# FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

föredraget den 5 februari 2002 [1]

1. Genom beslut av den 3 maj 2000, som inkom till domstolens kansli den 19 maj 2000, har Arbeitsgericht Hamburg (Förbundsrepubliken Tyskland), i samband med en tvist mellan en kvinnlig arbetstagare som uppnått pensionsåldern (60 år) och hennes arbetsgivare inom den offentliga sektorn, i enlighet med artikel 234 EG ställt två frågor om tolkningen av direktiv 76/207/EEG [2] respektive direktiv 79/7/EEG. [3] Den ovannämnda arbetstagaren har i synnerhet klagat över att hon av åldersskäl inte fått tillträde till det tyska systemet för förtidspensionering, medan manliga arbetstagare i samma ålder däremot har rätt till detta system.

## I — Tillämpliga bestämmelser

### A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

2. I artikel 1 i direktiv 76/207 förskrivs följande:

"1. Syftet med detta direktiv är att i medlemsstaterna realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning, arbetsvillkor och, enligt de villkor som nämns i punkt 2, social trygghet. Denna princip kallas härefter likabehandlingsprincipen.

2. För att säkerställa att likabehandlingsprincipen i sociala trygghetsfrågor kommer att successivt genomföras skall rådet på förslag från kommissionen anta bestämmelser som klart anger dess väsentliga innehåll, dess räckvidd och åtgärderna för dess tillämpning."

1 — Originalspråk: italienska.

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

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

3. I artikel 2 i direktiv 76/207 föreskrivs följande:

"1. I följande bestämmelser skall likabehandlingsprincipen innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus.

2. Detta direktiv skall inte hindra medlemsstaterna att utesluta från dess tillämpningsområde den yrkesverksamhet och i förekommande fall den utbildning som leder till denna, för vilken arbetstagarnas kön är avgörande på grund av verksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs.

3. Detta direktiv skall inte påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap.

4. Detta direktiv skall inte hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter på de områden som nämns i artikel 1.1."

4. Artikel 5 i direktiv 76/207 föreskriver följande:

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

2. För detta ändamål skall medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att

a) alla lagar och andra författningar som strider mot likabehandlingsprincipen avskaffas,

b) alla bestämmelser som strider mot likabehandlingsprincipen och som ingår i kollektivavtal, individuella anställningsavtal, interna bestämmelser i företag eller i bestämmelser som reglerar all självständig yrkesverksamhet skall eller får förklaras ogiltiga eller får ändras,

c) de lagar och andra författningar som strider mot likabehandlingsprincipen omarbetas, när det behov av skydd som ursprungligen gav upphov till dem inte längre är välgrundat, och när liknande bestämmelser ingår i kollektivavtal, arbetstagare och arbetsgivare anmodas att utföra den önskade omarbetningen."

5. I artikel 6 i direktiv 76/207 föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna skall i sina respektive länders rättsordning vidta nödvändiga åtgärder för att göra det möjligt för alla som anser sig förfördelade på grund av att likabehandlingsprincipen inte tillämpats enligt vad som sägs i artiklarna 3, 4 och 5 att göra sina rättigheter gällande vid domstol efter att eventuellt ha hänvänt sig till andra behöriga myndigheter."

6. Direktiv 79/7 antogs med stöd av artikel 1.2 i direktiv 76/207[4] i syfte att successivt genomföra likabehandlingsprincipen på området för social trygghet.

4 — Se första skälet i direktiv 79/7.

7. I artikel 3.1 i direktiv 79/7 föreskrivs följande:

"Detta direktiv skall gälla

a) lagstadgade system som lämnar skydd vid

— sjukdom,

— invaliditet,

— ålderdom,

— olycksfall i arbetet samt yrkessjukdomar,

— arbetslöshet,

b) socialhjälp, om denna är avsedd att komplettera eller ersätta de system som nämns i a."

2. Likabehandlingsprincipen skall inte påverka de bestämmelser som gäller skydd för kvinnor på grund av moderskap."

8. I artikel 4 i direktiv 79/7 föreskrivs följande:

9. I artikel 5 i direktiv 79/7 föreskrivs följande:

"1. Likabehandlingsprincipen innebär att det inte skall förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus, i synnerhet vad beträffar

"Medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som behövs för att alla lagar och författningar som strider mot likabehandlingsprincipen kan upphävas."

— systemens räckvidd och villkoren för tillgång till dem,

10. I artikel 6 i direktiv 79/7 föreskrivs följande:

— skyldigheten att betala avgifter och beräkningen av avgifterna,

— beräkningen av förmåner, bland annat tillägg avseende make/maka och familjemedlemmar samt de villkor som bestämmer varaktigheten och bibehållandet av rätten till bidrag.

"Medlemsstaterna skall i sin nationella lagstiftning vidta de åtgärder som behövs för att göra det möjligt för alla som anser sig förfördelade på grund av att likabehandlingsprincipen inte tillämpats att göra sina rättigheter gällande vid domstol, eventuellt efter att ha hänvänt sig till andra behöriga myndigheter."

11. I artikel 7.1 a i direktiv 79/7 föreskrivs följande:

"Detta direktiv skall inte hindra för medlemsstaterna att utesluta från dess tillämpningsområde

a) avgörandet av pensionsålder för att bevilja ålders- och avgångspension och de eventuella konsekvenserna härav för andra förmåner."

B — *De nationella bestämmelserna*

12. Villkoren för att förvärva rätt till ålderspension är fastställda i Sozialgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland, 6. Buch (Förbundsrepubliken Tysklands sociallag, sjätte boken, nedan kallad SGB VI). Olika fall av pensionsålder har i förhållande till en rad variabler [5] fastställts i denna, samtliga dock i åldern mellan 60 och 65 år (35—40 §§). Såsom den tid som den pensionsberättigade har förvärvsarbetat, betalning av obligatoriska socialförsäkringsavgifter under ett visst antal år, vissa psykofysiska villkor (kön, svår invaliditet eller förvärvsoförmåga), ställning som arbetslös, utövande av särskild förvärvsverksamhet (i fallet med gruvarbetare). Det stadgas bland annat att arbetstagare av båda könen förvärvar denna rätt allra senast vid 65 års ålder (35 § SGB VI), vid 63 års ålder om det är fråga om arbetstagare som har förvärvsarbetat under minst 35 år (36 § SGB VI), och redan vid 60 års ålder om de under 24 månader har omfattats av systemet för förtidspensionering, som jag skall behandla utförligt i det följande (38 § SGB VI). Rätten till pension kan, alltjämt vid 60 års ålder men endast för kvinnliga arbetstagare, förvärvas även under andra villkor, som för övrigt är särskilt fördelaktiga för de berörda (till exempel vid en minsta period av förvärvsarbete av enbart 15 år; 39 § SGB VI). [6] För förtidspensionering krävs det naturligtvis en ansökan från den berörde, som således kan besluta att fortsätta att arbeta. Det har i detta avseende under förfarandet framgått att de kvinnliga arbetstagare i Förbundsrepubliken Tyskland som har uppnått 60 års ålder och som uppfyller villkoren enligt 39 § SGB VI, sedan de väl uppnått pensionsåldern, och som alternativ till ålderspensionen, kan fortsätta att arbeta på heltid eller på deltid, men i det sistnämnda fallet uppenbart med en ersättning i förhållande till den faktiska arbetstiden.

13. Som jag just har sagt kan rätten till pension förvärvas tidigare om arbetstagaren av åldersskäl har omfattats av systemet för deltidsarbete (så kallad förtidspensionering; 38 § SGB VI). Detta system regleras av Altersteilzeitarbeitgesetz (lagen om deltidsarbete av åldersskäl, nedan kallad AtG) av den 23 juli 1996, med målsättningen att

5 — Som den tid som den pensionsberättigade har förvärvsarbetat, betalning av obligatoriska socialförsäkringsavgifter under ett visst antal år, vissa psykofysiska villkor (kön, svår invaliditet eller förvärvsoförmåga), ställning som arbetslös, utövande av särskild förvärvsverksamhet (i fallet med gruvarbetare).

6 — Samma pensionsålder föreskrivs för svårt invalidiserade personer och för dem som har drabbats av förvärvsoförmåga, samt för arbetslösa och för gruvarbetare, på grund av att detta arbete är av särskilt utslitande karaktär (37, 38 och 40 §§ SGB VI).

för arbetstagare i en viss ålder underlätta den successiva övergången från ett aktivt liv till pensionen samt bidra till att minska arbetslöshetstalet (1 § AtG), eftersom arbetsgivaren samtidigt är skyldig att vid sidan om arbetstagaren i systemet för förtidspensionering anställa en arbetslös (3.1 § punkt 2 AtG).[7] Två villkor måste uppfyllas för tillträde till detta system, nämligen att den manliga eller kvinnliga arbetstagaren har uppnått 55 års ålder och att det finns ett avtal om förtidspensionering (individuellt avtal, kollektivavtal eller avtal inom företaget) mellan arbetsgivaren och arbetstagaren (2.1 § AtG). Ansökan om förtidspension uppmuntras dels genom bestämmelsen om en högre ersättning, motsvarande 70 procent av nettolönen vid heltid, även om förvärvsverksamheten utförs med en till hälften minskad arbetstid (se 3.1 § punkt 1 AtG), dels med ett ekonomiskt ingripande av Bundesanstalt für Arbeit (Statens arbetsinstitut, nedan kallat BafA) avsett att ersätta arbetsgivaren (med offentliga medel avsedda för kampen mot arbetslösheten) med 20 procent av nettogrundlönen och de därmed förenade socialförsäkringsavgifterna (4 § AtG).[8] BafA:s ingripande har dock vissa begränsningar. Det kan bland annat inte pågå mer än 5 år (4.1 § AtG) och upphör när arbetstagaren förvärvar rätt till pension och i vart fall allra senast när han uppnår 65 års ålder (5.1 § punkterna 1 och 2 AtG). Parterna kan dessutom komma överens om att även avtalet om förtidspension upphör när rätten till pension förvärvas (8.3 § AtG).

