# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

fremsat den 5. februar 2002 [1]

1. Ved kendelse af 3. maj 2000, indgået til Domstolens Justitskontor den 19. maj 2000, har Arbeitsgericht Hamburg (Forbundsrepublikken Tyskland) i medfør af artikel 234 EF forelagt to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af direktiv 76/207/EØF [2] og direktiv 79/7/EØF [3] i forbindelse med en tvist mellem en arbejdstager, der har nået pensionsalderen (60 år), og dennes arbejdsgiver inden for den offentlige sektor. Arbejdstageren klager især over, at hun er udelukket fra den aldersbetingede deltidsordning i Tyskland på grund af sin alder, mens mandlige arbejdstagere på samme alder er omfattet af den pågældende ordning.

## I — Retsforskrifter

### *A — Fællesskabsbestemmelser*

2. Artikel 1 i direktiv 76/207 bestemmer:

»1. Dette direktiv tilsigter gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til adgang til beskæftigelse, herunder forfremmelse, og til erhvervsuddannelse samt arbejdsvilkår og på de betingelser, der er fastsat i stk. 2, til social sikring. Dette princip betegnes i det følgende »princippet om ligebehandling«.

2. Med henblik på at sikre en gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling med hensyn til social sikring, vedtager Rådet på forslag fra Kommissionen nærmere bestemmelser særlig om dets indhold, udstrækning og gennemførelse.«

1 — Originalsprog: italiensk.

2 — 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).

3 — 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).

3. Artikel 2 i direktiv 76/207 fastsætter:

»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. Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne fra direktivets anvendelsesområde kan udelukke sådanne former for erhvervsudøvelse og i givet fald de dertil førende uddannelser, for hvilke udøverens køn er afgørende på grund af deres art eller de forhold, under hvilke de udføres.

3. Dette direktiv er ikke til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab.

4. Dette direktiv er ikke til hinder for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder på de i artikel 1, stk. 1, anførte områder.«

4. Artikel 5 i direktiv 76/207 har følgende ordlyd:

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

2. Med henblik herpå træffer medlemsstaterne de nødvendige foranstaltninger til:

a) at administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, ophæves

b) at de bestemmelser i kollektive overenskomster eller individuelle arbejdskontrakter, i virksomheders interne reglementer eller i vedtægter for selvstændige erhverv, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, anses som ugyldige, kan erklæres ugyldige eller ændres

c) at de administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, der er i modstrid med princippet om ligebehandling, revideres, når det beskyttelseshensyn, som oprindelig lå til grund for disse, ikke længere er begrundet; at arbejdsmarkedets parter med hensyn til overenskomstbestemmelser af samme art opfordres til at foretage de ønskelige revisioner.«

5. Artikel 6 i direktiv 76/207 er affattet således:

»Medlemsstaterne indfører i deres nationale retsorden de nødvendige bestemmelser for, at enhver person, der mener sig krænket ved, at princippet om ligebehandling som anført i artikel 3, 4 og 5 tilsidesættes i forhold til den pågældende, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser efter eventuelt at have indbragt sagen for andre kompetente instanser.«

6. Direktiv 79/7 er vedtaget på grundlag af artikel 1, stk. 2, i direktiv 76/207[4] for at sikre en gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring.

7. Artikel 3, stk. 1, i direktiv 79/7 bestemmer:

»Dette direktiv finder anvendelse:

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

— sygdom

— invaliditet

— alderdom

— arbejdsulykker og erhvervssygdomme

— arbejdsløshed

4 — Jf. første betragtning til direktiv 79/7.

b) på bestemmelserne om social bistand, i det omfang disse er bestemt til at supplere eller træde i stedet for de i litra a) omhandlede ordninger.«

2. Princippet om ligebehandling er ikke til hinder for bestemmelser om beskyttelse af kvinder i forbindelse med moderskab.«

8. Artikel 4 i direktiv 79/7 har følgende ordlyd:

9. I artikel 5 i direktiv 79/7 er det fastsat:

»1. Princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte, under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling, især for så vidt angår:

»Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til ophævelse af administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er i modstrid med princippet om ligebehandling.«

— anvendelsesområdet for ordningerne samt betingelserne for adgang til disse

10. Artikel 6 i direktiv 79/7 bestemmer:

— bidragspligt og beregning af bidrag

— beregningen af ydelserne, herunder ægtefælle- eller forsørgertillæg, og betingelserne for varigheden og bevarelsen af retten til ydelserne.

»Medlemsstaterne indfører i deres nationale retsorden de nødvendige bestemmelser for, at enhver person, der mener sig krænket ved, at princippet om ligebehandling tilsidesættes, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser efter eventuelt at have indbragt sagen for andre kompetente instanser.«

11. Artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7 fastsætter:

»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.«

B — *Den nationale lovgivning*

12. Betingelserne for at kunne gøre krav på en alderspension er fastsat i 6. bog i Sozialgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland (den tyske sociallov, 6. bog, herefter »SGB VI«), hvori der på grundlag af en række kriterier [5] fastsættes forskellige aldersgrupper for pensionering, der dog alle ligger mellem 60 og 65 år (§ 35-40). Det bestemmes navnlig, at de forsikrede af begge køn er berettigede til pension senest fra det fyldte 65. år (SGB VI's § 35); ved det fyldte 63. år, hvis der er tale om forsikrede, der har indbetalt bidrag i mindst 35 år (SGB VI's § 36); eller allerede fra det fyldte 60. år, hvis de i 24 måneder har været omfattet af den aldersbetingede deltidsordning, der vil blive behandlet mere indgående på et senere tidspunkt (SGB VI's § 38). Stadig ved det fyldte 60. år — men kun for kvinder — findes der en ret til pension, såfremt andre vilkår, der er særligt gunstige for de pågældende personer, er opfyldt (f.eks. en bidragsperiode på blot 15 år; SGB VI's § 39) [6]. Det er indlysende, at en arbejdstager for at kunne nyde godt af en førtidig pensionering skal anmode herom, for denne kan også vælge at fortsætte med at arbejde. I denne forbindelse er det under sagen kommet frem, at kvindelige arbejdstagere i Forbundsrepublikken Tyskland, der har nået pensionsalderen og som ved det fyldte 60. år opfylder de betingelser, der er opstillet i SGB VI's § 39, kan fortsætte med at arbejde enten på fuld tid eller på deltid i stedet for at benytte sig af deres ret til en alderspension, men det er indlysende, at de i sidstnævnte tilfælde kun har ret til en løn, der svarer til det reelle antal arbejdstimer.

13. Som anført ovenfor kan en arbejdstager gøre sin ret til pension gældende på et tidligere tidspunkt, hvis denne har udøvet en aldersbetinget deltidsbeskæftigelse (dvs. en »førtidig pensionsordning«; jf. SGB VI's § 38). Denne aldersbetingede deltidsordning er fastsat ved Altersteilzeitgesetz (lov om aldersbetinget deltidsbeskæftigelse, herefter »ATG«) af 23. juli 1996, der har det dobbelte formål at gøre det lettere for

5 — Såsom bidragsperiodens længde, indbetalingen af obligatoriske sociale sikringsbidrag i et vist antal år, visse psykiske eller fysiske forhold (køn, alvorlig sygdom eller uarbejdsdygtighed), arbejdsløshed, udøvelse af en særlig form for beskæftigelse (i minearbejdernes tilfælde).

6 — Den samme pensionsalder gælder ligeledes for alvorligt handicappede og uarbejdsdygtige personer samt arbejdsløse og minearbejdere på grund af dette arbejdes meget opslidende karakter (SGB VI's § 37, 38 og 40).

arbejdstagere, der har nået en vis alder, gradvist at gå fra en tilværelse som erhvervsaktiv til en pensionisttilværelse, og at nedbringe arbejdsløsheden (ATG's § 1), da arbejdsgiveren er forpligtet til at ansætte en arbejdsløs person, for at denne kan arbejde sideløbende med den arbejdstager, der er i aldersbetinget deltidsbeskæftigelse (ATG's § 3, stk. 1, nr. 2)[7]. Adgangen til denne ordning er underlagt to betingelser: den mandlige eller kvindelige arbejdstager skal være fyldt 55 år, og der skal være indgået en aftale om at overgå til aldersbetinget deltidsarbejde (individuel, kollektiv eller på virksomhedsniveau) mellem arbejdsgiveren og arbejdstageren (ATG's § 2, stk. 1). Anvendelse af den aldersbetingede deltidsordning tilskyndes dels ved udbetaling af en højere løn svarende til mindst 70% af nettolønnen for fuldtidsansatte, selv om arbejdstageren arbejder på halv tid (jf. ATG's § 3, stk. 1, nr. 1), dels ved udbetaling af et finansielt bidrag fra Bundesanstalt für Arbeit (herefter »Bundesanstalt«), som stammer fra de offentlige midler, der er afsat til bekæmpelse af arbejdsløshed[8], og som har til formål at refundere arbejdsgiveren 20% af nettomindsteindkomsten samt bidragene til den sociale sikringsordning (ATG's § 4). Bidraget fra Bundesanstalt er dog underlagt visse begrænsninger; det kan navnlig ikke udbetales i mere end fem år (ATG's § 4, stk. 1), og det ophører, når arbejdstageren har nået en alder, hvor han har krav på fuld pension, og under alle omstændigheder senest når han fylder 65 år (ATG's § 5, stk. 1, nr. 1 og 2). Parterne kan endvidere beslutte, at aftalen om førtidig pensionering ligeledes ophører, når retten til alderspension indtræder (ATG's § 8, stk. 3).

