.

18 — Dom af 22.8.2008 fra Oberlandesgericht Innsbruck som appeldomstol i arbejds- og socialretlige sager.

IV — Den præjudicielle forelæggelse og proceduren for Domstolen

22. Ved kendelse af 4. august 2009, indgået til Domstolens Justitskontor den 4. september 2009, har den forelæggende ret ved en præjudiciel anmodning forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 76/207/EØF, som ændret ved direktiv 2002/73/EF, fortolkes således, at bestemmelsen — inden for rammerne af en arbejdsretlig ordning, hvor der i forbindelse med arbejdstagernes almindelige beskyttelse mod afskedigelse tages hensyn til deres sociale (økonomiske) afhængighed af arbejdspladsen — er til hinder for en bestemmelse i en kollektiv overenskomst, hvorefter der fastsættes en særlig beskyttelse mod afskedigelse, der går ud over den almindelige lovbestemte beskyttelse mod afskedigelse, men som kun gælder indtil det tidspunkt, hvor der typisk foreligger en social (økonomisk) sikring i form af ydelse af alderspension, når

mænd og kvinder kan gøre krav på denne alderspension på forskellige tidspunkter?

2) Er artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 76/207/EØF, som ændret ved direktiv 2002/73/EF, inden for rammerne af ovennævnte arbejdsretlige ordning til hinder for en offentlig arbejdsgivers beslutning om at afskedige en kvindelig arbejdstager få måneder efter det tidspunkt, hvor hun opnår social sikring i form af alderspension, med henblik på at ansætte nye arbejdstagere, der står til rådighed på arbejdsmarkedet?«

23. Pensionsforsikringsanstalten, Christine Kleist og Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige og mundtlige indlæg under sagen for Domstolen.

V — Bedømmelse

24. Den præjudicielle anmodning fra Oberster Gerichtshof omfatter to spørgsmål, hvoraf det ene vedrører forringelsen af beskyttelsen mod opsigelse i en kollektiv overenskomst ved opnåelse af pensionsalderen, mens det andet vedrører en opsigelse af en kvindelig arbejdstager, der har direkte sammenhæng med, at hun har opnået den almindelige pensionsalder.

25. Ud fra en unionsretlig synsvinkel vedrører begge præjudicielle spørgsmål i det væsentlige det samme retlige problem: Det skal undersøges, om en kvindelig arbejdstager af beskæftigelsespolitiske grunde må opsiges og pensioneres uden ansøgning af sin arbejdsgiver, så snart hun når den — for mænd og kvinder forskellige — almindelige lovbestemte pensionsalder. Jeg foreslår derfor, at spørgsmålene behandles samlet, hvilket i øvrigt også er sket i forelæggelseskendelsen og i de fleste indlæg fra procesdeltagerne.

26. I den forbindelse er det ikke den lovbestemte og forfatningsretlige ordning om den almindelige pensionsalder i Østrig *som sådan*, der skal efterprøves, men kun *henvisningen* til denne almindelige pensionsalder i den sagsøgte arbejdsgivers pensioneringspolitik.

27. Som kriterier for prøvelsen er det i den foreliggende sag tilstrækkeligt at tage udgangspunkt i direktiv 76/207, som ændret ved direktiv 2002/73. Ganske vist kunne man derudover — som Christine Kleist har anført — behandle den foreliggende sag i lyset af forbuddet mod forskelsbehandling på grund

af alder i henhold til direktiv 2000/78 [19]. Dette ville dog ikke være særlig målrettet. For det første har Domstolen nemlig allerede fastslået, at en tvangsmæssig pensionering uden ansøgning ved opnåelsen af den lovbestemte almindelige pensionsalder kan være begrundet i beskæftigelsespolitiske hensyn, hvilket har til følge, at det så ikke kan antages, at der foreligger en forskelsbehandling på grund af alder [20]. For det andet anfægter Christine Kleist ikke — i henhold til de oplysninger, jeg er i besiddelse af — at hun som sådan er blevet pensioneret uden ansøgning, men derimod det forhold, at hendes tvangspensionering er sket på et tidligere tidspunkt, end det ville have været tilfældet for hendes mandlige kolleger [21]. Den retlige problematik i denne sag ligger altså i forskelsbehandlingen på grundlag af køn.