14. Enligt det ifrågavarande kollektivavtalet om förtidspensionering som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen (Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit av den 5 maj 1995, nedan kallat kollektivavtalet) kan arbetsgivaren under liknande villkor som de i AtG föreskrivna villkoren bevilja förtidspension till heltidsanställda arbetstagare av båda könen som har uppnått 55 års ålder (artikel 2.1 i kollektivavtalet). För de arbetstagare som redan har uppnått 60 års ålder och som uppfyller de villkor som föreskrivs i den ovannämnda artikeln 2.1 är förtidspensionen en rättighet (artikel 2.2), såvida inte allvarliga skäl av tjänstemässig eller företagsorganisatorisk art hindrar detta. Förtidspensioneringen, som skall pågå i åtminstone två år (artikel 2.3), kan bestå av ett heltidsarbete som utförs under halva den normalt föreskrivna perioden ("Blockmodell" eller blockmodell) eller också i en förvärvsverksamhet på deltid som utförs under de år som anställningsförhållandet pågår ("Teilzeitmodell" eller deltidsmodell; artikel 3.2).[9]

15. Enligt artikel 9.1 i kollektivavtalet upphör anställningsförhållandet under förtidspensioneringen vid den tidpunkt som överenskommits i varje enskilt avtal. I

7 — Denna skyldighet föreligger även i ett sådant fall som klagandens i målet vid den nationella domstolen, i vilket arbetstagaren väljer blockmodellen för förtidspensionering (förvärvsverksamhet på heltid för en period som motsvarar hälften av den period under vilken en verksamhet på deltid annars skulle utföras). I det fallet skall en arbetslös anställas efter arbetstagarens pensionering (3.3 § i AtG).

8 — Enligt vad den tyska regeringen har förklarat under förhandlingen.

9 — Detta fastställande beror uppenbart på vad som föreskrivs i den ovannämnda 38 § i SGB VI, enligt vilken en tidigarelagd pension medges under förutsättning att arbete har utförts inom förtidspensioneringen under 24 månader.

artikel 9.2 a föreskrivs dock bland annat att det ovannämnda förhållandet i vart fall skall upphöra i slutet av den månad som föregår den månad då arbetstagaren förvärvar rätten till ålderspension. Såsom den tyska regeringen och svaranden i målet vid den nationella domstolen har visat, tar på detta sätt arbetsförhållandet slut vid samma tidpunkt som den då BafA:s offentliga finansiering enligt den ovannämnda 5.1 § punkt 2 AtG upphör, detta för att undvika att arbetsgivaren skall ta på sig de större utgifter som följer av anställningen inom förtidspensioneringssystemet för arbetstagare som uppnått pensionsåldern.

16. Detta är samtliga de tyska tillämpliga bestämmelser i lagar och avtal som jag med stöd av dokument som parterna tillhandahållit har försökt att rekonstruera. Om de är korrekta tror jag att det för detta ändamål, för att ytterligare sammanfatta, därav kan dras den slutsatsen att systemet för förtidspensionering förvandlas till en tidigarelagd pension för den arbetstagare som avser att åberopa det efter att ha uppnått 55 års ålder och allra senast till dess att han förvärvar rätten till pension, med beaktande av att denna rätt, även om den i regel förvärvas vid 60 års ålder för kvinnliga arbetstagare och vid 65 års ålder för manliga arbetstagare, i vissa fall för de förstnämnda kan uppstå även därefter och i vart fall fram till 65 års ålder och för de övriga redan vid 60 års ålder. Det ifrågavarande systemet är dessutom inte något ändamål i sig, utan kan på grund av syftet att bekämpa arbetslösheten som eftersträvas genom detta, liknas vid arbetsgivarens skyldighet att anställa en arbetslös. Jag vill dessutom påpeka att minimiperioden för systemet för förtidspensionering måste vara 24 månader för att rätten till tidigarelagd pension skall kunna förvärvas, med den påföljden att en manlig eller kvinnlig arbetstagare som, när han eller hon närmar sig 60 års ålder eller efter denna ålder, väljer det ovannämnda systemet, automatiskt, sedan de 24 månaderna har förflutit, går i pension, eftersom förhållandet med förtidspensionering, såsom har framgått, upphör så snart rätten till pension förvärvats (se artikel 9.2 a i kollektivavtalet). Jag erinrar slutligen om att kollektivavtalet föreskriver att ett anställningsavtal som eventuellt pågår vid förvärvet av rätten till pension i vart fall skall ta slut (artikel 9.2 a, motsvarande 8.3 § AtG). Detta innebär att en arbetstagare, oberoende av kön, inte kan komma i åtnjutande av systemet för förtidspensionering om han eller hon redan har förvärvat rätten till pension.

## II — Bakgrund och tolkningsfrågor

17. Helga Kutz-Bauer, som är född den 21 augusti 1939 och som är klagande i målet vid den nationella domstolen, arbetar i sin egenskap av direktör för Landeszentrale für Politische Bildung för Freie und Hansestadt Hamburg, som är svarande i det ovannämnda målet. Helga Kutz-Bauer, som var övertygad om att hon kunde höja sin pension genom att betala in kompletterande avgifter sedan hon fyllt 60 år, begärde mellan oktober och november 1998 att hennes arbetsgivare skulle göra upp ett avtal om förtidspension som gav henne möjlighet att från den 1 september 1999 (sedan hon fyllt 60 år) till den

31 augusti 2004 utföra förvärvsverksamhet på deltid av åldersskäl (det vill säga inom systemet för förtidspensionering) enligt blockmodellen, det vill säga genom att arbeta heltid från den 1 september 1999 till den 28 februari 2002 och således avhålla sig från all förvärvsverksamhet från den 1 mars 2002 till den 31 augusti 2004.

18. Den 21 december 1998 avslog svaranden ansökan men föreslog i stället en vanlig anställning på deltid, med en ersättning i proportion till den faktiskt utförda verksamheten. En sådan anställning intresserade dock inte Helga Kutz-Bauer. Svaranden motiverade avslaget genom att påpeka att även om Helga Kutz-Bauer i och med uppnåendet av 60 års ålder i princip förvärvade rätten till ett avtal om deltidsarbete av åldersskäl, skulle hennes arbetsförhållande, med hänsyn till begränsningarna enligt artikel 9.2 a i kollektivavtalet, i vart fall ta slut omedelbart innan arbetsförhållandet inom systemet för förtidspensionering inleddes. [10] Eftersom Helga Kutz-Bauer faktiskt uppfyllde villkoren enligt den ovannämnda 39 § SGB VI hade hon redan vid 60 års ålder förvärvat rätten till ålderspension.

19. Då Helga Kutz-Bauer ansåg sig vara offer för en orättvis diskriminering på grund av kön vände hon sig till Arbeitsgericht Hamburg och klagade över att hon såg sig utestängd från rätten att utföra en förvärvsverksamhet på deltid av åldersskäl mellan 60 och 65 års ålder, medan manliga arbetstagare i samma ålder har denna rätt, eftersom de under samma tidsrymd i stället för att fortsätta med att utföra en förvärvsverksamhet på heltid, kan välja modellen med förtidspensionering. Enligt klaganden är skälet till detta att de flesta kvinnor förvärvar rätten till pension redan vid 60 års ålder, medan männen i regel förvärvar denna rätt vid 65 års ålder.

20. Den nationella domstolen har uttalat viss förståelse för klagandens argument och har, sedan den preciserat att de arbetstagare som berörs av den i artikel 9.2 a i kollektivavtalet föreskrivna gränsen i jämförbar ålder nästan uteslutande är kvinnor, därför till domstolen ställt följande frågor:

"1. Strider ett kollektivavtal för den offentliga sektorn, enligt vilket manliga liksom kvinnliga anställda har rätt till förkortad arbetstid till följd av ålder, mot artikel 2.1 och 5.1 i rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, när det i kollektivavtalet föreskrivs att denna förkortade arbetstid endast kan komma i fråga till och med den tidpunkt då det är möjligt, enligt pensionslagstiftningen, att gå i pension med full pension och då samtidigt denna grupp av personer som kan begära full pension vid 60 års ålder nästan uteslutande består av kvinnor, medan den grupp som först vid 65 års ålder kan begära full pension består nästan uteslutande av män?

10 — Se artikel 2.2 i kollektivavtalet.

2. Har de nationella domstolarna befogenhet, när bestämmelser i kollektivavtal och i nationell lagstiftning strider mot direktiv 76/207/EEG respektive direktiv 79/7/EEG, att tillämpa de nämnda bestämmelserna till förmån för den grupp som missgynnas, med undantag för de bestämmelser som strider mot EG-rätten, fram till dess att en icke diskriminerande reglering antagits av de avtalsslutande parterna genom ett nytt kollektivavtal och/eller av lagstiftaren?"