14. I henhold til den relevante kollektive overenskomst, der var gældende på tidspunktet for de forhold, der er omfattet af tvisten i hovedsagen (Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit af 5.5.1995, herefter »den kollektive overenskomst«), kan arbejdsgiveren på vilkår svarende til dem, der er fastsat i ATG, aftale med arbejdstagere af begge køn, der arbejder på fuld tid, og som er fyldt 55 år, at de overgår til den aldersbetingede deltidsordning (§ 2, stk. 1, i den kollektive overenskomst). De arbejdstagere, der allerede er fyldt 60 år, og som opfylder de ovenfor nævnte betingelser i § 2, stk. 1, har et retskrav på aldersbetinget deltidsarbejde (§ 2, stk. 2), medmindre alvorlige forhold i tilknytning til tjenesten eller tilrettelæggelse af virksomheden er til hinder herfor. Det aldersbetingede deltidsarbejde, der skal vare i mindst to år (§ 2, stk. 3)[9], kan bestå i arbejde på fuld tid i halvdelen af den normalt fastsatte periode (»Blockmodell« eller »en bloc«-modellen) eller i deltidsarbejde i hele aftaleperioden (»Teilzeitmodell« eller deltidsmodellen; § 3, stk. 2).

15. I henhold til § 9, stk. 1, i den kollektive overenskomst, ophører arbejdsforholdet i tilknytning til den aldersbetingede deltidsordning på den dato, der er fastsat i hver

7 — Denne forpligtelse gælder ligeledes i det tilfælde, hvor arbejdstageren, som sagsøgeren i hovedsagen, vælger en »en bloc«-ordning (fuldtidsarbejde i en periode svarende til halvdelen af den periode, i hvilken arbejdstageren ellers ville have udført deltidsbeskæftigelse); i dette tilfælde skal ansættelsen af en arbejdsløs ske efter, at arbejdstageren er blevet pensioneret (ATG's § 3, stk. 3).

8 — I henhold til den tyske regerings forklaringer under retsmødet.

9 — Denne aftale skal naturligvis respektere retningslinjerne i SGB VI's § 38, der giver arbejdstagerne mulighed for førtidig pensionering, når de har arbejdet under en aldersbetinget deltidsordning i 24 måneder.

enkelt aftale. I § 9, stk. 2, litra a), bestemmes det imidlertid bl.a., at dette arbejdsforhold under alle omstændigheder ophører ved udløbet af den måned, der går forud for den dato, hvor arbejdstageren har ret til en alderspension. Som den tyske regering og sagsøgeren i tvisten i hovedsagen har gjort gældende, ophører dette arbejdsforhold dermed på samme tidspunkt, som den offentlige finansiering fra Bundesanstalt ophører i henhold til ovennævnte ATG's § 5, stk. 1, nr. 2. Formålet hermed er at undgå, at arbejdsgiveren skal afholde de højere udgifter, som den aldersbetingede deltidsordning for arbejdstagere, der har nået pensionsalderen, medfører.

16. Dette er de komplekse retlige og aftalemæssige rammer, der er gældende i Tyskland, og som jeg har forsøgt at gøre rede for på grundlag af de dokumenter, som parterne har indgivet. Hvis jeg har gjort det korrekt, kan jeg med henblik på at sammenfatte yderligere konkludere, at den aldersbetingede deltidsordning i hovedsagen består i en førtidig pensionering af en arbejdstager, der ønsker at benytte sig af denne ordning fra det fyldte 55. år og senest indtil det tidspunkt, hvor den pågældende opnår ret til pension, idet man må holde sig for øje, at denne ret — der for kvindelige arbejdstageres vedkommende normalt erhverves ved det fyldte 60. år og for mandlige arbejdstageres vedkommende ved det fyldte 65. år — i visse tilfælde for den første gruppes vedkommende kan erhverves senere — i hvert fald indtil det fyldte 65. år — og for den sidste gruppes vedkommende tidligere, nemlig allerede ved det fyldte 60. år. Endvidere er den pågældende ordning ikke et mål i sig selv, men indgår via målet om at bekæmpe arbejdsløsheden i arbejdsgiverens forpligtelse til at ansætte en arbejdsløs. Jeg vil ligeledes gerne understrege, at den pågældende mindst skal have været omfattet af den aldersbetingede deltidsordning i 24 måneder for at kunne erhverve ret til førtidig pensionering, hvilket resulterer i, at en arbejdstager, såfremt denne uanset køn vælger den nævnte ordning kort før det fyldte 60. år eller efter denne dato, automatisk pensioneres efter 24 måneder, da arbejdsforholdet ved den aldersbetingede deltidsordning som ovenfor anført ophører, så snart den pågældende opnår ret til pension [jf. den kollektive overenskomsts § 9, stk. 2, litra a)]. Endelig vil jeg gerne minde om, at det i den kollektive overenskomst bestemmes, at et eventuelt eksisterende arbejdsforhold under alle omstændigheder ophører, når en arbejdstager opnår ret til pension [§ 9, stk. 2, litra a), i medfør af ATG's § 8, stk. 2]. Dette medfører, at en arbejdstager uanset køn ikke kan benytte sig af den aldersbetingede deltidsordning, hvis denne allerede har opnået ret til pension.

## II — Faktiske omstændigheder og præjudicielle spørgsmål

17. Helga Kutz-Bauer, sagsøgeren i hovedsagen, der er født den 21. august 1939, er ansat af Freie und Hansestadt Hamburg, sagsøgte i sagen, som leder af Landeszentrale für politische Bildung. Ud fra et ønske om at øge størrelsen af sin pension ved at indbetale supplerende bidrag efter det fyldte 60. år anmodede Helga Kutz-Bauer i oktober-november 1998 sin arbejdsgiver om at indgå en aftale med hende om aldersbetinget deltidsbeskæftigelse fra den 1. september 1999 (hvor hun fyldte 60 år) til den 31. august 2004 (dvs. en førtidig pensionering) efter »en bloc-modellen«.

Hun skulle således arbejde på fuld tid fra den 1. september 1999 til den 28. februar 2002, og derefter ikke arbejde overhovedet mellem den 1. marts 2002 og den 31. august 2004.

18. Sagsøgte afslog denne anmodning ved skrivelse af 21. december 1998 og tilbød i stedet sagsøgeren almindeligt deltidsarbejde med en løn svarende til den faktiske arbejdstid, men Helga Kutz-Bauer var ikke interesseret i en sådan ordning. Sagsøgte lagde i sit afslag særlig vægt på, at Helga Kutz-Bauer ved det fyldte 60. år ganske vist i princippet havde ret til en aftale om aldersbetinget deltidsarbejde[10], men som følge af den begrænsning, der er fastsat i § 9, stk. 2, litra a), i den kollektive overenskomst ville arbejdsforholdet automatisk ophøre umiddelbart før deltidsordningens start. Da sagsøgeren opfyldte betingelserne i ovennævnte SGB VI's § 39, havde hun nemlig allerede optjent ret til pension ved det fyldte 60. år.

19. Da Helga Kutz-Bauer mente, at der var tale om en uberettiget forskelsbehandling på grundlag af køn, anlagde hun sag ved Arbeitsgericht Hamburg, idet hun gjorde gældende, at hun var afskåret fra at indgå i en aldersbetinget deltidsordning i perioden mellem det 60. år og det 65. år, mens mandlige arbejdstagere på samme alder har denne ret, da de i den samme periode kan vælge den aldersbetingede deltidsordning i stedet for fortsat at arbejde på fuld tid. Ifølge sagsøgeren er dette et resultat af, at størstedelen af kvinderne allerede opnår ret til pension ved 60 år, mens mændene som regel først opnår denne ret ved 65 år.

20. Den forelæggende ret, der giver udtryk for en vis forståelse for sagsøgerens argumenter og præciserer, at de arbejdstagere, der berøres af begrænsningerne i § 9, stk. 2, litra a), i den kollektive overenskomst ved samme alder, næsten udelukkende er kvinder, har derfor forelagt følgende spørgsmål for Domstolen:

»1) Er det i strid med artikel 2 og artikel 5, stk. 1, i 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, at en overenskomstmæssig ordning for offentligt ansatte åbner adgang for såvel mandlige som kvindelige beskæftigede til at overgå til aldersbetinget deltidsbeskæftigelse, når denne deltidsbeskæftigelse kun indrømmes indtil det tidspunkt, hvor der kan gøres krav på fuld pension fra den lovpligtige pensionsforsikring, og når den gruppe af personer, der kan gøre krav på fuld pension fra det fyldte 60. år, næsten udelukkende består af kvinder, mens den gruppe, der først kan gøre krav på fuld pension fra det fyldte 65. år, næsten udelukkende består af mænd?

10 — Den kollektive overenskomsts § 2, stk. 2.

