FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN

fremsat den 15. maj 1992 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. De to foreliggende sager drejer sig om en anmodning fra Court of Appeal, London (herefter benævnt »den forelæggende ret«), til Domstolen om en præjudiciel afgørelse vedrørende rækkevidden af Rådets direktiv 76/207/EØF af 9. februar 1976 (herefter benævnt »direktiv 76/207«) [1] og af Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 (herefter benævnt »direktiv 79/7«) [2]. De for Domstolen forelagte spørgsmål er blevet rejst under en retssag mellem sagsøgerne, Sonia Jackson og Patricia Cresswell (herefter benævnt enten »Jackson og Cresswell«, eller »sagsøgerne i hovedsagen«) og sagsøgte, den britiske Chief Adjudication Officer (herefter benævnt »Chief Adjudication Officer«), der vedrører spørgsmålet, om to britiske bistandsordninger er forenelige med fællesskabsretten i det omfang, de ikke ved beregningen af ydelserne tager hensyn til udgifter til børnepasning.

De faktiske omstændigheder og den retlige baggrund

2. De to bistandsordninger, som sagen drejer sig om, kan sammenfattes på følgende måde.

Med Supplementary Benefits Act 1976 (herefter benævnt »SBA«), som er til behandling i sag C-63/91 (Jackson), indførtes en supplerende bistandshjælp (»supplementary benefit«) for personer, der er fyldt 16 år, hvis indtægt ikke var tilstrækkelig til at dække det fornødne til deres underhold (»requirements«). For personer over pensionsalderen var der mulighed for at opnå denne ydelse som en supplerende pensionsydelse (»supplementary pension«). Ydelsen svarede til det beløb, som den pågældende person manglede i fornødent underhold (hvis poster var anført på en liste). Personer under pensionsalderen skulle derimod for at kunne gøre krav på en supplerende bistandshjælp (som i dette tilfælde hed »supplementary allowance«) principielt stå til rådighed for arbejdsmarkedet [3]. I henhold til Supplementary Benefit (Conditions of Entitlement) Regulations 1981 gjaldt dette krav dog ikke for enlige forsørgere med et hjemmeboende barn, som de forsørgede [4].

Endvidere indeholdt Supplementary Benefit (Resources) Regulations 1981 den bestemmelse, at der fra de berettigedes erhvervsindkomst skulle fratrækkes rimelige udgifter til

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — 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).

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

3 — Section 5(1)(a) SBA.

4 — Regulation 6(a) Supplementary Benefit (Conditions of Entitlement) Regulations 1981.

børnepasning ved beregning af erhvervsindkomsten [5]. Uddannelsesstøtte (»training allowance«), der blev udbetalt i henhold til bestemmelserne om Manpower Services Commission — det i henhold til lovgivningen oprettede organ, der har til opgave at tilrettelægge erhvervsuddannelserne — blev behandlet som indkomst ved beregningen af bistandshjælpen [6]. Fra en sådan uddannelsesstøtte, der blev behandlet som indkomst, kunne der dog ikke fratrækkes familieudgifter, herunder udgifter til børnepasning, til brug for beregningen af den pågældende persons indkomst. Udgifter til børnepasning kunne heller ikke tages i betragtning derved, at de blev påført listen over posterne vedrørende fornødent underhold. De gennemførelsesforanstaltninger, der fastsatte indholdet af denne liste, Supplementary Benefit (Requirements) Regulations 1983, tillod nemlig kun udgifter til almindeligt husholdningsarbejde (»ordinary domestic task«) at tælle med, såfremt de pågældende myndige familiemedlemmer på grund af alder, dårligt helbred, invaliditet eller tunge familiære forpligtelser (»old age, ill-health, disability or heavy family responsibilities«) ikke var i stand til selv at udføre dette arbejde [7].