A — *Spørgmålet, om direktiv 76/207 kan finde anvendelse*

28. Princippet om ligebehandling af mænd og kvinder finder i henhold til artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 76/207 anvendelse i den offentlige og i den private sektor, herunder offentlige organer, bl.a. med hensyn til ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse.

29. Som ansat overlæge, der gør tjeneste for en østrigsk socialsikringsinstitution, var Christine Kleist arbejdstager »i den offentlige sektor« eller hos et »offentligt organ« og henhørte således ifølge det indledende komma i artikel 3, stk. 1, i direktiv 76/207, under det personlige anvendelsesområde for princippet om ligebehandling.

30. Begrebet afskedigelse i direktiv 76/207 skal fortolkes bredt [22]. Spørgsmålet om, hvorvidt en kvindelig arbejdstager som Christine Kleist ved opnåelsen af den for kvinder gældende almindelige pensionsalder inden for rammerne af hendes arbejdsgivers almindelige pensioneringspolitik tvangsmæssigt må pensioneres uden ansøgning, er et spørgsmål om afskedigelse [23]. Dermed er der også åbnet op for det saglige anvendelsesområde for lighedsgrundsætningen i henhold til artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 76/207.

19 — Rådets direktiv 2000/78/EF af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT L 303, s. 16).

20 — Dommen i sagen Palacios de la Villa, nævnt ovenfor i fodnote 2, navnlig præmis 77.

21 — Christine Kleist havde hos sin arbejdsgiver anmodet om at forblive i aktiv tjeneste, indtil hun fyldte 65 år, dvs. indtil den for mænd gældende almindelige pensionsalder var opnået, jf. ovenfor i dette forslag til afgørelse, punkt 17.

22 — Dom af 16.2.1982, sag 19/81, Burton, Sml. s. 555, præmis 9.

23 — Dette fastslog Domstolen allerede i Marshall-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 32 og 34, og i Beets-Proper-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 36, med hensyn til artikel 5 i direktiv 76/207, i direktivets oprindelige affattelse. Denne forskrift indeholdt en bestemmelse, som senere blev ændret til artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 76/207, i den affattelse af direktiv 2002/73, der her er relevant.

B — *Forskelsbehandling på grundlag af køn*

31. Artikel 3, stk. 1, litra c), sammenholdt med artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207, foreskriver, at der ikke må finde nogen direkte eller indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn sted med hensyn til afskedigelse.

32. Der foreligger en *direkte forskelsbehandling*, hvis en person behandles ringere på grund af køn, end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation (artikel 2, stk. 2, første led, i direktiv 76/207). Den tilgrundliggende ulige behandling er altså direkte forbundet med kønnet. Derimod foreligger der kun en *indirekte forskelsbehandling*, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis stiller personer af det ene køn særlig ufordelagtigt i forhold til personer af det andet køn (artikel 2, stk. 2, andet led, i direktiv 76/207).

33. Sondringen mellem direkte og indirekte forskelsbehandling er frem for alt af retlig betydning, fordi mulighederne for at begrunde en forskelsbehandling er forskellige, alt efter om den tilgrundliggende ulige behandling er direkte eller indirekte forbundet med kønnet. Mulighederne for at begrunde en indirekte forskelsbehandling på grund af køn er holdt i meget generelle vendinger i artikel 2, stk. 2, andet led, i direktiv 76/207 (»objektivt begrundet i et legitimt mål«), hvorimod en direkte forskelsbehandling på grund af køn kun kan være begrundet ud fra særlige specifikke behov for det enkelte køn — f.eks. med hensyn til graviditet og moderskab (artikel 2, stk. 7, i direktiv 76/207) — eller med det formål at støtte det underrepræsenterede køn (artikel 2, stk. 8, i direktiv 76/207, sammenholdt med artikel 141, stk. 4, EF, nu artikel 157, stk. 4, TEUF).