2) Har de nationale retter, når de overenskomstmæssige og ved lov fastsatte ordninger er i strid med direktiv 76/207/EØF henholdsvis direktiv 79/7/EØF, kompetence til at anvende ordningerne til fordel for den forfordelte gruppe, idet de ser bort fra ordningernes EF-stridige begrænsninger, indtil overenskomstparterne og/eller lovgiver har vedtaget en ordning uden forskelsbehandling?«

## III — Retlig analyse

### A — *Det første præjudicielle spørgsmål*

#### 1. Parternes argumenter

21. Både Helga Kutz-Bauer og Kommissionen gør for det første gældende, at denne tvist er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 76/207 og efter Kommissionens opfattelse navnlig af direktivets artikel 5, stk. 1, idet den aldersbetingede deltidsordning påvirker arbejdsvilkårene, som omhandlet i nævnte bestemmelse [11]. På dette grundlag hævder både Helga Kutz-Bauer og Kommissionen, at den omtvistede tyske lovgivning, herunder den kollektive overenskomst, henset til, at denne bestemmelse er diskriminerende, da der i denne lovgivning for så vidt angår muligheden for at overgå til den aldersbetingede deltidsordning sondres på grundlag af pensionsalderen, der imidlertid er forskellig afhængig af arbejdstagerens køn. Ifølge Kommissionen er der navnlig tale om en »indirekte« forskelsbehandling til skade for kvindelige arbejdstagere, dvs. en forskelsbehandling, der »selv om den er affattet neutralt, faktisk forfordeler procentvis betydelig flere kvinder end mænd« [12]. Jeg vil gerne minde om, at en sådan forskelsbehandling, hvis de betingelser for indrømmelse af undtagelser, der er fastsat og anerkendt i direktivet (artikel 2, stk. 2-4), ikke er opfyldt [13], kan være berettiget på grundlag af objektive faktorer, som intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn [14].

22. Helga Kutz-Bauer er derimod af den opfattelse, at der i dette tilfælde er tale om direkte forskelsbehandling, selv om der er tale om en sløret eller skjult forskelsbehandling. Hun mener således, at den kollektive overenskomst, selv om den indeholder neutrale bestemmelser, ligeledes henviser til bestemmelser, der klart lader pensionsalderen afhænge af arbejdstage-

11 — Jf. dom af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723.

12 — Dom af 26.9.2000, sag C-322/98, Kachelmann, Sml. I, s. 7505, præmis 23.

13 — Som Kommissionen i øvrigt ikke mener finder anvendelse i denne sag.

14 — Jf. i denne retning f.eks. dom af 30.11.1993, sag C-189/91, Kirsammer-Hack, Sml. I, s. 6185, præmis 32, domme af 2.10.1997, sag C-1/95, Gerster, Sml. I, s. 5253, præmis 34, der indeholder andre henvisninger, og sag C-100/95, Kording, Sml. I, s. 5289, præmis 25, dom af 6.4.2000, sag C-226/98, Jørgensen, Sml. I, s. 2447, præmis 41, der indeholder andre henvisninger, og Kachelmann-dommen, præmis 23. Jeg vil gerne gøre opmærksom på, at det samme princip finder anvendelse på tilfælde af indirekte forskelsbehandling, der er i strid med artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7, svarende til artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 (jf. f.eks. dom af 11.6.1987, sag 30/85, Teuling, Sml. s. 2497, præmis 13, af 13.12.1989, sag C-102/88, Ruzius-Wilbrink, Sml. s. 4311, præmis 17, af 7.5.1991, sag C-229/89, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2205, præmis 19 og 26, af 24.2.1994, sag C-343/92, Roks m.fl., Sml. I, s. 571, præmis 33, og af 14.12.1995, sag C-444/93, Megner og Scheffel, Sml. I, s. 4741, præmis 24).

rens køn. Det er derfor ikke nødvendigt at foretage en statistisk sammenligning mellem forskellige grupper af arbejdstagere for at konstatere, at denne bestemmelse er diskriminerende. På samme baggrund gør sagsøgeren i hovedsagen gældende, at forskelsbehandlingen end ikke kan legitimeres med den begrundelse dels, at forskellen i pensionsalderen begunstiger kvindelige arbejdstagere, dels at en sådan forskel er lovlig i medfør af artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7, der giver medlemsstaterne ret til at fastsætte forskellige aldersgrænser for ydelse af alders- og arbejdsophørspensioner. Hvad angår eventuelle objektive begrundelser kan de ikke være relevante i dette tilfælde, da der er tale om direkte forskelsbehandling. Under alle omstændigheder udelukker Helga Kutz-Bauer, at der findes objektive faktorer, som ikke er baseret på køn, og som kan berettige den pågældende forskelsbehandling. Denne konstatering gælder navnlig for argumentet baseret på den nævnte forskelsbehandling mellem mandlige og kvindelige arbejdstagere med hensyn til pensionsalderen, da denne forskelsbehandling netop er baseret på køn. Endelig gør sagsøgeren gældende, at den pågældende forskelsbehandling blev indført med den kollektive overenskomst fra 1995. Den er således af en senere dato end artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7, dvs. end bestemmelsen om, at medlemsstaterne har mulighed for at fastsætte forskellige pensionsaldre.

23. Lad os nu vende tilbage til Kommissionens bemærkninger for at gøre opmærksom på, at ovennævnte betragtninger blev fremført af Kommissionen i løbet af den skriftlige forhandling. På dette tidspunkt gik Kommissionen som sagt ud fra den forudsætning, at den aldersbetingede deltidsordning vedrørte arbejdsvilkårene for arbejdstagere, der havde nået en vis alder, og som derfor var omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 76/207. Endvidere kunne denne ordning efter Kommissionens opfattelse ikke betragtes som en social sikrings-»ydelse« henhørende under alderspensionsforsikringsordningen, så det måtte udelukkes, at betingelserne for at anvende direktiv 79/7, hvis anvendelsesområde netop er begrænset til det sociale sikringsområde, var opfyldt.

24. Under retsmødet ændrede Kommissionen imidlertid holdning til dette spørgsmål på baggrund af de supplerende forklaringer, som den tyske regering fremkom med, idet den herefter mente, at den aldersbetingede deltidsordning, selv om den ikke er omfattet af alderspensionsforsikringsordningen, alligevel kan være omfattet af bestemmelserne i direktiv 79/7 og navnlig betegnes som en »anden ydelse« i medfør af direktivets artikel 7, stk. 1, litra a), for så vidt der er tale om en social sikringsydelse knyttet til risikoen for arbejdsløshed [jf. artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7]. Følgelig vil undtagelsen i samme direktivs artikel 7, stk. 1, litra a), efter Kommissionens opfattelse ligeledes kunne gøres gældende i dette tilfælde.

25. Rent konkret nåede Kommissionen imidlertid ligeledes frem til en negativ konklusion i denne forbindelse, da den ikke mente, at de betingelser, som Domstolen havde opstillet i Thomas m.fl.-dommen for

anvendelse af den pågældende undtagelse, var opfyldt i nærværende sag[15]. Jeg skal minde om, at Domstolen i ovennævnte dom udtalte, »at forskelsbehandling i forbindelse med ordninger vedrørende andre ydelser end alders- og arbejdsophørspensioner kun kan berettiges af en forskellig pensionsalder for de to køn, hvis denne forskelsbehandling er objektivt nødvendig med henblik på at undgå, at den økonomiske ligevægt i den sociale sikringsordning forstyrres, eller med henblik på at sikre sammenhængen mellem ordningen vedrørende arbejdsophørspensioner og ordningen vedrørende andre ydelser« (præmis 12). Ifølge Kommissionen har anvendelsen af den aldersbetingede deltidsordning på kvindelige arbejdstagere, der er fyldt 60 år, imidlertid ingen væsentlig indflydelse på ligevægten eller sammenhængen i den sociale sikringsordning i Tyskland, fordi der ikke er nogen nødvendig og uadskillelig forbindelse mellem de forskellige pensionsaldre, der er tilladt i medfør af artikel 7, stk. 1, litra a), og som begunstiger kvinder, og den aldersbetingede pensionsordning, der ikke begunstiger dem. Det er imidlertid korrekt, at det vil kunne have negative konsekvenser for den nævnte ordnings effektivitet, hvis en kvindelig arbejdstager i Helga Kutz-Bauers alder omfattes af ordningen, da en stilling fortsat vil være — om end kun delvist — besat, der ellers kunne besættes med en arbejdsløs, men det ændrer ikke på det faktum, at kvindelige arbejdstagere i Forbundsrepublikken Tyskland, der har optjent ret til pension ved det fyldte 60. år, har mulighed for fortsat at arbejde på fuld tid eller på deltid i stedet for at gå på pension (selv om de i dette tilfælde kun har ret til en løn, der ikke omfatter noget økonomisk incitament hidrørende fra offentlige midler), hvilket både sagsøgte i hovedsagen og den tyske regering bekræftede under retsmødet. Det er derfor vanskeligt at se, hvordan målet om at nedbringe arbejdsløsheden kan bringes alvorligt i fare ved, at disse arbejdstagere omfattes af den aldersbetingede pensionsordning.

26. Sammenfattende mener både Helga Kutz-Bauer og Kommissionen, at det første spørgsmål bør besvares bekræftende.

27. Freie und Hansestadt Hamburg, der er sagsøgt i hovedsagen, gør som svar på disse indlæg gældende, at der ikke er tale om hverken direkte eller indirekte forskelsbehandling af kvinder i denne sag, da det dels ikke er korrekt, at mandlige og kvindelige arbejdstagere behandles forskelligt, dels ikke er korrekt, at forbindelsen mellem ophør af den aldersbetingede deltidsordning og bestemmelserne om erhvervelse af ret til pension stiller de kvindelige arbejdstagere ringere, da disse bestemmelser, der giver kvinder mulighed for at gå på pension allerede fra det fyldte 60. år, har til formål at forbedre deres vilkår inden for rammerne af en lovbestemt ordning, der netop har til formål at beskytte kvinder.