## III — Rättslig bedömning

### A — *Den första tolkningsfrågan*

#### 1. Parternas argument

21. Helga Kutz-Bauer och kommissionen har framför allt påpekat att det förevarande fallet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 76/207 och, enligt kommissionen, särskilt av artikel 5.1 i detta direktiv, eftersom systemet med förtidspensionering inverkar på arbetsvillkoren som just är föremål för denna bestämmelse.[11] Efter att ha påpekat detta anser både Helga Kutz-Bauer och kommissionen att de ifrågavarande tyska bestämmelserna, däribland således kollektivavtalet, mot bakgrund av bestämmelsen i fördraget skall anses vara diskriminerande, eftersom det i de tyska bestämmelserna för beviljande av förtidspensionering görs skillnad i förhållande till pensionsåldern, som emellertid är olika beroende på arbetstagarens kön. Enligt kommissionen är det i synnerhet fråga om en "indirekt" diskriminering till skada för de kvinnliga arbetstagarna, och därmed om en diskriminering som "trots att den är neutralt formulerad faktiskt missgynnar en mycket högre procentandel kvinnor än män".[12] Jag erinrar om att diskriminerings som sådan, såvida inte villkoren för de undantag som medges enligt detta direktiv (i artikel 2.2—2.4) är uppfyllda,[13] kan rättfärdigas av sakliga skäl som helt saknar samband med diskriminering på grund av kön.[14]

22. Helga Kutz-Bauer är däremot av den uppfattningen att det här föreligger en direkt diskriminering, även om den är dold eller förtäckt. Enligt hennes bedömning innehåller visserligen kollektivavtalet en neutral bestämmelse, men det hänvisas i detta till bestämmelser enligt vilka det görs

11 — Se dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723; svensk specialutgåva, volym 8, s. 457).

12 — Dom av den 26 september 2000 i mål C-322/98, Kachelmann (REG 2000, s. I-7505), punkt 23.

13 — Kommissionen har emellertid uteslutit att detta direktiv är tillämpligt i förevarande fall.

14 — För ett liknande resonemang se till exempel dom av den 30 november 1993 i mål C-189/91, Kirsammer-Hack (REG 1993, s. I-6185), punkt 32, dom av den 2 oktober 1997 i mål C-1/95, Gerster (REG 1997, s. I-5253), punkt 34, med ytterligare hänvisningar), dom av den 2 oktober 1997 i mål C-100/95, Kording (REG 1997, s. I-5289), punkt 25, dom av den 6 april 2000 i mål C-226/98, Jørgensen (REG 2000, s. I-2447), punkt 41, med ytterligare hänvisningar, och domen i det ovannämnda målet Kachelmann (punkt 23). Jag vill påpeka att samma princip gäller i fall av indirekt diskriminering som strider mot artikel 4.1 i direktiv 79/7, motsvarande artikel 5.1 i direktiv 76/207. Se till exempel dom av den 11 juni 1987 i mål 30/85, Teuling (REG 1987, s. 2497), punkt 13, dom av den 13 december 1989 i mål C-102/88, Ruzius-Wilbrink (REG 1989, s. 4311), punkt 17, dom av den 7 maj 1991 i mål C-229/89, kommissionen mot Belgien (REG 1991, s. I-2205), punkterna 19 och 26, dom av den 24 februari 1994 i mål C-343/92, Roks m.fl. (REG 1994, s. I-571), punkt 33, och dom av den 14 december 1995 i mål C-444/93, Megner och Scheffel (REG 1995, s. I-4741), punkt 24.

en tydlig skillnad i pensionsålder på grund av arbetstagarens kön. Av detta skäl finns det enligt Helga Kutz-Bauer inte behov av att göra någon typ av statistisk jämförelse mellan arbetstagargrupper för att undersöka de ifrågavarande bestämmelsernas diskriminerande karaktär. Och alltjämt av detta skäl kan enligt klaganden i målet vid den nationella domstolen diskrimineringen inte heller rättfärdigas med stöd av att å ena sidan skillnaden i åldersgränser för pensioneringen gynnar de kvinnliga arbetstagarna och att å andra sidan denna skillnad är tillåten enligt artikel 7.1 a i direktiv 79/7, som tillåter medlemsstaterna att bibehålla tydliga åldersgränser avseende förvärv av rätt till ålders- och avgångspension. När det sedan gäller eventuella rättfärdiganden av saklig karaktär kan de enligt klaganden inte ha någon betydelse här, eftersom det är fråga om direkt diskriminering. Helga Kutz-Bauer har i vart fall uteslutit att det skulle finnas några sakliga skäl som inte har samband med kön som kan rättfärdiga diskrimineringen i fråga. Detta gäller i synnerhet i fråga om argumentet avseende den ovannämnda skillnaden i behandling när det gäller pensionsåldern av arbetstagare av det ena eller det andra könet, eftersom denna skillnad just har samband med könet. Klaganden har slutligen invänt att diskrimineringen i fråga infördes med 1995 års kollektivavtal och således har inträtt efter antagandet av artikel 7.1 a i direktiv 79/7, det vill säga efter antagandet av den bestämmelse som ger medlemsstaterna möjlighet att fastställa en annan gräns för pensionsåldern.

23. Jag återvänder nu till kommissionens synpunkter för att påpeka att de ovan sammanfattade synpunkterna är de som kommissionen framfört i förfarandets skriftliga skede. Kommissionen utgick där, såsom jag har sagt, från förutsättningen att systemet för förtidspensionering avsåg arbetsvillkoren för arbetstagare som har uppnått en viss ålder och således omfattades av tillämpningsområdet för direktiv 76/207. Detta system kan enligt kommissionens mening å andra sidan inte anses som en sådan "förmån" i den sociala tryggheten som kan återföras till systemet för skydd vid ålderdom, och det skall följaktligen uteslutas att villkoren för tillämpning av direktiv 79/7, vars tillämpningsområde just begränsas till området för social trygghet, skulle kunna föreligga i detta fall.

24. Under förhandlingen vid domstolen och mot bakgrund av senare förklaringar som den tyska regeringen har lämnat här, har kommissionen dock ändrat sin egen ståndpunkt i detta avseende så, att den anser att förtidspensioneringen, även om den inte ingår i systemet för skydd vid ålderdom, i vart fall kan falla under bestämmelserna i direktiv 79/7 och i synnerhet betecknas som en "annan förmån" i den mening som avses i artikel 7.1 a i detta direktiv, eftersom den är en social trygghetsförmån som är knuten till risken för arbetslöshet (se artikel 3.1 a i direktiv 79/7). Även undantaget i artikel 7.1 a kan följaktligen i princip åberopas i förevarande fall.

25. Kommissionen har dock på denna punkt i verkligheten dragit en slutsats i lika negativ riktning, eftersom den har ansett att de villkor som domstolen angett i domen i målet Thomas för tillämpningen av undan-

taget i fråga i förevarande fall inte är uppfyllda. [15] Jag erinrar om att domstolen i den domen fastställde att "den diskriminering som föreskrivs i system för andra förmåner än systemet för ålders- och avgångspension endast kan rättfärdigas som följd av att pensionsåldern fastställs olika beroende på kön, om denna diskriminering är sakligt nödvändig för att undvika att den ekonomiska jämvikten i socialförsäkringssystemet äventyras eller för att säkerställa förenligheten mellan systemet för ålderspension och systemet för andra förmåner" (punkt 12). Enligt kommissionen får det förhållandet att förtidspension beviljas kvinnliga arbetstagare som har uppnått 60 års ålder inte några större återverkningar på den ekonomiska jämvikten i pensionssystemet, men detta förhållande får inte heller återverkningar på konsekvensen i det tyska systemet för social trygghet, eftersom det i detta inte finns något ovillkorligt och oupplösligt band mellan de olika gränser för ålderspension som tillåts i artikel 7.1 a, vilka gynnar kvinnorna, och systemet för förtidspensionering, vilket inte gynnar dem. Om en kvinnlig arbetstagare i Helga Kutz-Bauers ålder gavs tillträde till detta system skulle det förvisso kunna äventyra systemets verkan, eftersom i vart fall en tjänst, om än delvis, skulle besättas som annars kunde anvisas till en arbetslös. Dock återstår fortfarande det faktum som både klaganden i målet vid den nationella domstolen och den tyska regeringen under förhandlingen just har bekräftat, att kvinnliga arbetstagare i Förbundsrepubliken Tyskland som har förvärvat rätten till pension när de fyllt 60 år har möjlighet att i stället för att gå i pension fortsätta att arbeta på heltid eller på deltid (även om det i detta fall sker med en ersättning som inte innefattar någon förmån som finansieras med offentliga medel). Det kan då inte inses hur det faktum att dessa arbetstagare ges tillträde till systemet för förtidspensionering allvarligt skulle kunna äventyra målet att minska arbetslösheten.

26. Både Helga Kutz-Bauer och kommissionen anser således slutligen att den första tolkningsfrågan skall besvaras jakande.

27. Freie und Hansestadt Hamburg, svarande i målet vid den nationella domstolen, har däremot invänt att det i förevarande fall inte föreligger vare sig någon direkt eller indirekt diskriminering av kvinnor, eftersom det dels inte är sant att arbetstagare av de båda könen behandlas på olika sätt, dels inte heller är sant att de kvinnliga arbetstagarna skadas av sambandet mellan förtidspensioneringssystemets upphörande och bestämmelserna om förvärv av rätt till pension, eftersom dessa bestämmelser, genom vilka kvinnor ges möjlighet att erhålla pension redan vid 60 års ålder, är avsedda att främja förutsättningen för denna pension inom ramen för ett regelsystem som just är avsett för skyddet av kvinnorna.