34. Ved første øjekast kunne det se ud til, at den omtvistede forskrift i den foreliggende sag er udformet kønsneutralt: DO.B.'s § 134, stk. 4, nr. 1), gør det muligt for socialforsikringsinstitutionen at pensionere sine arbejdstagere, »der ikke kan opsiges« uden ansøgning, når disse har nået den lovbestemte almindelige pensionsalder. Ved en nærmere betragtning viser det sig dog, at kriteriet om den almindelige pensionsalder er uadskilleligt

forbundet med kønnet, da den østrigske lovgiver i ASVG's § 253, stk. 1, har fastsat forskellige aldersgrænser for mænd og kvinder. Samspillet mellem DO.B.'s § 134, stk. 4, nr. 1), og ASVG's § 253, stk. 1, fører til en ordning, hvorefter kvinder fra 60 år og mænd fra 65 år kan pensioneres uden ansøgning. Dermed er den anfægtede pensioneringsordning til syvende og sidst *direkte* forbundet med kønnet og bevirker, at kvinder kan miste deres arbejdsplads fem år tidligere end mænd [24].

35. Det kan ganske vist kun antages, at der er tale om en direkte *forskelsbehandling* på grundlag af køn, hvis mænd og kvinder befinder sig i identiske eller i hvert fald i sammenlignelige situationer [25]. Hvis kvindelige arbejdstagere på 60 år derimod objektivt set befinder sig i en anden situation end deres jævnaldrende mandlige kolleger, ville en forskelsbehandling af de to persongrupper være tilladt og endda nødvendig.

36. De omstændigheder, som kendetegner situationer og deres ensartede karakter, skal navnlig fastlægges og vurderes på grundlag af indholdet af og formålet med den ordning, der indfører en forskellig behandling. Endvidere skal der tages hensyn til de principper, der gælder inden for det område, som den pågældende ordning henhører under, og de formål, der forfølges på det pågældende område [26].

37. Som det fremgår af sagens akter, har tvangspensioneringen i henhold til DO.B.'s § 134, stk. 4, navnlig til formål at frigøre stillinger til yngre arbejdstagere, der »står til rådighed« på arbejdsmarkedet. Med tvangspensioneringen forfølges altså et beskæftigelsespolitisk formål.

38. Den forelæggende ret og pensionsforsikringsanstalten har fremhævet, at for så vidt angår et sådant beskæftigelsespolitisk formål er situationen for kvindelige arbejdstagere som Christine Kleist, som er fyldt 60 år, ikke sammenlignelig med situationen for mandlige kolleger af samme alder. I modsætning til mandlige arbejdstagere har kvindelige arbejdstagere på dette tidspunkt nemlig allerede nået den lovbestemte almindelige pensionsalder og er således socialt sikret ved deres regulære pensionskrav, hvis de mister deres arbejdsplads.

24 — Domstolen har på lignende måde fastslået, at der foreligger en direkte — og ikke blot en indirekte — forskelsbehandling på grundlag af køn, når en arbejdsgivers foranstaltninger er forbundet med, om arbejdstageren er gravid eller ej, da svangerskabet er uadskilleligt forbundet med en kvindelig arbejdstagers køn; jf. domme af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941, præmis 12 og 17, og sag C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, Sml. I, s. 3979, præmis 13, samt dom af 27.2.2003, sag C-320/01, Busch, Sml. I, s. 2041, præmis 39, og af 20.9.2007, sag C-116/06, Kiiski, Sml. I, s. 7643, præmis 55. Jf. — med hensyn til en tilsvarende problemstilling i forbindelse med forskelsbehandling på grund af alder — mit forslag til afgørelse af 6.5.2010 i sag C-499/08, Andersen, der endnu verserer for Domstolen, punkt 32-38.