28. Sagsøgte i hovedsagen har særligt fremhævet, at forelæggelseskendelsen ikke indeholder hverken elementer eller statistiske data, der godtgør, at de arbejdstagere, der er omfattet af aldersgrænsen i § 9, stk. 2, litra a, i den kollektive overenskomst,

15 — Dom af 30.3.1993, sag C-328/91, Thomas m.fl., Sml. I, s. 1247; jf. i samme retning dom af 23.5.2000, sag C-196/98, Hepple m.fl., Sml. I, s. 3701.

hovedsageligt er kvindelige arbejdstagere. Sagsøgte har endvidere anført, at den forelæggende ret ved sammenligningen af mandlige og kvindelige arbejdstageres situation udelukkende fokuserer på alder som betingelse for at erhverve ret til pension, uagtet at de kvindelige arbejdstageres mulighed for at modtage pension allerede fra det fyldte 60. år i henhold til Sozialgesetzbuch også afhænger af andre faktorer såsom tilbagelæggelse af en minimumsbidragsperiode. Endvidere lægges det i forelæggelseskendelsen til grund, at de personer, der er berørt af den ovennævnte aldersgrænse i den kollektive overenskomst, næsten udelukkende er kvinder, uden følgelig at tage hensyn til hverken de arbejdstagere, der går på (førtidig) pension i forskellige aldre på grund af alvorlig invaliditet eller uarbejdsdygtighed, eller til de mandlige arbejdstagere, der erhverver ret til pension før det fyldte 65. år i henhold til bestemmelser, der gælder for både mandlige og kvindelige arbejdstagere [16]. Ifølge sagsøgte er påstanden i forelæggelseskendelsen om, at de arbejdstagere, der kan opnå pension ved det fyldte 60. år, næsten udelukkende er kvinder, mens de arbejdstagere, der kan opnå pension ved 65 år, næsten udelukkende er mænd, altså ikke korrekt [17].

29. Hvad angår den mere gunstige behandling af kvinder har sagsøgte anført, at den ligeledes kommer til udtryk på det lovgivningsmæssige plan i artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 (jf. punkt 3 i dette forslag til afgørelse), hvilket forklares med kvindernes dobbeltarbejde, dvs. både på arbejdsmarkedet og i hjemmet, som fører til, at deres erhvervsevne hurtigere fortabes, og de dermed bliver uarbejdsdygtige inden den normale pensionsalder.

30. Såfremt Domstolen alligevel skulle nå frem til den konklusion, at der er tale om forskelsbehandling i dette tilfælde, har sagsøgte i hovedsagen henvist til, at det i henhold til Domstolens retspraksis påhviler medlemsstaterne at afgøre, om og hvordan de ønsker at forfølge et socialpolitisk mål som f.eks. bekæmpelse af arbejdsløshed. Netop fordi medlemsstaterne har vide skønsbeføjelser til at fastlægge deres socialpolitik, er direktiv 79/7 ifølge Domstolen ikke til hinder for, at der kan vedtages nationale bestemmelser, som, skønt de indebærer en indirekte forskelsbehandling, er egnede til og nødvendige for at nå målet med socialpolitikken [18].

31. Herefter foreslår Freie und Hansestadt Hamburg, at det første præjudicielle spørgsmål besvares benægtende, da de

16 — SGB VI's § 36 og 38 og punkt 12 ovenfor.

17 — Stadig for at påvise, at der ikke er tale om forskelsbehandling i dette tilfælde, har sagsøgte fremhævet, at antallet af kvinder, der ikke kan drage fordel af den aldersbetingede deltidsordning fra det fyldte 60. år, er betydeligt lavere, hvis man ser bort fra den særlige situation i delstaten Hamburg, og derimod ser på hele Tyskland. Kvindelige arbejdstagere erhverver således normalt ret til pension, når de fylder 60 år, men der er tale om en pension til nedsat sats. I henhold til erklæringen om fortolkning af § 9 i den kollektive overenskomst bevarer de i dette tilfælde retten til at overgå til den aldersbetingede deltidsordning. Kun delstaten Hamburg udgør en undtagelse fra denne regel på grund af den mere gunstige status, som Hamburgisches Ruhegeldgesetz indrømmer kvinderne. Som allerede anført er der dog tale om en særlig omstændighed, der udviskes på nationalt plan.

18 — Roks m.fl.-dommen og dom af 14.12.1995, sag C-317/93, Nolte, Sml. I, s. 4625.

tyske bestemmelser forekommer berettigede henset til undtagelsen i artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 og henset til målene med den aldersbetingede deltidsordning.

32. Hvad angår den tyske regerings argumentation vil jeg allerførst henlede opmærksomheden på, at den har gjort gældende, at det er direktiv 79/7, der finder anvendelse i denne sag på grund af formålet med og indretningen af den aldersbetingede deltidsordning. Dermed anerkender regeringen, at problemet opstår på grund af de forskellige aldersgrænser, der er fastsat for retten til pension, men den gør opmærksom på, at disse forskelle er lovlige i medfør af artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7, hvilket Domstolen har bekræftet[19]. Den har ligeledes anført, at størstedelen af kvinderne anser denne forskel for at være en fordel, og at grunden til, at den i Helga Kutz-Bauers tilfælde er en ulempe, er, at hun ikke ønsker at benytte sig af sin ret til pension, men i stedet ønsker at indgå i en aldersbetinget deltidsordning. Når der skal foretages en afvejning af de forskellige interesser, må hensynet til flertallet af arbejdstagernes berettigede forventning om at kunne gå på pension før mændene veje tungest.

19 — Jf. dom af 7.7.1992, sag C-9/91, Equal Opportunities Commission, Sml. I, s. 4297. Den tyske regering har præciseret, at den nationale lovgiver for at løse problemet med forskellige pensionsaldre har vedtaget, at forskellene mellem mænd og kvinder gradvist skal mindskes, så man når frem til den samme pensionsalder for alle arbejdstagere. Der er samtidig indført en overgangsordning, hvorefter der foretages en afvejning mellem det endelige mål om ligebehandling og beskyttelsen af flertallet af de berørte kvinders berettigede forventning. I medfør af denne overgangsordning opnår kvinder, der er født før 1941, ret til pension allerede ved det fyldte 60. år.

33. For dog at komme med en begrundelse for forskelsbehandlingen i dette tilfælde har den tyske regering hovedsageligt henvist til de mål med den aldersbetingede deltidsordning, der allerede er beskrevet, og navnlig fremhævet målet om at bekæmpe arbejdsløsheden. Henset til dette mål forekommer det nemlig fuldstændig logisk, at den offentlige finansiering af en del af lønnen til en arbejdstager, der er overgået til den aldersbetingede deltidsordning, ophører, når arbejdstageren kan gøre krav på pension, idet man ikke med midler, der er afsat til bekæmpelse af arbejdsløshed, kan tilskynde en arbejdstager til at blive på arbejdsmarkedet, som allerede har opnået ret til pension, og som til trods herfor fortsat besætter en stilling, der ellers kunne besættes af en arbejdsløs. Ifølge den tyske regering sikrer det nuværende system imidlertid sammenhængen mellem ordningen til beskyttelse mod arbejdsløshed, som den omtvistede ordning (og den finansielle støtte, der ledsager den) henhører under, og den almindelige pensionsordning, der fastsætter den alder, hvor der opnås ret til alderspension. Ved at udelukke arbejdstagere, der allerede har optjent ret til en fuld alderspension, fra at drage fordel af finansiering fra Bundesanstalt undgår man en overlapning mellem forskellige sikringsordninger, der henhører under den samme socialpolitik.

34. Ifølge Forbundsrepublikken Tyskland er alle disse bestemmelser helt i overensstemmelse med Domstolens praksis i relation til artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7 i Thomas m.fl.-dommen, navnlig idet det i denne dom præciseres, at en sådan forskelsbehandling, der er resultatet af, at der er fastsat forskellige pensionsaldre for mænd og kvinder, kun er berettiget,

såfremt denne forskelsbehandling »er objektivt nødvendig med henblik på at undgå, at den økonomiske ligevægt i den sociale sikringsordning forstyrres, eller med henblik på at sikre sammenhængen mellem ordningen vedrørende arbejdsophørspensioner og ordningen vedrørende andre ydelser« [20]. Den tyske regering har desuden henvist til, at Domstolen i Graham m.fl.-dommen [21], hvori den skulle udtale sig om overlapningen mellem pensioner og andre offentlige ydelser, fastslog, at »såfremt en medlemsstat i henhold til artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7 har fastsat pensionsalderen til 60 år for kvinder og 65 år for mænd, kan den ifølge denne bestemmelse også dels beslutte, at den invalidepension, der tilkommer personer, der er blevet uarbejdsdygtige, før de når pensionsalderen, for kvinders vedkommende fra de fylder 60 år og for mænds vedkommende fra de fylder 65 år, skal være begrænset til det beløb, de pågældende faktisk ville have fået udbetalt i arbejdsophørspension, dels bestemme, at et invaliditetstillæg, som udbetales ud over invalidepensionen, skal være forbeholdt personer, som for kvinders vedkommende er under 55 år og for mænds vedkommende under 60 år på det tidspunkt, hvor de bliver uarbejdsdygtige« (præmis 21).

35. Den tyske regering erkender således, at der finder forskelsbehandling sted, men den konkluderer samtidig, at denne forskelsbehandling fuldt ud er berettiget, når der henses til ovennævnte betragtninger af generel karakter, som berører den sociale sikringsordning i Tyskland i sin helhed.

2. Stillingtagen

36. Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en kollektiv overenskomst, der udelukker arbejdstagere, som har erhvervet ret til pension, fra den aldersbetingede deltidsordning, der er indført i den tyske retsorden, er i modstrid med princippet om ligebehandling, sådan som det er defineret i direktiv 76/207, når det næsten udelukkende er kvinder, der opnår denne ret ved det fyldte 60. år, mens det næsten udelukkende er mænd, der først kan gå på pension ved det fyldte 65. år.