3. SBA blev fra april 1988 erstattet af Social Security Act 1986 (herefter benævnt »SSA«), som er den relevante lov i sag C-64/91 (Cresswell). Sidstnævnte lov erstatter ovennævnte supplerende bistandshjælp med den såkaldte indtægtsstøtte (»income support«), der udbetales til enhver, der er fyldt 18 år, hvis indkomster ikke er tilstrækkelige til at dække det fornødne til hans underhold, såfremt han ikke udfører indtægtsgivende arbejde (»is not engaged in remunerative work«), eller vedkommendes ægtefælle eller samlever ikke udfører indtægtsgivende arbejde, og som — bortset fra visse undtagelser — er til rådighed for arbejdsmarkedet [8]. I henhold til Income Support (General) Regulations 1987 gælder dette sidstnævnte krav ikke for enlige forældre, der har ansvaret for et hjemmeboende barn [9]. I disse regler er begrebet »indtægtsgivende arbejde« endvidere defineret som arbejde på gennemsnitligt ikke under 24 timer om ugen [10]. I modsætning til SBA tillader SSA ikke, at der i indkomst fra en deltidsbeskæftigelse fratrækkes udgifter til børnepasning. Disse udgifter må heller ikke lægges til ved beregning af det fornødne til en persons underhold.

5 — Regulation 10(4)(c)(ii) Supplementary Benefit (Resources) Regulations 1981: »In calculating the amount of a person's earnings, there shall be deducted from the earnings which he derives from any employment ... expenses reasonably incurred by him without reimbursement in respect of ... the making of reasonable provision for the care of another member of the assessment unit because of his own necessary absence from home to carry out his duties in connexion with that employment ...« (Ved beregningen af en persons indkomst fratrækkes i indkomsten, som oppebæres ved beskæftigelse af enhver art ... rimelige ikke-godtgørelsesberettigede udgifter, som denne person afholder med henblik på ... passende foranstaltninger til pasning af et andet medlem af beregningsenheden på grund af, at han nødvendigvis må være fraværende fra hjemmet for at opfylde sine forpligtelser i forbindelse med beskæftigelsen ...«).

6 — Regulation 11(2)(h) Supplementary Benefit (Resources) Regulations 1981.

7 — Det forlyder, at der i et tilsvarende tilfælde som Jacksonsagen af en Social Security Commissioner blev truffet afgørelse om, at en person, der kun skulle forsørge ét barn, ikke kunne anses for at have »tunge familiære forpligtelser«, og at de familiære forpligtelser ikke blev »tunge« på grund af den pågældende persons beslutning om at tage en erhvervsuddannelse.

8 — Section 20(3) SSA.

9 — Regulation 8, sammenholdt med schedule 1, section 1, i Income Support (General) Regulations 1987.

10 — Regulation 5(1) Income Support (General) Regulations 1987.

4. På det tidspunkt, da forholdene, der ligger til grund for sag C-63/91, udspillede sig, var Jackson 23 år. Hun var ugift, arbejdsløs og moder til et barn på 4 år. Hun fik udbetalt forskellige ydelser (»child benefit« og »one-parent benefit«), og fra marts 1982 fik hun tillige supplerende bistandshjælp i henhold til SBA. I september 1986 begyndte hun at følge en uddannelse, der var tilrettelagt af Manpower Services Commission. Som følge heraf fik hun udbetalt en ugentlig uddannelsesstøtte. Da hendes indkomst derved kom til at overstige det fornødne til hendes underhold, inddrog den kompetente myndighed, Adjudication Officer, Jackson's bistandshjælp. Myndigheden afslog i den forbindelse at tage hensyn til de udgifter til børnepasning, som Jackson måtte afholde, mens hun gennemførte den faglige uddannelse.