25 — Jf. i denne retning dom af 9.11.1993, sag C-132/92, Roberts, »Birds Eye Walls«, Sml. I, s. 5579, præmis 17, af 14.9.1999, sag C-249/97, Gruber, Sml. I, s. 5295, præmis 27, af 8.6.2004, sag C-220/02, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Sml. I, s. 5907, præmis 59, og af 9.12.2004, sag C-19/02, Hlozek, Sml. I, s. 11491, præmis 44.

26 — Dom af 16.12.2008, sag C-127/07, Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl., »Arcelor«, Sml. I, s. 9895, præmis 26.

39. Ved første øjekast kan det virke fristende at følge denne argumentation og blot i det forhold, at der består et pensionskrav, se den afgørende objektive forskel, der udelukker, at kvindelige og mandlige arbejdstagere kan sammenlignes.

40. Der kan endog findes frem til retssager, hvor Domstolen synes at anlægge et sådant synspunkt. Således blev det f.eks. i dommene i sagerne Burton [27], Birds Eye Walls [28] og Hlozek [29] anset for tilladt, at bestemte sociale ydelser fra arbejdsgivere knyttes til den pensionsalder, der er forskellig for mænd og kvinder.

41. Det forekommer mig imidlertid, at det i den forbindelse drejer sig om enkeltstående tilfælde. Under alle omstændigheder kan der ikke generaliseres ud fra disse domme. Således havde overgangsbetalingerne i dommene i sagerne Burton og Birds Eye Walls til formål at udligne løntab for arbejdstagere, der af virksomhedsmæssige eller sundhedsmæssige grunde gik på pension før tiden [30]. Med overgangsydelsen i Hlozek-sagen forfulgtes særligt det formål, at der finansielt skulle kompenseres for en særlig risiko for langtidsarbejdsløshed, som statistisk beviseligt indtraf for mænd og kvinder i forskellige aldre og var særlig høj, jo nærmere de kom pensionsalderen [31]. Så vidt som det fremgår af sagens akter, er der i den foreliggende sag dog ingen holdepunkter for, at der skulle foreligge sådanne særlige risici.

42. Helt bortset fra de særlige forhold ved de aktuelle faktiske omstændigheder, finder jeg det dog også principielt forkert at tillade arbejdsgivere at behandle mandlige og kvindelige arbejdstagere forskelligt alt efter, hvilken lovbestemt almindelig pensionsalder der gælder for dem. En sådan fremgangsmåde ville nemlig have til følge, at de stadig eksisterende forskelle mellem mand og kvinde ved den lovbestemte almindelige pensionsalder blev udvidet til andre områder, her området for opsigelse. Generaliseringen med hensyn til forskellene inden for rammerne af de lovbestemte socialforsikringsordninger ville imidlertid være i modstrid med Domstolens faste praksis, hvorefter den endnu bestående undtagelse til princippet om forskelsbehandling skal fortolkes strengt med hensyn til pensionsalderen i de lovbestemte pensionsforsikringsordninger [artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7] [32].

27 — Dom nævnt ovenfor i fodnote 22.

28 — Dom nævnt ovenfor i fodnote 25.

29 — Dom nævnt ovenfor i fodnote 25.

30 — Burton-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, navnlig præmis 3, 12 og 15, og dommen i sagen Birds Eye Walls, nævnt ovenfor i fodnote 25, navnlig præmis 3 og 4 samt 18-23.

31 — Hlozek-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, navnlig præmis 28 og 29, samt 45-48.