37. Som allerede anført drøftede parterne, inden de overhovedet behandlede spørgsmålets realitet, indgående spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 76/207 om adgang til beskæftigelse og arbejdsvilkår er relevant i dette tilfælde, eller om det ikke snarere er direktiv 79/7 om social sikring, der finder anvendelse. Jeg vil imidlertid gerne pointere, at jeg til trods for udvekslingen af argumenter herom både i løbet af den skriftlige forhandling og under retsmødet,

20 — Jf. punkt 25 ovenfor. Den tyske regering har endvidere henvist til dom af 19.10.1995, sag C-137/94, Richardson, Sml. I, s. 3407, præmis 18 og 19, og af 30.1.1997, sag C-139/95, Balestra, Sml. I, s. 549, præmis 33 og 35.

21 — Dom af 11.8.1995, sag C-92/94, Sml. I, s. 2521.

ikke mener, at spørgsmålet er fuldstændig afklaret dels, fordi indholdet af den tyske lovgivning, der er meget kompleks, i alt væsentligt kun er blevet beskrevet mundtligt og dermed nødvendigvis kun i store træk, dels fordi den pågældende ordning, som allerede nævnt ovenfor frembyder nogle meget specifikke karakteristika.

38. Under disse omstændigheder må jeg erkende, at det inden den tyske regering nærmere redegjorde for den aldersbetingede deltidsordning under retsmødet, var argumenterne i Kommissionens skriftlige indlæg, som er gengivet ovenfor (jf. punkt 21 i dette forslag til afgørelse), i hvilket denne sag blev henført under begrebet arbejdsvilkår som omhandlet i artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207, der forekom mig mest overbevisende. Den tyske regerings præciseringer under retsmødet, navnlig vedrørende formålene med den pågældende ordning og de finansielle tilskud fra Bundesanstalt, fik imidlertid mig, og i øvrigt også Kommissionen, til at konkludere, at der er tale om en ydelse, der ligger midt mellem den almindelige alderspensionsordning og arbejdsløshedsordningen afhængigt af, om der lægges vægt på det ene eller det andet mål med den aldersbetingede deltidsordning, og at denne ordning, uanset om der er tale om det ene eller det andet af disse aspekter, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 79/7 [jf. artikel 3, stk. 1, litra a)], som den forelæggende ret ligeledes har anført, og som udtrykkeligt ligger til grund for det andet præjudicielle spørgsmål. Følgelig mener jeg også, at de spørgsmål, der er blevet mig forelagt, skal gennemgås på baggrund af forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 4, stk. 1, i sidstnævnte direktiv (en bestemmelse, der i øvrigt svarer til artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207), der som sagt henfører dette forbud til bl.a. »anvendelsesområdet for [de sociale sikrings]ordninger[...] samt betingelserne for adgang til disse«.

39. Som allerede nævnt flere gange har det centrale spørgsmål i denne tvist netop sin oprindelse i det faktum, at § 9, stk. 2, litra a), i den kollektive overenskomst i overensstemmelse med ATG's bestemmelser udtrykkeligt knytter den alder, hvor det ikke længere er muligt at fortsætte det aldersbetingede deltidsarbejdsforhold eller at indlede et sådant til den dato, hvor arbejdstageren opnår ret til pension. Den forelæggende ret og Helga Kutz-Bauer og i sidste ende også Kommissionen konkluderer med udgangspunkt i den omstændighed, at det især er kvinder, der opnår ret til pension ved det fyldte 60. år, mens mænd normalt først opnår denne ret ved det fyldte 65. år, at henvisningen i den kollektive overenskomst til pensionsalderen er diskriminerende, eftersom den for så vidt angår arbejdstagere i alderen 60-65 år næsten udelukkende straffer kvinderne. Endvidere anfægtes denne forskelsbehandling med den begrundelse, at SGB VI som allerede anført (se punkt 12 i dette forslag til afgørelse) fastsætter tidspunktet for opnå-

else af ret til pension forskelligt alt efter den pågældendes alder og på grundlag af forskellige parametre, hvoraf køn er den ene.

40. Freie und Hansestadt Hamburg gør endvidere gældende, at der i forelæggelseskendelsen ikke findes nogen henvisning til statistiske data eller andre faktiske omstændigheder, der kan støtte Arbeitsgericht Hamburgs udtalelse om, at det især er kvindelige arbejdstagere, der ved det fyldte 60. år udelukkes fra den aldersbetingede deltidsordning i henhold til den kollektive overenskomsts § 9, stk. 2, litra a). Til dette punkt skal jeg dog blot bemærke, at det inden for rammerne af en procedure i henhold til artikel 234 EF ikke påhviler Domstolen, men den forelæggende ret på grundlag af de elementer, den er i besiddelse af, at vurdere, om ovennævnte bestemmelse i den kollektive overenskomst rammer en mærkbart højere procentdel af kvinder end af mænd [22]. Derudover er det relevante spørgsmål i denne sag, om henvisningen til pensionsalderen i den kollektive overenskomst i forbindelse med fastsættelsen af det tidspunkt, hvor det ikke længere er muligt at benytte sig af den pågældende ordning, har forskellige virkninger afhængigt af arbejdstagerens køn, uafhængigt af det (meget) højere eller (meget) lavere antal personer i hver kategori, der er berørt af overenskomstens bestemmelser.

22 — Jf. i denne retning dom af 9.2.1999, sag C-167/97, Seymour-Smith og Perez, Sml. I, s. 623, der netop vedrørte problemet med at afgøre, om der er tale om indirekte forskelsbehandling grundlag af køn; jf. ligeledes Jørgensen-dommen (præmis 33-35).

41. Bortset fra dette sidstnævnte aspekt må jeg konstatere, at parterne stort set er enige om, at arbejdstagerne behandles forskelligt afhængigt af deres køn. Synspunkterne er snarere forskellige med hensyn til andre aspekter af spørgsmålet, som jeg nu vil undersøge.

42. Som allerede anført vedrørte parternes drøftelser først og fremmest spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende forskelsbehandling skal betegnes som direkte eller indirekte. Det forekommer mig imidlertid indlysende, at vi her står over for et tilfælde af indirekte forskelsbehandling, for selv om det, som Kommissionen har anført, er korrekt, at den kollektive overenskomst ved at fastsætte grænserne for, hvornår det er muligt at indgå aftaler om aldersbetinget deltidsordning, udtrykkeligt henviser til de forskellige pensionsaldre i SGB VI, indeholder den dog ikke en direkte sondring på grundlag af køn. Jeg vil gerne tilføje, at denne løsning ligeledes forekommer mig at være i overensstemmelse med Domstolens praksis, hvorefter en formodet forskelsbehandling for nylig blev kvalificeret som indirekte, idet sondringen, selv om forskelsbehandlingen ikke åbenlyst var baseret på arbejdstagernes køn, skete på grundlag af kriterier, der hang nøje og direkte sammen med denne omstændighed [23].

23 — Jeg henviser her navnlig til den nylige Schnorbus-dom, i hvilken Domstolen fastslog, at en national lovgivning, der gjorde tildeling af en fortrinsstilling med henblik på udøvelse af praktisk juridisk virksomhed afhængig af aftjening af militær eller civil værnepligt (som i dette tilfælde kun mænd havde pligt til) udgør en indirekte forskelsbehandling (dom af 7.12.2000, sag C-79/99, Schnorbus, Sml. I, s. 10997, præmis 32).

43. Lægges det således til grund, at der i nærværende sag er tale om en indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, der i princippet er forbudt i henhold til artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7, skal det nu undersøges, om denne forskelsbehandling kan retfærdiggøres med de begrundelser, som nogle af sagens parter har angivet.

44. I denne forbindelse vil jeg først og fremmest henlede opmærksomheden på, at undtagelserne i artikel 2, stk. 2-4, i direktiv 76/207, som nogle af parterne mener finder anvendelse i nærværende sag, har været genstand for drøftelse under sagen. Mens Helga Kutz-Bauer og Kommissionen henviser til undtagelserne i artikel 2, stk. 2-4, men udelukker, at de finder anvendelse i nærværende sag, skønt med forskellig begrundelse, mener Freie und Hansestadt Hamburg imidlertid, at undtagelsen i stk. 3 i den pågældende artikel finder anvendelse i nærværende sag, da forskellene i pensionsalderen imødekommer de krav om beskyttelse af kvinder, der ligger til grund for denne bestemmelse.

45. Da jeg mener, at det er direktiv 79/7 og ikke direktiv 76/207, der finder anvendelse i nærværende sag, behøver jeg ikke tage stilling til, om ovennævnte undtagelser finder anvendelse. Jeg vil dog alligevel gennemgå dem dels, fordi Domstolen muligvis ikke er enig i min vurdering, dels fordi sidstnævnte undtagelse har indlysende fællestræk med undtagelsen i artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7.

46. Det er efter min mening indlysende, at undtagelserne i artikel 2, stk. 2 og 4, i direktiv 76/207 ikke er relevante i nærværende sag: Den første, fordi den vedrører erhvervsaktiviteter, i forbindelse med hvilke køn er en afgørende forudsætning; den anden, fordi den omhandler foranstaltninger, der har til formål at fremme lige muligheder mellem mænd og kvinder. Efter min opfattelse er undtagelsen i artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 (og følgelig den tilsvarende undtagelse i artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7) imidlertid heller ikke relevant i nærværende sag. Det fremgår nemlig klart af Domstolens praksis, at ovennævnte undtagelse ikke, som Freie und Hansestadt Hamburg har gjort gældende, er begrundet i sociale hensyn, der er knyttet til kvinders vilkår, idet de ofte har dobbelt arbejde på arbejdsmarkedet og i hjemmet, men derimod udelukkende har til formål at beskytte kvindernes fysiske tilstand under og efter graviditeten og det særlige forhold mellem mor og barn [24].