28. Svaranden i målet vid den nationella domstolen har i första hand särskilt påpekat det förhållandet att beslutet om hänskjutande saknar upplysningar eller statistiska data som visar att de arbetstagare som berörs av gränsen enligt artikel 9.2 a i kollektivavtalet framför allt är kvinnliga arbetstagare. Vidare har den nationella

15 — Dom av den 30 mars 1993 i mål C-328/91, Thomas m.fl. (REG 1993, s. I-1247). För ett liknande resonemang, se dom av den 23 maj 2000 i mål C-196/98, Hepple m.fl. (REG 2000, s. I-3701).

domstolen enligt svaranden gjort en jämförelse av situationen för manliga och för kvinnliga arbetstagare uteslutande med hänsyn till den ålder som är villkoret för förvärv av rätten till pension, medan rätten till pension för kvinnliga arbetstagare redan vid 60 års ålder enligt Sozialgesetzbuch görs beroende även av andra faktorer, såsom exempelvis att förvärvsarbete skall ha utförts under en viss minimitid. I beslutet om hänskjutande har man dessutom utgått från förutsättningen att de personer som berörs av den ovannämnda gränsen i kollektivavtalet nästan uteslutande är kvinnor, utan att man således tagit hänsyn vare sig till alla de arbetstagare som på grund av svår invaliditet eller förvärvsoförmåga går i (förtids)pension vid olika åldrar, eller till de manliga arbetstagare som med tillämpning av bestämmelser, som gäller för både manliga och kvinnliga arbetstagare, förvärvar rätt till pension innan de har uppnått 65 års ålder. [16] Slutligen är påståendet i beslutet om hänskjutande att de arbetstagare som förvärvar rätt till pension vid 60 års ålder nästan uteslutande är kvinnliga, medan de arbetstagare som förvärvar rätt till pension vid 65 års ålder nästan uteslutande är manliga, enligt svaranden felaktigt. [17]

29. Vad beträffar den gynnsammare behandling som i sin helhet förbehålls kvinnorna, bekräftas den även i fråga om lagstiftningen av artikel 2.3 i direktiv 76/207 (se punkt 3), och förklaras med kvinnors dubbla sysselsättning, som arbetstagare och som husmödrar, som medför att krafterna slits ut för tidigt och att de därför blir oförmögna till förvärvsarbete.

30. För det fall att domstolen emellertid skulle komma till slutsatsen att det i förevarande fall föreligger diskriminering, har svaranden i målet vid den nationella domstolen erinrat om att frågan om att fastställa huruvida och hur en målsättning för socialpolitiken, såsom kampen mot arbetslösheten, skall fullföljas, enligt domstolens rättspraxis ankommer på medlemsstaterna. Eftersom medlemsstaterna enligt domstolen förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställandet av sin socialpolitik, utgör direktiv 79/7 inte något hinder för nationella bestämmelser som, även om de indirekt är diskriminerande, har antagits för att uppnå målen med denna politik, och är nödvändiga för att uppnå dessa mål. [18]

31. Slutligen har Freie und Hansestadt Hamburg föreslagit att den första tolkningsfrågan skall besvaras nekande, efter-

16 — Se 36—38 §§ SGB VI och ovan punkt 12.

17 — Svaranden har, alltjämt för att visa att det i förevarande fall inte föreligger någon diskriminering, påpekat att om man bortser från den särskilda situationen i Land Hamburg, och i stället beaktar Tyskland i dess helhet, är antalet kvinnor som inte kan dra nytta av förtidspension när de fyller 60 år avgjort mer begränsat. I normala fall förvärvar de kvinnliga arbetstagarna på så sätt rätten till pension när de fyller 60 år, men det rör sig om en reducerad pension. Med stöd av förklaringen om hur artikel 9 i kollektivavtalet skall tolkas behåller de i detta fall anspråket på förtidspension. Det är endast Land Hamburg som, genom att Hamburgisches Ruhegeldgesetz är den mest fördelaktiga lagen för kvinnorna, är ett undantag från denna regel. Det är som sagt dock fråga om en särskild situation som har mindre betydelse i det nationella sammanhanget.

18 — Se domen i det ovannämnda målet Roks m.fl. och dom av den 14 december 1995 i mål C-317/93, Nolte (REG 1995, s. I-4625).

som det förefaller att de tyska bestämmelserna är berättigade mot bakgrund, förutom av de mål som eftersträvas med systemet för förtidspensionering, av undantaget enligt artikel 2.3 i direktiv 76/207.

32. Vad slutligen avser den tyska regeringens argument erinrar jag framför allt om att direktiv 79/7, på grund av syftet med systemet för förtidspensionering och sättet på vilket detta är utformat, är det enda som enligt den tyska regeringens mening är tillämpligt i förevarande fall. Den tyska regeringen har, efter att ha fastställt detta, medgett att ifrågavarande problem uppkommer till följd av de olika gränser som fastställts för pensionsåldern, men har erinrat om att dessa gränser, såsom domstolen har bekräftat, [19] är lagenliga enligt artikel 7.1 a i direktiv 79/7. Enligt den tyska regeringen har dessutom de flesta kvinnor en fördelaktig uppfattning om denna skillnad. Om skillnaden i Helga Kutz-Bauers fall förvandlas till en nackdel sker det dessutom på grund av att hon för att kunna dra nytta av systemet för förtidspensionering inte vill åberopa den. I samband med en avvägning av de olika intressen som står på spel måste emellertid de berättigade förväntningarna hos merparten av de kvinnliga arbetstagarna väga tyngre, vilka räknar med att kunna gå i pension före männen.

19 — Se dom av den 7 juli 1992 i mål C-9/91, Equal Opportunities Commission (REG 1992, s. I-4297). För att lösa problemet med olika pensionsåldrar har den nationella lagstiftaren enligt den regering som yttrat sig nu föreskrivit att skillnaden mellan kvinnor och män successivt skall minskas för att lika pensionsålder skall kunna uppnås för alla arbetstagare, samtidigt som ett övergångssystem fastställs enligt vilket den yttersta målsättningen av likabehandling anpassas till de berättigade förväntningarna hos det övervägande antalet berörda kvinnliga arbetstagare. Enligt detta system skall kvinnor födda före år 1941 förvärva rätt till pension redan när de fyller 60 år.

33. I avsikt att i vart fall rättfärdiga den diskriminering som här avhandlas, har den tyska regeringen framför allt uppehållit sig vid det redan beskrivna syftet med systemet för förtidspensionering och särskilt framhållit syftet att bekämpa arbetslösheten. Det förefaller för detta ändamål nämligen vara helt logiskt att den offentliga finansieringen av en del av den förtidspensionerade arbetstagarens lön tar slut när arbetstagaren förvärvar rätten till pension, eftersom upprätthållandet av en verksamhet med medel som är avsedda för att bekämpa arbetslösheten inte kan uppmuntras för en arbetstagare som redan har förvärvat denna rätt, och som trots detta fortsätter att inneha en tjänst som annars skulle vara tillgänglig för en arbetslös. Med det nuvarande systemet säkerställs, enligt vad den tyska regeringen vidare har framhållit, konsekvensen i det system för skydd mot arbetslösheten i vilket förtidspensioneringen ingår (och det till denna hänförliga ekonomiska stödet) med systemet för ålderspensioner, i vilket åldern för förvärv av pensionsrätt fastställs. Genom att nämligen utesluta att arbetstagare som redan har rätt till en ålderspension utan reduktion skulle kunna få del av finansieringen genom BafA, undviker man att olika system för social trygghet med samma socialpolitiska inriktning överlappas.

34. Allt detta är för övrigt enligt Förbundsrepubliken Tysklands mening helt i överensstämmelse med den rättspraxis som domstolen, i domen i det ovannämnda målet Thomas, har utarbetat avseende artikel 7.1 a i direktiv 79/7. Detta gäller särskilt där det preciseras att diskriminering i fråga endast kan rättfärdigas såsom konsekvens av fastställandet av pensions-

ålder, som är olika beroende på kön, om "den är sakligt befogad för att undvika att den ekonomiska jämvikten i systemet för social trygghet sätts på spel eller för att säkerställa samstämmigheten i systemet för ålderspension med systemet för andra förmåner".[20] Den tyska regeringen har dock erinrat om att domstolen, som hade att uttala sig om överlappning av pensioner och andra offentliga förmåner i domen i målet Graham,[21] även har fastställt att "för det fall en medlemsstat i enlighet med artikel 7.1 a i direktiv 79/7 fastställer pensionsåldern för kvinnor till 60 år och pensionsåldern för män till 65 år, ges det genom denna bestämmelse även tillåtelse dels att föreskriva att nivån för den invaliditetspension som utgår till en person som före pensionsåldern drabbats av arbetsoförmåga är begränsad till ålderspensionens faktiska nivå från det att en ålder av 60 år har uppnåtts vad gäller kvinnor och från det att en ålder av 65 år har uppnåtts vad gäller män, dels att förbehålla personer som vid den tidpunkt som arbetsoförmågan inträdde var under 55 år vad gäller kvinnor och under 60 år vad gäller män förmånen av ett invaliditetsbidrag som utbetalas utöver invaliditetspensionen" (punkt 21).

35. Även om den tyska regeringen således har erkänt att det finns olikheter i behandlingen har den dragit den slutsatsen att de helt och hållet kan rättfärdigas mot bakgrund av de synpunkter av allmän karaktär som framförts ovan och som gäller det tyska systemet för social trygghet i sin helhet.

2. Bedömning

36. Med den första tolkningsfrågan vill den hänskjutande domstolen i huvudsak ha klarhet i huruvida ett kollektivavtal, enligt vilket de arbetstagare som har förvärvat rätten till pension utesluts från det system för förtidspensionering som inrättats genom den tyska rättsordningen, med beaktande av att de som förvärvar denna rätt redan vid 60 års ålder nästan uteslutande är kvinnor, medan de som kan gå i pension först vid 65 års ålder nästan uteslutande är män, strider mot likabehandlingsprincipen såsom den definierats i direktiv 76/207.