32 — Marshall-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 36, og Beets-Proper-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 38, samt dom af 30.3.1993, sag C-328/91, Thomas m.fl., Sml. I, s. 1247, præmis 8, af 4.3.2004, sag C-303/02, Haackert, Sml. I, s. 2195, præmis 26, og af 27.4.2006, sag C-423/04, Richards, Sml. I, s. 3585, præmis 36.

43. I et system, der fastsætter en forskellig almindelig pensionsalder for kvinder og mænd [33], kan den blotte omstændighed, at der består et pensionskrav ved det fyldte 60. år, ikke være en objektiv grund til at behandle kvindelige og mandlige arbejdstagere forskelligt. Derimod er det forhold, at der består eller ikke består et pensionskrav i alderen fra 60 til 64 år, uadskilleligt forbundet med den pågældende arbejdstagers køn: Blot fordi de er kvinder, har kvindelige arbejdstagere i Østrig efter gældende national ret ved det fyldte 60. år opnået den almindelige pensionsalder og har et pensionskrav. Pensionskravet er altså intet objektivt kendetegn, der er uafhængigt af kønnet, hvorefter gruppen af kvindelige arbejdstagere kan adskilles fra deres mandlige kolleger.

44. Sammenfattende er der således tale om en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, når kvindelige arbejdstagere af beskæftigelsespolitiske grunde fem år tidligere end deres mandlige kolleger tvangsmæssigt kan pensioneres uden ansøgning.

33 — I Østrig er den almindelige pensionsalder for kvinder 60 år, for mænd derimod 65 år, jf. ASVG's § 253, stk. 1.

C — *Ingen begrundelse for forskelsbehandlingen*

45. Det skal nu efterprøves, om der foreligger en begrundelse for en sådan direkte forskelsbehandling på grundlag af køn.

1. Beskæftigelsespolitik

46. Som nævnt har tvangspensioneringen i henhold til DO.B.'s § 134, stk. 4, navnlig til formål at frigøre stillinger til yngre arbejdstagere, der »står til rådighed« på arbejdsmarkedet, og den forfølger således et beskæftigelsespolitisk formål.

47. Muligvis kunne sådanne beskæftigelsespolitiske overvejelser i sammenhæng med en *indirekte* forskelsbehandling på grundlag af køn udgøre en objektiv begrundelse og udelukke, at der foreligger en ulovlig forskelsbehandling. Muligheden for at begrunde indirekte forskelsbehandlinger er i henhold til artikel 2, stk. 2, andet led, i direktiv 76/207 nemlig yderst bredt formuleret (»objektivt begrundet i et legitimt mål«).

48. I tvisten i hovedsagen er der dog, som allerede anført [34], tale om en *direkte* forskelsbehandling på grundlag af køn. For dette tilfælde fastsætter direktiv 76/207 ingen begrundelser vedrørende beskæftigelsespolitik. Deri ligger en grundlæggende forskel mellem det første og det andet led i artikel 2, stk. 2, i direktiv 76/207 [35].

49. Retsstillingen adskiller sig for så vidt også grundlæggende fra retsstillingen i forbindelse med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder, hvor selv direkte forskelsbehandling på grund af alder i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78 kan begrundes med beskæftigelsespolitiske motiver [36]. Denne forskel i forhold til direktiv 2000/78 fremstår så meget desto mere klart derved, at unionslovgiver i øvrigt ved moderniseringen af direktiv 76/207 lagde sig tæt op ad den kort tid forinden indførte ordning vedrørende aldersdiskrimination, navnlig med hensyn til definitionen af direkte og indirekte forskelsbehandling [37].

50. De anførte forskelle i mulighederne for begrundelse, på den ene side mellem den direkte og den indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn og på den anden side mellem kønsbestemt og aldersbestemt forskelsbehandling, er ikke tilfældige. Det kan ganske vist være et legitimt formål inden for beskæftigelsespolitikken tvangsmæssigt at pensionere ældre arbejdstagere, der allerede har nået den for dem gældende almindelige pensionsalder, og som er socialt sikret ved et passende pensionskrav [38]. Det beskæftigelsespolitiske formål må imidlertid ikke virkeliggøres på bekostning af arbejdstagere af et bestemt køn.