24 — Jf. blandt mange andre dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 25 og 26, af 25.10.1988, sag 312/86, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 6315, præmis 13, af 25.7.1991, sag C-345/89, Stoeckel, Sml. I, s. 4047, præmis 13, af 30.4.1998, sag C-136/95, Thibault, Sml. I, s. 2011, præmis 25, samt af 19.11.1998, sag C-66/96, Høj Pedersen m.fl., Sml. I, s. 7327, præmis 54.

47. For så vidt angår undtagelserne i direktiv 79/7 bemærkes, at alle parter, der har deltaget i proceduren, med rette har koncentreret deres opmærksomhed omkring direktivets artikel 7, stk. 1, litra a), der som tidligere nævnt indeholder en undtagelse fra princippet om ligebehandling vedrørende »fastsættelse af pensionsalderen for ydelse af alders- og arbejdsophørspensioner og eventuelle følger heraf for andre ydelser«.

48. I denne forbindelse mener jeg, at man allerførst må forkaste Helga Kutz-Bauers påstand om, at ovennævnte undtagelse ikke finder anvendelse i nærværende sag, fordi den kollektive overenskomst først blev indgået i 1995 og følgelig efter vedtagelsen af den lovgivning, i henhold til hvilken alderen for opnåelse af alderspension netop på grundlag af nævnte undtagelse differentieres på grundlag af køn. Hvis det således antages, at den aldersbetingede deltidsordning er en social ydelse, der henhører under en af de sociale sikringsgrene, der er nævnt i artikel 3 i direktiv 79/7, er det netop artikel 7, stk. 1, litra a), der bestemmer, at forbeholdet vedrørende de forskellige aldersgrupper, der er fastsat for pensionering i princippet ligeledes kan finde anvendelse på de følger, det har for andre ydelser. Endvidere er det forhold, at den kollektive overenskomst blev indgået efter vedtagelsen af bestemmelserne, hvori disse forskellige aldersgrænser fastsættes, og navnlig efter direktivets ikrafttræden, ikke i sig selv relevant. Det fremgår således af Domstolens praksis, »at [...] opretholdelse af en betingelse om pensionsalder, der er forskellig for mænd og kvinder, kan medføre, at der *efter udløbet af fristen for gennemførelsen af direktivet* må træffes foranstaltninger, der er uløseligt forbundet med en sådan undtagelsesordning, og at sådanne foranstaltninger må ændres« [25], selv om de nævnte foranstaltninger ikke henhører under ordningen vedrørende alderspensioner [26]. Domstolen har således fastslået, at »[s]åfremt en medlemsstat, der har fastsat en betingelse om pensionsalder, der er forskellig for mænd og kvinder, ikke efter udløbet af fristen for gennemførelsen måtte vedtage eller ændre bestemmelser, der er forbundet med den pågældende forskellige pensionsalder, ville det være ensbetydende med, at den i direktivets artikel 7, stk. 1, litra a), fastsatte undtagelse mistede sin effektive virkning« [27].

49. Da det således lægges til grund, at den aldersbetingede deltidsordning ud over at være omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 79/7 i princippet også kan udgøre en »anden ydelse« i henhold til artikel 7, stk. 1, litra a), i samme direktiv, vil jeg nu undersøge, om den pågældende ordning rent faktisk kan begrundes ud fra denne bestemmelse. I denne forbindelse skal jeg henlede opmærksomheden på, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at »såfremt en medlemsstat i medfør af direktivets artikel 7, stk. 1, litra a), for så vidt angår ydelse af alders- og arbejdsophørspensioner fastsætter en pensionsalder, der er forskel-

25 — Hepple m.fl.-dommen, præmis 23 (min fremhævelse); jf. i samme retning dom af 23.5.2000, sag C-104/98, Buchner m.fl., Sml. I, s. 3625, præmis 23.

26 — Hepple m.fl.-dommen, præmis 20.

27 — Hepple m.fl.-dommen, præmis 24.

lig for mænd og kvinder, omfatter den undtagelse, der kan gøres i medfør af ordene »eventuelle følger heraf for andre ydelser« i artikel 7, stk. 1, litra a), kun den forskelsbehandling, som forekommer i de andre ordninger vedrørende ydelser, for så vidt forskelsbehandlingen nødvendigvis og objektivt er knyttet til den pågældende forskel i pensionsalder« [28]. I denne forbindelse har Domstolen ligeledes præciseret, at sidstnævnte betingelse kan være til stede, »såfremt denne forskelsbehandling er objektivt nødvendig med henblik på at undgå, at den økonomiske ligevægt i den sociale sikringsordning forstyrres, eller med henblik på at sikre sammenhængen mellem ordningen vedrørende arbejdsophørspensioner og ordningen vedrørende andre ydelser« [29].

50. Sandt at sige er der ingen af sagens parter, der har gjort gældende, at den pågældende ordning kan begrundes med det første af de af Domstolen opstillede mål, nemlig at undgå, at den økonomiske ligevægt i den tyske sociale sikringsordning forstyrres. Freie und Hansestadt Hamburg og den tyske regering har derimod, som jeg allerede har gjort detaljeret rede for ovenfor, lagt vægt på det andet mål ved at understrege, at den pågældende ordning netop har til formål at sikre sammenhængen mellem pensionsordningen og arbejdsløshedsordningen. Ved navnlig at lægge vægt på målene med den pågældende ordning og den offentlige finansiering af en del af lønnen til arbejdstagere, der er omfattet af denne ordning, har de gjort gældende, at det var objektivt nødvendigt at udelukke kvindelige arbejdstagere over 60 år, der allerede har optjent ret til pension, fra den aldersbetingede deltidsordning, for at undgå negative konsekvenser for arbejdsløshedsforsikringsordningen, der ligeledes optræder blandt de ordninger, der er omfattet af direktiv 79/7 [jf. artikel 3, stk. 1, litra a)], og at bringe sammenhængen mellem denne ordning og pensionsordningen i fare.

51. Kommissionen bestrider imidlertid, at der findes en sådan sammenhæng mellem de to ovennævnte ordninger. Som allerede anført påpegede Kommissionen under retsmødet, at kvindelige arbejdstagere, der fylder 60 år og dermed opnår pensionsalderen [30] i henhold til den gældende tyske lovgivning, under alle omstændigheder kan vælge at fortsætte med at arbejde på fuld tid eller at gå på deltid i stedet for at gå på pension (men i dette tilfælde til en løn, der som normalt svarer til antallet af arbejdstimer). Hvis dette er tilfældet, er det vanskeligt at se, hvordan det kan bringe sammenhængen mellem de to ordninger i fare og navnlig påvirke bekæmpelsen af arbejdsløsheden, at kvindelige arbejdstagere fortsætter med at arbejde efter det fyldte 60. år og *samtidig* er omfattet af den aldersbetingede deltidsordning, da disse arbejdstagere under alle omstændigheder

28 — Hepple m.fl.-dommen, præmis 25, der indeholder andre henvisninger.

29 — Hepple m.fl.-dommen, præmis 26, der indeholder andre henvisninger, navnlig til Thomas m.fl.-dommen, der er nævnt flere gange.

30 — Naturligvis hvis de opfylder de betingelser, der er opstillet i SGB VI's § 39.

har mulighed for at fortsætte med at arbejde og dermed at besætte en stilling.

52. Jeg må dog sige, at tingene ikke er helt så enkle. Jeg tror nemlig ikke, at to forhold, der i realiteten er meget forskellige, kan sidestilles, nemlig på den ene side arbejde på fuld tid eller deltid, dvs. normalt arbejde, og på den anden side den aldersbetingede deltidsordning, der som tidligere anført har nogle vigtige og betydningsfulde karakteristika, i det mindste hvad angår de mål, den forfølger, dens funktion og dens finansiering. Det er tilstrækkeligt at tænke på, at i de to tilfælde, som jeg netop har nævnt, er hverken lønnen (som er højere under den aldersbetingede deltidsordning) eller byrden for Bundesanstalt (der skal godtgøre arbejdsgiveren størstedelen af lønnen) ens. Hvis en kvindelig arbejdstager, der allerede har optjent ret til pension ved det fyldte 60. år, således gives mulighed for at vælge den aldersbetingede deltidsordning, betyder det, at denne tilskyndes til at fortsætte med at arbejde på grund af de mere favorable arbejdsvilkår, som denne ordning sikrer. Som sagsøgte og den tyske regering har understreget, ville dette medføre dels, at den sociale sikringsordning skulle afholde ekstra udgifter ved at overføre ressourcer fra de andre områder, dels at en stilling, som i henhold til den pågældende ordning skulle gives til en arbejdssøgende, fortsat ville være besat. Man når således frem til det modsatte resultat af det, den tyske lovgiver har tænkt sig, idet den netop i lyset af kampen mod arbejdsløsheden har ønsket at fremskynde pensioneringen af arbejdstagere, der endnu ikke har optjent ret til pension.