37. Såsom jag redan har sagt har parterna redan före diskussionen i sakfrågan utförligt diskuterat huruvida i förevarande fall direktiv 76/207 om tillträde till arbete och om arbetsvillkor är relevant eller om direktiv 79/7 om social trygghet snarare skall tillämpas. Jag måste dock säga att frågans innebörd, trots den argumentering som i detta avseende ägt rum både i det skriftliga skedet och under förhandlingen, inte har blivit helt klarlagd, dels eftersom de redan

20 — Se punkt 25 ovan. Den tyska regeringen har dock dessutom åberopat domar av den 19 oktober 1995 i mål C-137/94, Richardson (REG 1995, s. I-3407), punkterna 18 och 19, och av den 30 januari 1997 i mål C-139/95, Balestra (REG 1997, s. I-549), punkterna 33 och 35.

21 — Dom av den 11 augusti 1995 i mål C-92/84, Graham m.fl. (REG 1995, s. I-2521).

komplicerade tillämpliga tyska bestämmelserna i huvudsak har förklarats muntligen och således med nödvändighet summariskt, dels eftersom, såsom jag redan tidigare har påpekat, systemet för förtidspensionering som här är i fråga verkligen är egenartat.

38. Sedan detta sagts måste jag erkänna att kommissionens argumentering i dess skriftliga yttrande, som åberopats ovan (se punkt 21), för att det fall som behandlas skall falla inom begreppet arbetsvillkor enligt artikel 5.1 i direktiv 76/207, innan den tyska regeringen klargjorde systemet för förtidspensionering under förhandlingen, även för mig framstod som mer övertygande. Den tyska regeringens preciseringar under förhandlingen, särskilt avseende målsättningen för det ifrågavarande systemet för förtidspensionering och BafA:s ekonomiska ingripande, har fått mig — på samma sätt som de även har fått kommissionen — att i stället anse att tillträdet för en arbetstagare av en viss ålder till detta system är en förmån som ligger inom både systemet för skydd vid ålderdom och systemet för skydd vid arbetslöshet, beroende på vilket syfte med förtidspensioneringen som betonas, och att denna förmån således, vilket den hänskjutande domstolen även erinrat om och vilket uttryckligen är ämnet för den andra tolkningsfrågan, på det ena eller det andra sättet faller inom tillämpningsområdet för direktiv 79/7 (se artikel 3.1 a). Följaktligen anser även jag att de frågor som ställts till domstolen skall behandlas med utgångspunkt i förbudet mot diskriminering enligt artikel 4.1 i det sistnämnda direktivet (en bestämmelse som för övrigt motsvarar bestämmelsen i artikel 5.1 i direktiv 76/207), som, vilket jag erinrar om, bland annat hänför detta förbud till "systemens räckvidd och villkoren för tillgång till dem".

39. Såsom jag vid upprepade tillfällen erinrat om har den fråga som är i centrum för detta mål sin bakgrund just i det faktum att artikel 9.2 a i kollektivavtalet, i enlighet med vad som föreskrivs i AtG, uttryckligen samordnar den gräns utöver vilken det inte är möjligt att fortsätta eller att inleda ett arbetsförhållande inom förtidspensioneringen vid den tidpunkt då arbetstagaren förvärvar rätten till pension. Den hänskjutande domstolen och Helga Kutz-Bauer, och slutligen även kommissionen, har med utgångspunkt från förutsättningen att det framför allt är kvinnor som förvärvar rätten till pension vid 60 års ålder medan männen i regel förvärvar denna rätt vid 65 års ålder, dragit slutsatsen att hänvisningen i kollektivavtalet till pensionsåldern är diskriminerande, eftersom den bland arbetstagare i åldern 60 till 65 år, nästan uteslutande bestraffar kvinnor. Denna diskriminering har å andra sidan däremot ifrågasatts med stöd av påpekandet att tidpunkten för förvärv av rätten till pension i SGB VI, såsom har framgått (se punkt 12),

fastställs till olika åldrar och i förhållande till olika bedömningsgrunder, däribland även, men inte enbart, könet.

40. Freie und Hansestadt Hamburg har dessutom tillagt att det i beslutet om hänskjutande helt saknas hänvisningar till statistiska uppgifter eller till andra faktiska omständigheter ägnade att stödja Arbeitsgericht Hamburgs påstående att det framför allt är kvinnliga arbetstagare som, när de uppnår 60 års ålder, inte får tillträde till förtidspensioneringen enligt artikel 9.2 a i kollektivavtalet. På denna punkt skall jag för övrigt endast notera att det, inom ramen för ett förfarande enligt artikel 234 EG, inte ankommer på EG-domstolen, utan på den hänskjutande domstolen att med stöd av de uppgifter den förfogar över bedöma i sak huruvida den ovannämnda bestämmelsen i kollektivavtalet drabbar en avsevärt högre andel kvinnor än män. [22] Vad som är av intresse i förevarande mål är huruvida den hänvisning som i kollektivavtalet görs till pensionsåldern för att fastställa den tidpunkt utöver vilken det inte är möjligt att få förmånen av systemet i fråga, får olika återverkningar alltefter arbetstagarens kön, oberoende av det (mycket) högre eller (mycket) lägre antal rättssubjekt av den ena eller den andra gruppen som en sådan bestämmelse berör.

41. Frånsett den sistnämnda synpunkten måste jag emellertid påpeka att det inte föreligger någon verklig oenighet mellan parterna i frågan huruvida det finns någon skillnad i behandlingen av arbetstagarna på grund av kön. Oenigheten avser snarare andra sidor av frågan som jag nu skall behandla.

42. Det har mellan parterna framför allt diskuterats, såsom har framgått, huruvida den ifrågavarande diskrimineringen skall betecknas som direkt eller indirekt. Enligt min mening är det dock uppenbart att det här är fråga om en indirekt diskriminering, eftersom — såsom kommissionen har noterat — om det i kollektivavtalet, när det i detta fastställs mellan vilka gränser det är möjligt att träffa avtal om förtidspension, förvisso uttryckligen hänvisas till de olika åldrar som föreskrivs i SGB VI för förvärv av rätten till pension, görs det emellertid i detta inte direkt några skillnader på grund av kön. Jag vill tillägga att detta svar enligt min mening även ligger i linje med rättspraxis från domstolen, som nyligen har betecknat ett fall av diskriminering som indirekt i vilket skillnaden, trots att olikheten i behandling inte ansågs vara direkt grundad på arbetstagarnas kön, dock gjordes med stöd av kriterier som i sin tur var hårt och direkt knutna till denna omständighet. [23]

22 — För ett liknande resonemang, se dom av den 9 februari 1999 i mål C-167/97, Seymour-Smith och Perez (REG 1999, s. I-623), just med anledning av frågan om att fastställa huruvida det föreligger en indirekt diskriminering på grund av kön. Se även domen i det ovannämnda målet Regina, punkt 61, i vilken domstolen har preciserat att det ankommer på den nationella domstolen att bedöma vilka slutsatser som skall dras av statistiken, och domen i det ovannämnda målet Jørgensen, punkterna 33—35.

23 — Jag hänvisar särskilt till den nyligen avkunnade domen i målet Schnorbus, i vilken domstolen ansåg att det företräde som ges genom en nationell bestämmelse som fastställer villkoren för fullgörande av allmän värnplikt eller civilplikt (till vilken i det fallet endast män var skyldiga) utgör en indirekt diskriminering (dom av den 7 december 2000 i mål C-79/99, Schnorbus, REG 2000, s. I-10997, punkt 32).

43. Sedan det således fastställts att det i förevarande fall föreligger en indirekt diskriminering på grund av kön, som således i princip strider mot förbudet enligt artikel 4.1 i direktiv 79/7, skall det nu undersökas huruvida denna diskriminering kan rättfärdigas med stöd av de skäl som vissa parter som deltagit i detta förfarande har åberopat.

44. Jag erinrar i detta avseende framför allt om att undantagen enligt artikel 2.2—2.4 i direktiv 76/207 har åberopats under målets gång. Vissa parter har, såsom har framgått, ansett att detta direktiv är tillämpligt. Men även om både Helga Kutz-Bauer och kommissionen har nämnt undantagen i artikel 2.2—2.4 har de, om än av olika skäl, uteslutit att de skulle vara tillämpliga. Freie und Hansestadt Hamburg förefaller däremot anse att undantaget i artikel 2.3 skulle vara tillämpligt i förevarande fall. Till stöd för detta har påpekats att de olika åldersgränserna för pensioneringen motsvarar de krav på skydd av kvinnor som ligger bakom denna bestämmelse.

45. Med hänsyn till att jag anser att direktiv 79/7, och inte direktiv 76/207, är tillämpligt i förevarande fall, kan jag dock avstå från att diskutera tillämpligheten av dessa undantag. Jag skall i vart fall trots allt behandla dem, antingen för det fall att domstolen inte skulle instämma i min bedömning eller på grund av att det undantag som senast åberopats har uppenbara likheter med det som föreskrivs i artikel 4.2 i direktiv 79/7.