51. Det er imidlertid lige præcis hvad der sker, hvis det af beskæftigelsespolitiske grunde kræves af kvindelige arbejdstagere, at de skal opgive deres arbejdsplads fem år tidligere end deres mandlige kolleger. For så bliver kvinder — blot fordi der gælder en lavere lovbestemt almindelig pensionsalder for dem — meget stærkere inddraget i virkeliggørelsen af beskæftigelsespolitikkens formål end mænd. De berøres mere intensivt i deres

34 — Jf. hertil ovenfor i nærværende forslag til afgørelse, punkt 31-44.

35 — Også i Domstolens praksis vedrørende artikel 141 EF (tidligere EØF-traktatens artikel 119, nu artikel 157 TEUF) samt vedrørende direktiv 76/207 er beskæftigelses- eller socialpolitiske overvejelser, så vidt det ses, hidtil kun anerkendt i forbindelse med *indirekte* forskelsbehandling, men ikke i forbindelse med *direkte* forskelsbehandling på grundlag af køn, jf. dom af 9.2.1999, sag C-167/97, Seymour-Smith og Perez, Sml. I, s. 623, præmis 71, af 6.4.2000, sag C-226/98, Jørgensen, Sml. I, s. 2447, præmis 41, af 26.9.2000, sag C-322/98, Kachelmann, Sml. I, s. 7505, præmis 30, og af 20.3.2003, sag C-187/00, Kutz-Bauer, Sml. I, s. 2741, præmis 55 og 56.

36 — Dommen i sagen Age Concern England, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 46, første punktum, præmis 49 og 52, og af 18.6.2009, sag C-88/08, Hütter, Sml. I, s. 5325, præmis 41, samt Küçükdeveci-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 33. Jf. også mit forslag til afgørelse i Andersen-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 24, navnlig punkt 31 og 41.

37 — Sjette betragtning til direktiv 2002/73.

38 — Således, med hensyn til forskelsbehandling på grund af alder, dommen i sagen Palacios de la Villa, nævnt ovenfor i fodnote 2, navnlig præmis 73. Jf. også mit forslag til afgørelse i Andersen-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 24, punkt 71.

ret til at arbejde og udøve deres erhverv end deres mandlige kolleger (artikel 15, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [39]).

52. Det kan ganske vist godt være, at en kvindelig arbejdstager på grund af sin tidlige pensionering og muligvis også på grund af sin forventede højere levealder kan oppebære alderspension i længere tid end sine mandlige kolleger. Under den mundtlige forhandling for Domstolen har pensionsforsikringsanstalten henvist til dette, idet anstalten har fremlagt nogle taleksempler. Som Kommissionen med rette har anført, er en isoleret betragtning af den forventede periode, hvori der oppebæres pension, dog ikke tilstrækkelig. Der skal snarere tages hensyn til de forskellige pensioneringstidspunkters indvirkninger på livslønnen hos mandlige og kvindelige arbejdstagere: Mænd kan oppebære deres løn for aktiv tjeneste fem år længere end kvinder og kan derudover — på grund af deres længere tjenestetid — oppebære en højere månedlig pension.

53. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at der for en kvindelig arbejdstager som Christine Kleist er betydelige økonomiske tab forbundet med, at hun i en alder af 60 år tvangspensioneres. Således ville Christine Kleist — hvis hun fortsat var i sit ansættelsesforhold indtil det fyldte 65. år — have oppebåret sin løn for den aktive tjeneste fem år længere. Derefter ville hun — i en alder af 65 år — i henhold til DO.B. have kunnet kræve en månedlig pension netto, der var 24,1% højere end den pension, hun modtager som følge af hendes pensionering uden ansøgning som 60-årig [40]. Forskellen i forhold til den pension, hun oppebærer nu, ville nominelt set udgøre mere end 900 EUR netto pr. måned.