På tidspunktet for de forhold, der ligger til grund for sag C-64/91, var Cresswell 30 år. Hun var fraskilt og moder til to børn på henholdsvis 5 og 2 år, som hun var eneforsørger for. Hun havde i en vis periode været fuldtidsledig, før hun i september 1988 begyndte at arbejde deltids (22 timer om ugen i det akademiske år, dvs. gennemsnitligt under 24 timer om ugen) som grafisk tegner på Exeter University. Indtil da havde hun, ligesom Jackson, modtaget ydelserne »child benefit« og »one-parent benefit«. Hun havde endvidere i nogen tid modtaget en indtægtsstøtte i henhold til SSA. Fra ansættelsestidspunktet nedsatte Adjudication Officer hendes indtægtsstøtte uden samtidig i Cresswell's ugentlige indkomst at fratrække de udgifter til børnepasning, som hun måtte afholde.

5. Såvel Jackson som Cresswell gjorde gældende, at afslaget på at tage hensyn til udgifter til børnepasning udgør en forskelsbehandling på grundlag af køn, som er i strid med fællesskabslovgivningen på dette område.

Efter at de forgæves havde henvendt sig til Social Security Appeal Tribunal og Social Security Commissioner, anlagde de sag ved den forelæggende ret. Da denne ret var af den opfattelse, at begge sager kræver en fortolkning af direktiverne 79/7 og 76/207, har den ved to kendelser af 21. december 1990 forelagt Domstolen en række præjudicielle spørgsmål.

I sag C-63/91 (Jackson) lyder disse spørgsmål:

»1) Er supplerende bistandshjælp — som var en ydelse, der på grundlag af en række personlige omstændigheder kunne ydes personer, som ikke havde det fornødne til deres underhold som defineret i loven, og som var eller ikke var ramt af en af de i artikel 3 i direktiv 79/7 angivne risici — omfattet af anvendelsesområdet for artikel 3 i direktiv 79/7?

2) Er svaret på spørgsmål 1) i alle situationer det samme, eller afhænger svaret af,

om en person er ramt af en af de i artikel 3 i direktiv 79/7 angivne risici?

3) Er betingelserne for at kunne oppebære supplerende bistandshjælp omfattet af direktiv 76/207, når de alene vedrører adgangen til at modtage den nævnte ydelse, men deres virkninger i praksis kan være, at en enlig forælders mulighed for at deltage i en erhvervsuddannelse begrænses?«

I sag C-64/91 (Cresswell) stilles de samme spørgsmål, dog særligt vedrørende indtægtsstøtten og Cresswell's situation:

»1) Er indtægtsstøtte — en ydelse, som er en ydelse, der på grundlag af en række personlige omstændigheder kan ydes personer, som ikke har det fornødne til deres underhold som defineret i loven, og som er eller ikke er ramt af en af de i artikel 3 i direktiv 79/7 angivne risici — omfattet af anvendelsesområdet for artikel 3 i direktiv 79/7?

2) Er svaret på spørgsmål 1) i alle situationer det samme, eller afhænger svaret af, om en person er ramt af en af de i artikel 3 i direktiv 79/7 angivne risici?

3) Er betingelserne for at kunne oppebære indtægtsstøtte omfattet af direktiv 76/207, når de alene vedrører adgangen til at modtage den nævnte ydelse, men deres virkninger i praksis kan være, at en enlig forælders mulighed for at påtage sig deltidsbeskæftigelse begrænses?«

I en dom af samme dato, som ledsager forelæggelseskendelserne, anmoder den forelæggende ret endvidere Domstolen om, såfremt den kommer til det resultat, at begge direktiver finder anvendelse, at udtale sig om, hvorledes Jackson og Cresswell kan opnå deres ret [11].

6. Inden jeg begynder min redegørelse, skal jeg opholde mig et øjeblik ved sidstnævnte anmodning. Kommissionen anser det ikke for at være en selvfølge, at Domstolen tager anmodningen til følge. Den forelæggende ret har, som Kommissionen anfører i sine supplerende bemærkninger, ikke behov for et svar på dette spørgsmål, da den på dette stadium i proceduren kun skal afgøre, om direktiv 79/7 og 76/207 finder anvendelse. Spørgsmålet om, hvorledes rettighederne gennemføres, bliver først relevant på et senere tidspunkt og ved en anden domstol, nemlig den ret, der pådømmer hovedsagen (»fact-finding body«), som disse sager henvises til, såfremt Domstolens afgørelse går ud på, at begge bistandsordninger er omfattet af det ene og/eller det andet direktiv, og som så skal undersøge, om de indeholder en forskelsbehandling, og om denne eventuelt er begrundet. Af Pardini-dommen [12] udleder

11 — Dom af 21.12.1990, s. 20, D (herefter benævnt »forelæggelsesdommen«).