46. Det är enligt min mening uppenbart att de undantag som anges i artikel 2.2 och 2.4 i direktiv 76/207 inte är relevanta för förevarande fall. Skälet är att det första undantaget avser sådan yrkesverksamhet för vilken könet är ett avgörande villkor, och att det andra undantaget avser åtgärder avsedda att främja jämställdheten mellan kvinnor och män. Enligt min mening är inte heller undantaget i artikel 2.3 i direktiv 76/207 (och således det liknande undantag som föreskrivs i artikel 4.2 i direktiv 79/7) relevant. I domstolens rättspraxis har det nämligen klargjorts att det ovannämnda undantaget inte såsom Freie und Hansestadt Hamburg har påstått har likheter med de skäl av social karaktär som är knutna till kvinnors villkor, vilka ofta har dubbel verksamhet som arbetstagare och husmoder. Undantaget har däremot endast till syfte att garantera skyddet av kvinnans fysiska tillstånd under och efter graviditeten och det särskilda förhållandet mellan modern och barnet. [24]

24 — Bland mängden domar, se dom av den 12 juli 1984 i mål 184/83, Hofmann (REG 1984, s. 3047), punkterna 25 och 26, dom av den 25 oktober 1988 i mål 312/86, kommissionen mot Frankrike (REG 1988, s. 6315), punkt 13, dom av den 25 juli 1991 i mål C-345/89, Stoeckel (REG 1991, s. I-4047; svensk specialutgåva, volym 11, s. 345), punkt 13, dom av den 30 april 1998 i mål C-136/95, Thibault (REG 1998, s. I-2011), punkt 25, och dom av den 19 november 1998 i mål C-66/96, Høj Pedersen m.fl. (REG 1998, s. I-7327), punkt 54.

47. När jag nu övergår till undantagen i direktiv 79/7 erinrar jag om att alla parter som deltagit i detta förfarande med rätta har koncentrerat sin uppmärksamhet på artikel 7.1 a i detta direktiv, i vilken såsom har framgått det föreskrivs ett undantag från principen om likabehandling i vad avser "avgörandet av pensionsålder för att bevilja ålders- och avgångspension och de eventuella konsekvenserna härav för andra förmåner".

48. Jag anser med anledning av detta att man för det första måste tillbakavisa Helga Kutz-Bauers påstående, enligt vilket det ovannämnda undantaget inte skulle vara tillämpligt i förevarande fall, eftersom kollektivavtalet upprättades först år 1995 och således efter bestämmelsen, enligt vilken åldern för ålderspensionen just med stöd av detta undantag differentieras på grund av kön. Om man nämligen anser att förtidspensioneringen är en social förmån som omfattas av något av de sociala trygghetssystemen enligt artikel 3 i direktiv 79/7, är det i artikel 7.1 a i detta direktiv som det stadgas att förbehållet för olika gränser som fastställts för pensioneringen i princip kan tillämpas på konsekvenserna härav för andra förmåner. Det har å andra sidan ingen betydelse i sig att kollektivavtalet har upprättats i tiden efter de bestämmelser i vilka dessa gränser fastställts och i synnerhet efter direktivets ikraftträdande. Enligt domstolens rättspraxis kan nämligen "ett... bibehållande av olika åldersvillkor för pension beroende på kön ... göra det nödvändigt att *senare, efter det att fristen för införlivande av direktivet löpt ut, anta bestämmelser* som hör samman med detta undantagssystem samt att ändra sådana bestämmelser",[25] även om sådana bestämmelser inte ingår i systemet för skydd vid ålderdom.[26] Domstolen har vidare förklarat följande. "Att förbjuda en medlemsstat, som har fastställt olika åldersvillkor för pension för män respektive kvinnor, att efter det att införlivandefristen löpt ut anta eller att ändra bestämmelser med anknytning till denna åldersskillnad skulle innebära att det undantag som föreskrivs i artikel 7.1 a i direktivet skulle fråntas sin ändamålsenliga verkan."[27]

49. Sedan det alltså fastställts att förtidspensioneringen, förutom att den ingår i tillämpningsområdet för direktiv 79/7, i princip kan utgöra en "annan förmån" i den mening som avses i artikel 7.1 a i samma direktiv, skall vi se huruvida systemet i fråga faktiskt kan rättfärdigas med stöd av denna bestämmelse. I det syftet skall jag erinra om att, enligt domstolens fasta rättspraxis, "[n]är en medlemsstat med stöd av artikel 7.1 a i direktivet föreskriver olika åldrar för när män respektive kvinnor kan beviljas ålders- och avgångspension, är... tillämpningsområdet för det tillåtna undantaget — vilket definieras som "de eventuella konsekvenserna

25 — Domen i det ovannämnda målet Hepple (punkt 23, min kursivering). För ett liknande resonemang, se dom av den 23 maj 2000 i mål C-104/98, Buchner (REG 2000, s. I-3625), punkt 23.

26 — Domen i det ovannämnda målet Hepple, punkt 20.

27 — Domen i det ovannämnda målet Hepple, punkt 24.

härav för andra förmåner" i artikel 7.1 a — begränsat till diskriminering som finns inom andra förmånssystem och som har ett nödvändigt och objektivt samband med denna åldersskillnad".[28] Domstolen har vid tillfället även preciserat att "[s]å är fallet om denna diskriminering objektivt sett är nödvändig för att undvika att den finansiella jämvikten i det sociala trygghetssystemet äventyras eller för att tillförsäkra en överensstämmelse mellan systemet för avgångspension och andra förmånssystem".[29]

50. Ingen av de parter som har deltagit i detta förfarande har sanningen att säga hävdat att det ifrågavarande systemet för förtidspensionering kan rättfärdigas på grund av det första syftet som domstolen angett, eftersom det snarare är avsett att förhindra att den finansiella jämvikten i det tyska systemet för social trygghet äventyras. Freie und Hansestadt Hamburg och den tyska regeringen har däremot, såsom utförligt refererats ovan, åberopat det andra syftet och betonat att det ovannämnda systemet just har till syfte att garantera samstämmigheten mellan pensionssystemet och systemet för skydd vid arbetslöshet. Genom att stödja sig på det ifrågavarande systemets målsättning och det offentliga ingripandet för finansieringen av en del av ersättningen för arbetstagare som omfattas av detta system, har parterna särskilt påpekat att det förhållandet att kvinnliga arbetstagare över 60 års ålder, som redan har förvärvat rätten till pension, utesluts från förtidspensioneringen är sakligt befogat för att förhindra att systemet för skydd vid arbetslöshet äventyras, vilket även ingår bland de system som omfattas av direktiv 79/7 (se artikel 3.1 a), och att samstämmigheten mellan detta system och pensionssystemet sätts på spel.

51. Kommissionen har för sin del dock bestridit att det skulle finnas ett sådant förhållande mellan de två åberopade systemen. Såsom jag redan har påpekat har kommissionen under förhandlingen särskilt påpekat att de kvinnliga arbetstagare som uppnår 60 års ålder, det vill säga pensionsåldern,[30] på den tyska rättens nuvarande stadium, emellertid kan välja att i stället för förtidspension fortsätta att arbeta på heltid eller på deltid (även om det i detta fall sker med en ersättning som vanligen är knuten till arbetstiden). Om det är så, kan det inte inses hur det faktum att dessa kvinnliga arbetstagare över 60 år tillåts arbeta och *även* åtnjuta systemet för förtidspensionering kan äventyra samstämmigheten mellan de två systemen i fråga och i synnerhet äventyra bekämpandet av arbetslösheten, eftersom de kvinnliga arbetstagarna i vart fall, även i avsaknad av förtidspension, kan

28 — Domen i det ovannämnda målet Hepple, punkt 25, med ytterligare hänvisningar.

29 — Domen i det ovannämnda målet Hepple, punkt 26, med ytterligare hänvisningar, däribland en hänvisning till domen i det ovannämnda målet Thomas.

30 — I det fall naturligtvis villkoren enligt 39 § SGB VI är uppfyllda.

fortsätta att arbeta och således besätta en arbetsplats.

52. Jag måste dock säga att sakernas tillstånd inte är så enkelt. Framför allt tror jag nämligen inte att fall som i själva verket är mycket olika kan ställas på samma nivå, nämligen å ena sidan en förvärvsverksamhet på heltid eller deltid, av så att säga vanlig typ, å andra sidan systemet för förtidspensionering som såsom har framgått kännetecknas av betydande och väsentliga särdrag, åtminstone vad beträffar de mål som eftersträvas, dess sätt att fungera och finansieringen. Det är tillräckligt att tänka på att i de två just angivna fallen är varken ersättningen (som är högre i systemet för förtidspensionering), eller BafA:s åtagande (vilket i sin helhet för arbetsgivaren måste motsvara den högsta ersättningen) lika. Att således ge en kvinnlig arbetstagare som vid 60 års ålder redan har förvärvat rätten till pension möjlighet att välja systemet för förtidspensionering innebär att hon uppmuntras att fortsätta med sin förvärvsverksamhet på grund av de förmånligare villkor som detta system garanterar. Såsom svaranden och den tyska regeringen har påpekat svarar å ena sidan systemet för social trygghet på så sätt för ytterligare kostnader genom att medel för andra ändamål tas bort, men å andra sidan behålls en arbetsplats besatt som enligt systemet däremot borde anvisas en arbetstagare som söker anställning. Man kommer med andra ord till ett resultat motsatt det som den tyska lagstiftaren har önskat, vilken just i syfte att bekämpa arbetslösheten, i högsta möjliga grad har velat tidigarelägga pensionen för de arbetstagare som inte har förvärvat rätt till denna.