54. En ordning, der særligt for det ene køn på denne måde får så gennemgribende erhvervsmæssige [41] og økonomiske konsekvenser [42], er ikke rimelig i forhold til den fundamentale

39 — Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder blev først højtideligt proklameret i Nice den 7.12.2000, EFT C 364, s. 1, og efterfølgende på ny den 12.12.2007 i Strasbourg, EUT C 303, s. 1. På det tidspunkt, hvor Christine Kleist blev pensioneret uden ansøgning, havde charteret som sådan ganske vist endnu ikke bindende retsvirkninger på linje med primærrettens, men udgjorde allerede dengang en retskilde, som gav oplysninger om de grundlæggende rettigheder, der sikres ved Unionens retsorden; jf. dom af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, »familiesammenføring«, Sml. I, s. 5769, præmis 38, og punkt 108 i mit forslag til afgørelse i samme sag af 8.9.2005, samt endvidere dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37.

40 — Som den forelæggende ret har oplyst, ville Christine Kleist have oppebåret en månedlig pension på 4 829,85 EUR netto, hvis hun først var gået på pension den 1.3.2013, dvs. på det tidspunkt, hvor hun havde nået den for mænd gældende almindelige pensionsalder på 65 år. På tidspunktet for hendes faktiske pensionering uden ansøgning, da hun var 60 år, udgjorde hendes månedlige pension derimod 3 890,62 EUR netto.

41 — Jf. hertil ovenfor i dette forslag til afgørelse, punkt 51.

42 — Jf. hertil ovenfor i dette forslag til afgørelse, punkt 52 og 53.

betydning af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder [43] (jf. også artikel 3, stk. 3, andet afsnit, TEU [44], artikel 10 TEUF [45] samt artikel 21, stk. 1, og artikel 23, stk. 2, i charteret om grundlæggende rettigheder).

55. På den baggrund kan en tvangspensioneringspolitik som den her omtvistede, i henhold til hvilken en kvinde som regel mister sin arbejdsplads fem år tidligere end en mand, ikke begrundes i beskæftigelsespolitiske hensyn.

2. Øvrige bemærkninger

56. I det følgende behandler jeg kort nogle enkelte andre argumenter, der navnlig er blevet fremført af pensionsforsikringsanstalten.

a) Fremme af kvinders vilkår

57. Pensionsforsikringsanstalten har antydet, at anstaltens politik om tvangsmæssig pensionering uden ansøgning ved opnåelsen af den almindelige pensionsalder navnlig tjener til at støtte kvindelige arbejdstagere, der er nye i erhvervet. Anstalten henviser tilsyneladende dermed til den særlige begrundelse i artikel 2, stk. 8, i direktiv 76/207, sammenholdt med artikel 141, stk. 4, EF (nu artikel 157, stk. 4, TEUF), der endog finder anvendelse på direkte forskelsbehandling på grundlag af køn.

58. Betingelserne i artikel 2, stk. 8, i direktiv 76/207 er imidlertid ikke opfyldt. Det kan ikke anses for at være et egnet middel til at støtte det underrepræsenterede køns erhvervsaktivitet, at en kvinde tvinges til at opgive sin arbejdsplads til fordel for andre kvinder. Dette gælder så meget desto mere, hvis en kvindelig arbejdstager i en lederstilling i en sag som den foreliggende mister sit job til fordel for kvindelige arbejdstagere, der er nye i erhvervet, som ikke under nogen omstændigheder kan ansættes på samme niveau i arbejdspladsens interne hierarki. I øvrigt kan det ikke på forhånd stå klart, at det af gruppen af arbejdstagere, der er nye i erhvervet, og som står til rådighed, faktisk er en kvinde, der bliver valgt, og at det faktisk er en kvinde, der overtager den stilling, som bliver fri.