12 — Dom af 21.4.1988, sag 338/85, Sml. s. 2041, præmis 11.

Kommissionen, at Domstolen kun er kompetent til at træffe en præjudiciel afgørelse i henhold til traktatens artikel 177, såfremt den nationale ret, der forelægger sagen, selv skal bruge afgørelsen til at dømme i en ved denne ret verserende sag.

Jeg er ikke enig i dette synspunkt. Det er Domstolens faste praksis, at den nationale rets kompetence med hensyn til forelæggelse af et præjudicielt spørgsmål skal opfattes bredt [13]. Afgørende er den forelæggende rets egen bedømmelse, og den har i den foreliggende sag udtrykkeligt tilkendegivet, at spørgsmålet om, hvorledes Jackson og Cresswell kan genindsættes i deres rettigheder, er et principielt spørgsmål af almen interesse, for så vidt det angår den måde, på hvilken nationale retsinstanser skal gennemføre de direktiver, som der ønskes en afgørelse om, såfremt det fastslås, at direktiverne finder anvendelse [14]. Endvidere henviser retten med fuld føje til den allerede lange behandlingstid i de to sager (der nu har verseret i over fem år) og til nødvendigheden af som led i en behørig retsbeskyttelse at spare den tid og de omkostninger, som uundgåeligt ville følge af en ny præjudiciel forelæggelse i samme sag på et senere tidspunkt, hvorved den nye forelæggelse kan foretages af en lavere retsinstans, men også kan foretages af den forelæggende ret i nærværende sag, såfremt underinstansens afgørelse appelleres.

7. I min gennemgang vil jeg først behandle spørgsmålet om, hvorvidt de pågældende ydelser er omfattet af direktiv 79/7, og om dette afhænger af, om personen befinder sig i en i dette direktiv nævnt situation. Derefter undersøger jeg, om begge ordninger er omfattet af direktiv 76/207. Såfremt det viser sig, at ydelserne er omfattet af det ene og/eller det andet direktiv, vil jeg behandle spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en af det pågældende direktiv forbudt forskelsbehandling på grundlag af køn, og under hvilke omstændigheder den kan være berettiget. Til slut behandler jeg spørgsmålet om, hvorledes de krænkede rettigheder kan genoprettes.

Anvendelsesområdet for direktiv 79/7

8. Som bekendt er formålet med direktiv 79/7 en gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder (herefter benævnt »princippet om ligebehandling«) med hensyn til social sikring. Den gradvise karakter fremgår af titlen (jf. ovenfor i punkt 1), præamblen (henvisning til artikel 1, stk. 2, i Rådets direktiv 76/207 og betragtningen om, at princippet om ligebehandling »i første række« skal gennemføres på de af direktivet omfattede områder) [15] og formuleringen af direktivets artikel 1.

I den netop nævnte artikel 1 er det anført, at der tilsigtes en gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling for så vidt angår den »omhandlede sociale sikring og

13 — Denne praksis sammenfattes i dom af 11.6.1987, sag 14/86, X, Sml. s. 2545. Pardini-dommen afviger ikke fra denne praksis, men ligger derimod i forlængelse af den.

14 — Forelæggelsesdommen, s. 20, C.