53. Just denna sista synpunkt ger enligt min mening lösningen för att tolka den aktuella frågan och återge den dess rätta ordalag, vilka kommit i skymundan dels på grund av en viss förvirring i diskussionen, dels på grund av att de tillämpliga tyska bestämmelserna sakligt sett är komplicerade, vilket just är anledningen till att jag tidigare har velat beskriva dem utförligt. Det skall med andra ord påpekas att även om tonvikten i diskussionen endast har legat på arbetstagarnas ålder och den differentiering mellan kvinnor och män som är följden av de olika pensionsåldrarna, är systemet för förtidspensionering i själva verket knutet till den tidpunkt då arbetstagarna förvärvar rätten till pension och är således konsekvent organiserat och utformat, i förhållande till de många olika fall som den tyska lagstiftningen omfattar i det avseendet, en väl strukturerad och utformad samordning (se punkt 12). Det är fall som förvisso kan avse den olika pensionsålder som fastställts för kvinnor och för män, men avser även i fråga om både kvinnor och män i det enskilda fallet olika aspekter, som arbetstagarens psykofysiska villkor (svår invaliditet och förvärvsoförmåga), typ av arbete (fallet med gruvarbetare), minsta period av förvärvsarbete för pensionsrätt, betalning av obligatoriska avgifter för ett visst antal år och arbetslöshet.

54. Allt detta visar att logiken i systemet i fråga, såsom även Freie und Hansestadt Hamburg har påpekat, fungerar perfekt för det lagenliga socialpolitiska mål som eftersträvas med systemet, att såvitt möjligt tidigarelägga pensioneringen för de arbetstagare som inte har förvärvat rätten till pension, så att arbetslösa därmed ges möjlighet till anställning på de arbetsplatser som på så sätt frigörs. I denna logik kan referenspunkten endast vara den tidpunkt då den berörda förvärvar rätten till pension, med alla de konsekvenser detta får, även i termer av eventuell diskriminering i skedet efter ett sådant val, nämligen diskriminering på grund av kön, men såsom har framgått, även på grund av andra ovannämnda förhållanden. Om det är så, kan sådana fall av diskriminering dock inte bedömas som godtyckliga, utan skall däremot, med tanke på vad jag ovan har påpekat och i överensstämmelse med domstolens ovannämnda dom i målet Hepple, anses som "objektivt sett nödvändig[a] för att undvika att den finansiella jämvikten i det sociala trygghetssystemet äventyras eller för att tillförsäkra en överensstämmelse mellan systemet för avgångspension och andra förmånssystem".

55. Enligt min mening kan således den slutsatsen dras att en diskriminering som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen har ett nödvändigt och objektivt samband med de olika pensionsåldrar som föreskrivs för kvinnor och för män, och därför kan rättfärdigas med stöd av undantaget enligt artikel 7.1 a i direktiv 79/7, samt mer allmänt av syftet med systemet för förtidspensionering och de objektiva krav som ligger bakom detta.

56. Den första tolkningsfrågan skall därför besvaras så, att artikel 4.1 i rådets direktiv 79/7/EEG om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet inte utgör hinder för ett kollektivavtal för den offentliga sektorn som ger arbetstagare av båda könen möjlighet att begära att av åldersskäl få arbeta deltid men endast fram till den dag då de kan åberopa rätten till full pension med stöd av systemet för skydd mot ålderdom, när den grupp personer som kan erhålla en sådan pension redan vid 60 års ålder nästan uteslutande består av kvinnor, medan den grupp som kan erhålla pensionen först vid 65 års ålder nästan uteslutande består av män.

B — *Den andra tolkningsfrågan*

57. Med hänsyn till mina slutsatser avseende den första frågan är det inte nödvändigt att behandla den andra frågan, eftersom den hänskjutande domstolen, även om den har formulerat frågan i abstrakta ordalag, dock tydligt har ställt denna

enbart för det fall att den föregående frågan besvaras jakande. Jag skall emellertid ändå behandla den andra frågan för det fall att domstolen inte skulle dela min uppfattning avseende den första frågan.

58. Jag erinrar om att den hänskjutande domstolen med den andra frågan i huvudsak begär att få veta huruvida nationella domstolar har befogenhet att underlåta att tillämpa bestämmelser i lagar eller kollektivavtal som på grund av att de är diskriminerande är oförenliga med direktiven 76/207 och 79/7, fram till dess att bestämmelser har antagits som följer principen om likabehandling.

1. Parternas argument

59. Kommissionen har med utgångspunkt från den ursprungliga inställningen, enligt vilken direktiv 76/207 är tillämpligt (se punkt 21), och utan att återvända till denna punkt under förhandlingen, även om den har riktat uppmärksamheten på direktiv 79/7, i det skriftliga skedet påpekat att svaret på den andra frågan i vanliga fall skall återfinnas i de nationella reglerna för införlivande (i synnerhet i de bestämmelser genom vilka artikel 5.2 i direktiv 76/207 har genomförts), med vilka Förbundsrepubliken Tyskland, genom vad som kunnat bevisas för kommissionen, har genomfört de båda ifrågavarande direktiven i den nationella rättsordningen. Jag vill dock påpeka att vare sig den hänskjutande domstolen eller den tyska regeringen eller kommissionen har angett vilka åtgärder, om några sådana föreligger, som Förbundsrepubliken Tyskland har vidtagit för att införliva artikel 5.2 i direktiv 76/207.

60. Med utgångspunkt från förutsättningen att förtidspensioneringen i huvudsak endast regleras genom kollektivavtal [31] har kommissionen närmare bestämt preciserat att för det fall att den tyska lagstiftaren skulle ha valt den första av de tre lösningarna som anges under b i denna bestämmelse, det vill säga att de bestämmelser (såvitt är av intresse här) i kollektivavtalen som strider mot principen om likabehandling automatiskt skulle vara ogiltiga, skulle problemet i den andra tolkningsfrågan inte uppkomma. Om den nationella lagstiftaren i stället valt någon av de andra två lösningarna, det vill säga möjligheten att förklara att de diskriminerande bestämmelserna i de ovannämnda kollektivavtalen är ogiltiga eller måste ändras, då kan de tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelsernas fulla och omedelbara verkan äventyras på grund av de svårigheter som den berörda kan möta för att erhålla en ogiltigförklaring eller en ändring av dessa bestämmelser. I förevarande fall bör dessa svårigheter dock inte vara särskilt allvarliga, eftersom Helga Kutz-Bauer är offentliganställd. Den natio-

31 — Detta med stöd av de något begränsade upplysningarna i beslutet om hänskjutande, i vilket AtG inte heller nämns.

nella lagstiftaren skall i så fall med stöd av principen om direktivens ändamålsenliga verkan nämligen ge ogiltigförklaringen eller ändringen av de diskriminerande bestämmelserna retroaktiv verkan, åtminstone i vad avser de fall beträffande vilka en rättslig åtgärd redan pågår. Kommissionen har vidare noterat att varje anspråk på att gentemot staten i dess egenskap av arbetsgivare göra rättigheterna enligt direktiv 76/207 gällande vid domstol, skulle förlora sin verkan om ogiltigförklaringen eller ändringen inte kunde ge egna effekter från början (*ex tunc*) (se artikel 6 i direktiv 76/207). Kommissionen har tillagt att om det därefter av praktiska skäl inte är möjligt att ge ogiltigförklaringen eller ändringen av de diskriminerande bestämmelserna retroaktiv verkan, måste lagstiftaren föreskriva möjligheten av en ersättning, till exempel i form av en årlig inkomst av utbetalningar av fyllnadsbidrag, på sätt så att anspråken från den berörda i förevarande fall kan tillfredsställas.

61. Om den tyska lagstiftaren däremot inte fullständigt har genomfört direktiv 76/207, skall de nationella bestämmelser som strider mot likabehandlingsprincipen enligt kommissionen inte tillämpas i enlighet med rättspraxis i målet Marshall, genom vilken domstolen fastställde att det ifrågavarande direktivet hade direkt verkan i ett fall då arbetstagaren gentemot staten i dess egenskap av arbetsgivare gjorde sina egna intressen gällande. Det förhållandet att de diskriminerande bestämmelserna endast delvis har antagits av staten och även delvis i överensstämmelse med fackföreningarna (kollektivavtalet) är inte heller av betydelse, eftersom det är fackföreningarnas uppgift att skydda arbetstagarnas rättigheter. Kommissionen har tillagt att om dessa försvarar klausuler i kollektivavtal som strider mot grundläggande bestämmelser i arbetsrätten, handlar de på ett sätt som inte är förenligt med deras uppgift.

62. Den tyska regeringen har inte uttalat sig om den andra tolkningsfrågan, medan Freie und Hansestadt Hamburg endast allmänt har hänvisat till domstolens rättspraxis. I frågan om kollektivavtalen som är oförenliga med gemenskapsrätten har Freie und Hansestadt Hamburg särskilt åberopat domen i målet *Nimz*, [32] i vilken domstolen har utvidgat rättspraxis i målet Simmenthal till att omfatta det fallet. [33] Den nationella domstolen har vid tillämpningen av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna i kraft av denna rättspraxis skyldighet att säkerställa att dessa regler ges full verkan, eventuellt även genom att underlåta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen som kan strida mot gemenskapsrätten.

32 — Dom av den 7 februari 1991 i mål C-184/89, Nimz (REG 1991, s. I-297).

33 — Dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75).