53. Det er netop denne sidste bemærkning, der efter min mening giver nøglen til en forståelse af spørgsmålet, idet det derved placeres i sin rette sammenhæng, der er blevet uklar dels på grund af en vis forvirring i debatten, dels fordi de relevante tyske regler objektivt set er komplekse, hvilket netop er grunden til, at jeg har gjort udførligt rede for dem ovenfor. Det fremhæves således, at selv om der i debatten udelukkende er blevet lagt vægt på arbejdstagerens alder og dermed på sondringen mellem mænd og kvinder som følge af forskellen i pensionsalderen, hænger den aldersbetingede deltidsordning i realiteten sammen med det tidspunkt, hvor arbejdstageren opnår ret til pension, og den er således tilrettelagt og udformet på en meget detaljeret måde, der i overensstemmelse med de mange forskellige muligheder, som den tyske lovgivning rummer i denne henseende (jf. punkt 12 i dette forslag til afgørelse). Disse muligheder kan ganske vist berøre de forskellige pensionsaldre, der er fastsat for mænd og kvinder, men vedrører ligeledes afhængigt af det enkelte tilfælde andre aspekter, der er fælles for begge køn, såsom arbejdstagerens psykiske og fysiske tilstand (svær invaliditet og uarbejdsdygtighed), arbejdets art (reglerne for minearbejdere), forsikringsperiodens længde, betaling af obligatoriske bidrag i et vist antal år og arbejdsløshed.

54. Som Freie und Hansestadt Hamburg ligeledes har understreget, viser alle disse betragtninger, at logikken bag den pågældende ordning er perfekt tilpasset det legitime socialpolitiske mål, som denne ordning forfølger, og som består i så vidt muligt at fremskynde pensioneringen af arbejdstagere, der endnu ikke har optjent ret til pension, for at kunne ansætte arbejdsløse i de således frigjorte stillinger. Efter denne logik kan referencepunktet kun være det tidspunkt, hvor den pågældende opnår ret til pension med alle de konsekvenser, det indebærer, selv i form af en eventuel forskelsbehandling, efter at et sådant valg er truffet. Forskelsbehandling på grundlag af køn, men som sagt også på grundlag af de øvrige forhold, jeg netop har nævnt. Er dette tilfældet, kan en sådan forskelsbehandling ikke betragtes som vilkårlig, men må derimod på baggrund af det ovenfor anførte og i overensstemmelse med Domstolens praksis i Hepple m.fl.-dommen betragtes som »objektivt nødvendig med henblik på at undgå, at den økonomiske ligevægt i den sociale sikringsordning forstyrres, eller med henblik på at sikre sammenhængen mellem ordningen vedrørende arbejdsophørspensioner og ordningen vedrørende andre ydelser«.

55. Det kan herefter konkluderes, at en forskelsbehandling som den, der er genstand for tvisten i hovedsagen, nødvendigvis og objektivt er knyttet til forskellene i pensionsalder for kvinder og mænd, og den kan dermed begrundes med undtagelsen i artikel 7, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7 og mere generelt med målene med den aldersbetingede deltidsordning og de objektive krav, der ligger til grund for denne.

56. Det første spørgsmål bør herefter besvares med, at artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 er ikke til hinder for en bestemmelse i en kollektiv overenskomst for offentligt ansatte, som kun giver såvel mandlige som kvindelige arbejdstagere ret til at deltage i en aldersbetinget deltidsordning frem til det tidspunkt, hvor der kan gøres krav på fuld alderspension fra den lovpligtige pensionsforsikring, selv om den gruppe af personer, der allerede kan gøre krav på fuld pension fra det fyldte 60. år, næsten udelukkende består af kvinder, mens den gruppe, der først kan gøre krav på en sådan pension fra det fyldte 65. år, næsten udelukkende består af mænd.

B — *Det andet præjudicielle spørgsmål*

57. På grund af det svar, jeg er nået frem til på det første spørgsmål, er det ikke nødvendigt at behandle det andet spørgsmål, da den forelæggende ret, selv om den har formuleret spørgsmålet rent abstrakt, tydeligvis kun har stillet det for det tilfælde, at

Domstolen skulle besvare det første spørgsmål bekræftende. Jeg vil dog ligeledes behandle dette spørgsmål for det tilfælde, at Domstolen ikke er enig i mit forslag til besvarelse af det første spørgsmål.

58. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om de nationale domstole har kompetence til at se bort fra diskriminerende bestemmelser i love eller kollektive overenskomster, der er i strid med direktiv 76/207 og direktiv 79/7, så længe der ikke er vedtaget bestemmelser, der respekterer princippet om ligebehandling.

1. Parternes argumenter

59. Kommissionen, der oprindeligt var af den opfattelse (jf. punkt 21 i dette forslag til afgørelse), at direktiv 76/207 finder anvendelse i nærværende sag, og som ikke kom ind på dette emne under retsmødet, selv om den i mellemtiden har lagt til grund, at direktiv 79/7 finder anvendelse i sagen, gjorde i løbet af den skriftlige forhandling gældende, at svaret på det andet spørgsmål normalt burde fremgå af de nationale gennemførelsesbestemmelser (navnlig bestemmelserne til gennemførelse af artikel 5, stk. 2, i direktiv 76/207), hvorved Forbundsrepublikken Tyskland efter Kommissionens opfattelse har gennemført de to direktiver, der er relevante i nærværende sag, i national lovgivning. Jeg gør endvidere opmærksom på, at hverken den forelæggende ret, den tyske regering eller Kommissionen har oplyst, hvilke — om nogen — foranstaltninger Forbundsrepublikken Tyskland har truffet for at gennemføre artikel 5, stk. 2, i direktiv 76/207 i national ret.

60. Med udgangspunkt i den antagelse, at den aldersbetingede deltidsordning i hovedsagen kun var reguleret af den kollektive overenskomst[31], præciserede Kommissionen, at hvis den tyske lovgiver havde valgt den første af de tre løsninger i ovennævnte bestemmelses litra b), der går ud på (for så vidt angår nærværende sag), at bestemmelser i kollektive overenskomster, som er i modstrid med princippet om ligebehandling, automatisk erklæres for ugyldige, ville det problem, der rejses i det andet spørgsmål, end ikke være opstået. Hvis den nationale lovgiver derimod havde valgt en af de to øvrige løsninger, dvs. muligheden for at erklære de bestemmelser i ovennævnte kollektive overenskomster, der indebar forskelsbehandling, for ugyldige eller ændre dem, ville dette valg kunne have fået negative følger for den fulde og direkte virkning af de relevante fællesskabsbestemmelser på grund af de problemer, som den pågældende ville kunne få med at få de pågældende bestemmelser erklæret

31 — På grundlag af de begrænsede oplysninger i forelæggelseskendelsen, hvori ATG end ikke nævnes.

ugyldige eller ændret. I nærværende sag burde disse problemer dog ikke være særlig alvorlige, da Helga Kutz-Bauer er en offentligt ansat. I dette tilfælde burde den nationale lovgiver i overensstemmelse med princippet om at sikre direktivers effektive virkning have givet ugyldighedserklæringen eller ændringen af de bestemmelser, der indebærer forskelsbehandling, tilbagevirkende kraft, i de mindste i de tilfælde, hvor sagen allerede var indbragt for de retslige instanser. Kommissionen har endvidere gjort gældende, at ethvert forsøg på at gøre sine rettigheder i henhold til direktiv 76/207 gældende for de retslige instanser, ville blive virkningsløst, hvis ugyldighedserklæringen eller ændringen af en bestemmelse ikke kunne få virkning ex tunc (jf. artikel 6 i direktiv 76/207). Kommissionen har endvidere anført, at lovgiveren, såfremt det af praktiske årsager ikke er muligt at give ugyldighedserklæringen eller ændringen af de bestemmelser, der indebærer forskelsbehandling, tilbagevirkende kraft, bør åbne mulighed for en godtgørelse f.eks. i form af indbetaling af ekstra bidrag til alderspensionsforsikringen, således at den pågældende persons krav i nærværende sag kan imødekommes.

61. Hvis den tyske lovgiver derimod ikke havde gennemført direktiv 76/207 fuldt ud, skulle de nationale bestemmelser, der er i strid med princippet om ligebehandling, ifølge Kommissionen have været tilsidesat i overensstemmelse med Domstolens praksis i Marshall-sagen, hvorved Domstolen anerkendte, at det her omhandlede direktiv har direkte virkning i de tilfælde, hvor en arbejdstager gør sine rettigheder gældende over for staten i dennes egenskab af arbejdsgiver. Det er uden betydning, at de bestemmelser, der indebærer forskelsbehandling, ikke udelukkende er vedtaget af medlemsstaten, men ligeledes delvis efter aftale med fagforeningerne (den kollektive overenskomst), da det påhviler sidstnævnte at beskytte arbejdstagernes rettigheder. Kommissionen gør således gældende, at de pågældende fagforeninger, såfremt de forsvarede bestemmelser i de kollektive overenskomster, der var i strid med grundlæggende arbejdsretlige bestemmelser, ikke handlede i overensstemmelse med deres opgave.

62. Den tyske regering har ikke udtalt sig om det andet præjudicielle spørgsmål, mens Freie und Hansestadt Hamburg blot har fremsat en generel henvisning til Domstolens praksis. Hvad særligt angår spørgsmålet om kollektive overenskomster, der er uforenelige med fællesskabsretten, har den henvist til Nimz-dommen [32], hvori Domstolen udvidede retspraksis fra Simmenthal-dommen til også at omfatte dette tilfælde [33]. I Simmenthal-dommen fastslog Domstolen, at den nationale ret, der inden for rammerne af sin kompetence har til opgave at anvende fællesskabsrettens bestemmelser, har pligt til at sikre disse reglers fulde virkning, idet retten i påkommende tilfælde af egen drift skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i den nationale lovgivning.

32 — Dom af 7.2.1991, sag C-184/89, Sml. I, s. 297.
33 — Dom af 9.3.1978, sag 106/77, Sml. s. 629.