43 — Marshall-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 36, Beets-Proper-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 38, dom af 24.2.1994, sag C-343/92, Roks m.fl., Sml. I, s. 571, præmis 36, Jørgensen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 39, og Kutz-Bauer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 60, samt dom af 23.10.2003, forenede sager C-4/02 og C-5/02, Schönheit og Becker, Sml. I, s. 12575, præmis 85.

44 — Tidligere artikel 2 EF.

45 — Tidligere artikel 3, stk. 2, EF.

b) Forhindring af en kumulation af lovbestemte pensionsydelser med arbejdsindtægt

59. Derudover har pensionsforsikringsanstalten anført, at pensioneringen uden ansøgning af 60-årige kvinder er nødvendig for at forhindre, at disse — ved siden af deres lønindtægt — oppebærer en lovbestemt pension i henhold til ASVG. Sidstnævnte pension har arbejdstagere åbenbart krav på, så snart de når den lovbestemte almindelige pensionsalder, uanset om de faktisk går på pension eller fortsat er erhvervsaktive.

60. Også dette argument må imidlertid forkastes. Efter fast retspraksis kan en ulige behandling på grundlag af køn ikke begrundes i budgetmæssige hensyn [46].

61. Blot for fuldstændighedens skyld bemærkes, at den frygtede kumulation af pensionsydelser og indtægt for aktivt arbejde slet ikke kan forhindres effektivt derved, at en kvinde pensioneres uden ansøgning. Som det fremgår af sagens akter, står det nemlig den opsagte kvindelige arbejdstager frit for — også efter at hun har opnået den lovbestemte almindelige pensionsalder — at indgå i et nyt arbejdsforhold eller at påbegynde selvstændig virksomhed, samtidig med, at hun oppebærer sin lovbestemte alderspension.

62. Bortset herfra ville et mildere og samtidig mere effektivt middel til at undgå kumulation af lovbestemte pensionsydelser og arbejdsindtægt kunne bestå i at udsætte betalingen af den lovbestemte alderspension, så længe en forsikret — uanset hvilket køn denne person har — stadig udøver beskæftigelse. Alternativt kunne også den erhvervsmæssige indtægt for en forsikret, der fortsat udøver erhvervsmæssigt arbejde, modregnes i den lovbestemte pension.

63. En pensioneringspolitik, hvorefter arbejdstagere af det ene køn mister deres arbejdsplads fem år tidligere end arbejdstagere af det andet køn, er derfor hverken et egnet eller et nødvendigt middel til at få hold på problemet om kumulation af lovbestemte pensionsydelser og arbejdsindtægt. I sidste ende skal dette problem løses inden for rammerne af det lovbestemte pensionssystem.

46 — Dommen i sagen Roks m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 43, præmis 35, Jørgensen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 39, Kutz-Bauer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 59 og 60, dommen i sagen Schönheit og Becker, nævnt ovenfor i fodnote 43, præmis 85, og dom af 10.3.2005, sag C-196/02, Nikoloudi, Sml. I, s. 1789, præmis 53. Jf. i samme retning — vedrørende forskelsbehandling af tidsbegrænset ansatte og deltidsansatte — dom af 22.4.2010, sag C-486/08, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, Sml. I, s. 3527, præmis 46.

VI — Forslag til afgørelse

64. På denne baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare begge de af Oberster Gerichtshof forelagte spørgsmål således:

»Artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 76/207/EØF, som ændret ved direktiv 2002/73/EF, er til hinder for, at kvindelige arbejdstagere af beskæftigelsespolitiske grunde ved opnåelsen af den lovbestemte almindelige pensionsalder, der gælder for dem, tvangsmæssigt pensioneres uden ansøgning, hvis denne almindelige pensionsalder er fem år lavere end den, der gælder for mandlige arbejdstagere.«