2. Bedömning

63. För att besvara den aktuella frågan utgår jag, av skäl som utförligt förklarats ovan, från att direktiv 79/7 är tillämpligt i förevarande fall. I likhet med direktiv 76/207 åläggs medlemsstaterna genom direktiv 79/7 skyldigheten att upphäva bestämmelser i lagar och andra författningar som strider mot likabehandlingsprincipen (se artikel 5.2 a respektive artikel 5), samt att vidta de åtgärder som behövs för att göra det möjligt för alla som anser sig förfördelade på grund av att likabehandlingsprincipen inte tillämpats att göra sina rättigheter gällande vid domstol (se artikel 6 i båda direktiven). Mot bakgrund av föremålet för direktiv 79/7 finns i detta däremot inte någon bestämmelse motsvarande artikel 5.2 b i direktiv 76/207, genom vilken den ovannämnda skyldigheten utvidgas även i förhållande till bestämmelser i andra rättsakter, och särskilt såvitt här är av intresse i kollektivavtal. I denna bestämmelse ges dock enligt min mening nyttiga anvisningar för att avgöra vad som är lämpliga instrument, som på ett effektivt sätt skall säkerställa att likabehandlingsprincipen följs även i förhållande till direktiv 79/7.

64. Avsaknaden i direktiv 79/7 av bestämmelser av den typ som finns i artikel 5.2 b i direktiv 76/207 har, såsom jag har påpekat, uppenbarligen sin bakgrund i att direktiv 79/7 på grund av föremålet för detta i princip hänför sig till rättssystem. Men om innehållet i dessa system, såsom i det förevarande fallet, fastställs, införlivas eller genomförs genom ett kollektivavtal, blir skälen som ligger till grund för denna bestämmelse åter fullt användbara. Således skall även i detta fall lösningarna som kan hänföras till dessa beaktas såsom möjliga instrument avsedda att, såsom just är syftet med direktiv 79/7, säkerställa att de i direktiven fastställda principerna tillämpas fullt ut. Domstolen har för övrigt med en rättspraxis av allmän giltighet preciserat att "den nationella domstolen som har till uppgift att inom ramen för sin behörighet tillämpa gemenskapsrättsbestämmelserna är skyldig att säkerställa att dessa regler ges full verkan, genom att med stöd av sin egen behörighet, om det behövs, underlåta att tillämpa varje motstridande bestämmelse i nationell lagstiftning, utan att domstolen behöver begära eller avvakta ett föregående undanröjande av en sådan bestämmelse genom lagstiftning eller något annat konstitutionellt förfarande",[34] och detta även "i det fall i vilket den bestämmelse som strider mot gemenskapsrätten härrör från ett arbetskollektivavtal".[35] Domstolen har dessutom även, just med avseende på förbudet mot diskriminering enligt artikel 4.1 i direktiv 79/7, preciserat att detta även skall tillämpas på kollektivavtal,[36] eftersom "[d]en omständigheten att... regeringen (i den berörda medlemsstaten) inte deltar i förhandlingarna om kollektivavtalen befriar den inte från skyl-

34 — Domen i det ovannämnda målet Nimz, punkt 19, i vilken, som jag har sagt, domen i målet Simmenthal åberopas.

35 — Domen i det ovannämnda målet Nimz, punkt 20.

36 — Se dom av den 28 oktober 1999 i mål C-187/98, kommissionen mot Grekland (REG 1999, s. I-7713), punkt 44.

digheten att anta de *kompletterande* bestämmelser som behövs för att säkerställa att de krav som följer av gemenskapsreglerna iakttas". [37]

65. Sedan detta klargjorts återstår det alltså att konkret undersöka vilka befogenheter de nationella domstolarna har för att i ett fall som det förevarande slå vakt om likabehandlingsprincipen. Jag erinrar för övrigt ännu en gång om att i avsaknad av uppgifter om vilka åtgärder som Förbundsrepubliken Tyskland har antagit för att införliva artikel 5.2 b i direktiv 76/207, måste alla möjliga alternativ i detta avseende undersökas, med tanke på att vilken lösningen än kan vara som den tyska lagstiftaren i verkligheten har valt, måste den säkerställa att de i direktiven fastställda principerna tillämpas fullt ut.

66. Genom att således för det första anta att den tyska lagstiftarens val har inriktat sig på lösningar av den typ som de som anges i artikel 5.2 b i direktiv 76/207, särskilt i meningen att föreskriva att diskriminerande klausuler i kollektivavtal får upphävas eller ändras, är det, såsom kommissionen har framhållit, klart att den berörda arbetstagaren inte skall lida skada på grund av den tid som i det fallet krävs för att i domstol göra sina rättigheter gällande. Detta innebär att upphävandet eller ändringen måste kunna ha retroaktiv verkan. Enligt min mening är det viktigt att i denna fråga erinra om domstolens dom i målet kommissionen mot Grekland, i vilken det just med avseende på direktiv 79/7 har klargjorts att medlemsstaternas skyldighet att "genom lämpliga lagar och andra författningar säkerställa att alla arbetstagare i gemenskapen *fullt ut* omfattas av det skydd som föreskrivs i direktivet" (punkt 47, min kursivering), innefattar skyldigheten att föreskriva att diskriminering på grund av kön skall upphävas med retroaktiv verkan (se punkt 48).

67. Om Förbundsrepubliken Tyskland däremot inte korrekt har införlivat direktiven i fråga måste den i vart fall alltjämt säkerställa skyddet av de rättigheter som garanteras i dessa. Såsom är känt har enligt domstolens fasta rättspraxis "de enskilda i alla de fall då ett direktivs bestämmelser med hänsyn till sitt innehåll framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa, rätt att

37 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland, punkt 50, min kursivering.

åberopa dem gentemot staten, såväl när denna underlåter att i tid genomföra direktivet i nationell rätt som när den genomför direktivet på ett felaktigt sätt", [38] och detta eftersom staten "inte [kan] gentemot de enskilda åberopa sin egen underlåtenhet att fullgöra de skyldigheter som direktivet medför". [39] Jag erinrar i förevarande fall om att artikel 4.1 i direktiv 79/7 enligt en numera fast rättspraxis har direkt verkan eftersom den "är tillräckligt precis och ovillkorlig för att enskilda skall kunna åberopa den inför nationella domstolar för att få tillämpningen av nationella bestämmelser som är oförenliga med artikeln att upphöra". [40]

68. Det är sant att en bestämmelse i ett direktiv som har direkt verkan endast kan göras gällande gentemot en medlemsstat, [41] men såsom är känt har domstolen dessutom fastställt att "när enskilda rättssubjekt har möjlighet att stödja sig på ett direktiv i en talan gentemot staten, kan de göra detta oavsett om denna agerar i egenskap av arbetsgivare eller offentlig myndighet. I båda fallen är det angeläget att staten hindras från att dra nytta av sin underlåtenhet att följa gemenskapsrätten". [42] Eftersom arbetsgivaren i förevarande fall är Freie und Hansestadt Hamburg, det vill säga en lokal offentlig myndighet, och således slutligen staten, har Helga Kutz-Bauer rätt att åberopa förbudet mot diskriminering enligt artikel 4.1 i direktiv 79/7 och på så sätt, även retroaktivt, erhålla sina rättigheter. [43]

69. Sammanfattningsvis är jag av den uppfattningen att den andra tolkningsfrågan skall besvaras jakande.

38 — Domen i det ovannämnda målet Marshall, punkt 46 (med ytterligare hänvisningar).

39 — Domen i det ovannämnda målet Marshall, punkt 47.

40 — Domen i det ovannämnda målet Balestra (punkt 32, med ytterligare hänvisningar). Se även domen i det ovannämnda målet Ruzius-Wilbrink (punkt 19 med ytterligare hänvisningar), dom av den 1 juli 1993 i mål C-154/92, van Cant (REG 1993, s. I-3811), punkt 14, med ytterligare hänvisningar, och dom av den 27 oktober 1993 i mål C-337/91, Van Gemert-Derks (REG 1993, s. I-5435), punkt 31 och följande punkter, med ytterligare hänvisningar. För ett liknande resonemang med avseende på artikel 5.1 i direktiv 76/207, se, i fråga om samtliga domar, domen i det ovannämnda målet Marshall (punkt 52), och dom av den 12 juli 1990 i mål C-188/89, Foster mot British Gas (REG 1990, s. I-3313; svensk specialutgåva, volym 10, s. 479), punkt 21.

41 — Domen i det ovannämnda målet Marshall, punkt 48, och dom av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. 2), punkterna 19—25.

42 — Domen i det ovannämnda målet Marshall, punkt 49, min kursivering.

43 — På grund av vad som framgår av den i punkt 55 ovan nämnda domen i målet kommissionen mot Grekland.

## IV — Förslag till avgörande

70. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag därför att domstolen skall fastställa följande:

Artikel 4.1 i rådets direktiv 79/7/EEG om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet utgör inte hinder för ett kollektivavtal för den offentliga sektorn som ger arbetstagare av båda könen möjlighet att begära att av åldersskäl få arbeta deltid men endast fram till den dag då de kan åberopa rätten till full pension med stöd av systemet för skydd mot ålderdom, när den grupp personer som redan kan erhålla en sådan pension vid 60 års ålder nästan uteslutande består av kvinnor, medan den grupp som kan erhålla pensionen först vid 65 års ålder nästan uteslutande består av män.

71. I andra hand, det vill säga för det fall att domstolen skulle anse att det beskrivna systemet för förtidspensionering enligt den tyska rättsordningen är oförenligt med principen om likabehandling av kvinnor och män, föreslår jag att domstolen med avseende på den andra tolkningsfrågan skall fastställa följande:

De nationella domstolarna har befogenhet, när bestämmelser i kollektivavtal och i nationell lagstiftning strider mot rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor respektive direktiv 79/7/EEG, att tillämpa de nämnda bestämmelserna till förmån för den grupp som missgynnas, med undantag för de bestämmelser som strider mot EG-rätten, fram till dess att en icke diskriminerande reglering antagits av de avtalsslutande parterna genom ett nytt kollektivavtal och/eller av lagstiftaren.