2. Stillingtagen

63. Ved besvarelsen af dette spørgsmål går jeg af de årsager, som jeg tidligere har gjort detaljeret rede for, ud fra, at direktiv 79/7 finder anvendelse i denne sag. Ligesom direktiv 76/207 pålægger ovennævnte direktiv medlemsstaterne at ophæve de administrative eller ved lov fastsatte bestemmelser, der er i modstrid med princippet om ligebehandling [jf. henholdsvis artikel 5 og artikel 5, stk. 2, litra a)], og at indføre de nødvendige bestemmelser for, at enhver person, der mener sig udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn, kan gøre sine rettigheder gældende for retslige instanser (jf. artikel 6 i begge direktiver). På grund af målet med direktiv 79/7 omfatter det ikke en bestemmelse svarende til artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 76/207, der udvider ovennævnte forpligtelse til også at gælde bestemmelser i andre retsakter og navnlig i kollektive overenskomster, hvilket er relevant i nærværende sag. Jeg mener imidlertid, at denne artikel under alle omstændigheder indeholder elementer, der er nyttige, når man skal afgøre, hvilke midler der er egnede til effektivt at sikre, at princippet om ligebehandling overholdes også for så vidt angår direktiv 79/7.

64. Som jeg netop har understreget, skyldes fraværet i ovennævnte direktiv af bestemmelser som artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 76/207 tydeligvis, at direktiv 79/7 på grund af sit formål i princippet hovedsagelig vedrører lovbestemte ordninger. Men når ordningens indhold defineres, suppleres eller gennemføres på grundlag af en kollektiv overenskomst, som det er tilfældet i nærværende sag, gør de begrundelser, der ligger til grund for ovennævnte artikel, sig fuldt ud gældende, og derfor må man også i dette tilfælde holde sig for øje, at løsningerne i så henseende muligvis kan anvendes som midler, der, som det netop er hensigten med direktiv 79/7, er egnede til at sikre en fuldstændig overholdelse af principperne i de nævnte direktiver. Domstolen har i øvrigt generelt udtalt, at »den nationale ret, der inden for sin kompetence har til opgave at anvende fællesskabsrettens bestemmelser, har pligt til at sikre disse reglers fulde virkning, idet retten i påkommende tilfælde af egen drift skal undlade at anvende en modstridende bestemmelse i den nationale lovgivning, uden at den behøver at anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af bestemmelsen ad lovgivningsvejen eller ved ethvert andet forfatningsmæssigt middel« [34], og det gælder ligeledes, »når den bestemmelse, der strider mod fællesskabsretten, fremgår af en kollektiv overenskomst« [35]. Domstolen har endvidere fastslået, at forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 ligeledes finder anvendelse på kollektive overenskomster [36], idet »det forhold, at den [den pågældende medlems-

34 — Nimz-dommen, præmis 19, hvori der som allerede anført henvises til Simmenthal-dommen.

35 — Nimz-dommen, præmis 20.

36 — Dom af 28.10.1999, sag C-187/98, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 7713, præmis 44.

stats] regering ikke deltager i forhandlingerne om de kollektive overenskomster, [ikke] [kan] fritage den for forpligtelsen til at vedtage de *supplerende* bestemmelser, der er nødvendige for at sikre, at fællesskabsbestemmelserne overholdes« [37].

65. Når dette således er klarlagt, står det tilbage at undersøge rent konkret, hvilke beføjelser de nationale retter har, når de skal sikre princippet om ligebehandling i en sag som denne. Jeg skal endnu en gang henlede opmærksomheden på, at det, da der ikke er fremlagt nogen oplysninger om de foranstaltninger, som Forbundsrepublikken Tyskland har vedtaget for at gennemføre artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 76/207 i national ret, er nødvendigt at undersøge alle forskellige muligheder i denne henseende, idet det ikke må glemmes, at uanset, hvilken konkret løsning den tyske lovgiver har valgt, så skal den sikre en fuldstændig overholdelse af de principper, der er fastlagt i direktiverne.

66. Antages det således først, at den tyske lovgiver har valgt løsninger svarende til dem, der er fastsat i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 76/207, navnlig for at åbne mulighed for at ophæve eller ændre bestemmelser i kollektive overenskomster, der indebærer forskelsbehandling, står det, som Kommissionen har anført, klart, at den pågældende arbejdstager ikke må stilles ringere på grund af den tid, der i givet fald ville være nødvendig for, at denne kan gøre sine rettigheder gældende ved domstolene. Dette betyder, at ophævelsen eller ændringen skal kunne tillægges tilbagevirkende kraft. Det er i denne forbindelse vigtigt at henvise til Domstolens dom i sagen Kommissionen mod Grækenland, af hvilken det netop for så vidt angår direktiv 79/7 fremgår, at medlemsstaternes forpligtelse til »ved egnede administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser at sikre, at alle Fællesskabets arbejdstagere *i fuld udstrækning* kan nyde godt af direktivets beskyttelse« (præmis 47, min fremhævelse), indebærer bestemmelser om ophævelse med tilbagevirkende kraft af betingelser, der indebærer forskelsbehandling på grundlag af køn (jf. præmis 48).

67. Har Forbundsrepublikken Tyskland derimod ikke gennemført de pågældende direktiver korrekt i den nationale lovgivning, skal den alligevel sikre beskyttelse af de rettigheder, der følger af dette direktiv. Som bekendt fremgår det af Domstolens faste praksis, at »private [...] i alle de tilfælde, hvor bestemmelser i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår

37 — Dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 50 (min fremhævelse).

som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, [kan] påberåbe sig dem over for staten, enten når denne ikke rettidigt har gennemført direktivet i national ret, eller når den ikke har gennemført det korrekt« [38] med den begrundelse, at »en medlemsstat, som ikke inden for den fastsatte frist har truffet de i direktivet krævede gennemførelsesforanstaltninger, ikke over for private kan gøre gældende, at de ikke har opfyldt de forpligtelser, som direktivet pålægger« [39]. Med hensyn til denne sag skal jeg henlede opmærksomheden på, at det fremgår af den nu faste praksis, at artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 finder direkte anvendelse, fordi bestemmelsen »er tilstrækkelig præcis og ubetinget til, at den kan påberåbes af borgerne ved de nationale domstole for at afværge anvendelsen af internretlige bestemmelser, der ikke er i overensstemmelse med den pågældende artikel« [40].

68. Det er korrekt, at bestemmelserne i et direktiv, der har direkte virkning, udelukkende kan gøres gældende over for en medlemsstat [41], men som bekendt har Domstolen endvidere fastslået, at »såfremt de retsundergivne i forhold til staten kan støtte ret på et direktiv, består denne mulighed, uanset i hvilken egenskab staten har handlet, dvs. som *arbejdsgiver* eller som offentlig myndighed. Det er i begge tilfælde væsentligt at hindre, at medlemsstaten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme fællesskabsretten« [42]. Da arbejdsgiveren i nærværende sag imidlertid er Freie und Hansestadt Hamburg, dvs. en lokal myndighed og dermed i sidste ende staten, kan Helga Kutz-Bauer påberåbe sig forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7, og således endog med tilbagevirkende kraft [43] få medhold i sit krav.

69. Det er således min opfattelse, at det andet præjudicielle spørgsmål bør besvares bekræftende.

38 — Marshall-dommen, præmis 46, der indeholder andre henvisninger.

39 — Marshall-dommen, præmis 47.

40 — Balestra-dommen (præmis 32, der indeholder andre henvisninger); jf. ligeledes Ruzius-Wilbrink-dommen (præmis 19, der indeholder andre henvisninger); dom af 1.7.1993, sag C-154/92, Van Cant, Sml. I, s. 3811, præmis 14, der indeholder andre henvisninger, af 27.10.1993, sag C-337/91, Van Gemert-Derks, Sml. I, s. 5435, præmis 31 ff., der indeholder andre henvisninger. Jf. i samme retning med hensyn til artikel 5, stk. 1, i direktiv 76/207 Marshall-dommen (præmis 52) og dom af 12.7.1990, sag C-188/89, Foster m.fl., Sml. I, s. 3313, præmis 21.

41 — Marshall-dommen, præmis 48, og dom af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 19-25.

42 — Marshall-dommen, præmis 49 (min fremhævelse).

43 — På grundlag af den lære, der kan drages af dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland (jf. navnlig præmis 55).

## IV — Forslag til afgørelse

70. På grundlag af ovenstående betragtninger foreslår jeg derfor, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

»Artikel 4, stk. 1, i 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 er ikke til hinder for en bestemmelse i en kollektiv overenskomst for offentligt ansatte, som kun giver såvel mandlige som kvindelige arbejdstagere ret til at deltage i en aldersbetinget deltidsordning frem til det tidspunkt, hvor der kan gøres krav på fuld alderspension fra den lovpligtige pensionsforsikring, selv om den gruppe af personer, der kan gøre krav på fuld pension fra det fyldte 60. år, næsten udelukkende består af kvinder, mens den gruppe, der først kan gøre krav på en sådan pension fra det fyldte 65. år, næsten udelukkende består af mænd.«

71. Subsidiært, dvs. såfremt Domstolen finder, at den tyske aldersbetingede deltidsordning er uforenelig med princippet om ligebehandling mellem mænd og kvinder, foreslår jeg, at det andet præjudicielle spørgsmål besvares således:

»Hvis lovbestemmelser og bestemmelser i kollektive overenskomster er uforenelige med 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 og direktiv 79/7, har de nationale retter kompetence til at anvende de pågældende bestemmelser til fordel for den forfordelte gruppe, idet de ser bort fra de begrænsninger, der er i strid med fællesskabsretten, indtil overenskomstparterne eller lovgiver har vedtaget bestemmelser, der ikke medfører forskelsbehandling.«