15 — Første og anden betragtning i direktiv 79/7.

anden social beskyttelse«. Disse områder præciseres nærmere i artikel 3, stk. 1, der lyder:

»Dette direktiv finder anvendelse:

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

— sygdom

— invaliditet

— alderdom

— arbejdsulykker og erhvervssygdomme

— arbejdsløshed

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.«

Af disse bestemmelser fremgår, at fællesskabslovgiver har villet give princippet om ligebehandling størst prioritet for så vidt angår ordninger, der sikrer beskyttelse mod de såkaldte klassiske risici: sygdom, invaliditet, alderdom, arbejdsulykker, erhvervssygdomme og arbejdsløshed [16]. Ydelser til efterladte og familieydelser er udtrykkeligt ikke omfattet af direktiv 79/7 (artikel 3, stk. 2) [17].

9. Som det kan forventes, er det fortolkningen af artikel 3, stk. 1, diskussionen mellem parterne i hovedsagen drejer sig om. Det Forenede Kongerige, der påberåber sig Drake-dommen [18], gør gældende, at direktiv 79/7 hverken omfatter supplerende bistandshjælp eller indtægtsstøtte. De pågældende ydelser er efter britisk opfattelse bestemt til at beskytte modtagerne mod risikoen for fattigdom og ikke mod de risici, der er nævnt i artikel 3, stk. 1. Det Forenede Kongerige anfører endvidere, at retten til henholdsvis supplerende bistandshjælp og indtægtsstøtte i væsentlig grad er afhængig af en persons indkomst og ikke af, om der foreligger en af de risici, der er nævnt i artikel 3, stk. 1. Med andre ord, den omstændighed, at en person udsættes for en af de risici, der er opregnet i denne bestemmelse, gav eller giver ham ikke automatisk ret til supplerende bistandshjælp eller indtægtsstøtte, hverken efter den gamle eller den nye ordning. På den anden side var eller er der mange personer, der ikke er blevet ramt af de førnævnte risici, som alligevel har fået eller får udbetalt de pågældende ydelser.

Jackson, Cresswell og Kommissionen er derimod af den opfattelse, at begge ydelser er omfattet af direktiv 79/7. Ifølge Jackson og Cresswell er ydelserne omfattet deraf, da de er bestemt til at yde beskyttelse mod de risici, der er opregnet i artikel 3, stk. 1. Det

16 — Også historisk set blev disse risici først dækket af sociale sikringsordninger: jf. J. Van Langendonck, *Handboek sociaal zekerheidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1991, s. 7; J. J. Dupeyroux, *Sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 1986, s. 38 ff.

17 — Dog er familieydelser, der ydes som tillæg til ydelser i forbindelse med de i artikel 3, stk. 1, litra a), nævnte risici, omfattet af direktivet (artikel 3, stk. 2).

18 — Dom af 24.6.1986, sag 150/85, Sml. s. 1995.

afgørende kriterium i sagen er efter deres opfattelse den rolle, som ydelserne i praksis spiller. Selv hvis man udelukkende skulle holde sig til det, der var formålet med ydelserne, skal der efter Drake-dommen gives en bred fortolkning af direktivets anvendelsesområde. Området må ikke indskrænkes til de klassiske bidragsbaserede ordninger, idet man derved udelukker de mere generelle ordninger, som er indtægtsbestemte. Kommissionen understreger endelig, at for at direktiv 79/7 finder anvendelse, er det tilstrækkeligt, at den pågældende støtteordning rent faktisk dækker en af de risici, der er nævnt i artikel 3, stk. 1.

10. Som den forelæggende ret rigtigt bemærker [19], er spørgsmålet her ikke, om supplerende bistandshjælp og indtægtsstøtte skal anses for en lovbestemt ordning eller som social bistand i artikel 3, stk. 1's forstand. Jeg går derfor ikke nærmere ind på denne sondring på dette sted. Det her foreliggende centrale spørgsmål er, om en ordning, for at være omfattet af direktiv 79/7, af lovgiver eller af den administrative myndighed skal være bestemt til at sikre beskyttelse mod de i artikel 3, stk. 1, litra a), nævnte risici, eller om det er tilstrækkeligt, at den faktisk sikrer beskyttelse mod ovennævnte risici. I Domstolens praksis er der efter min opfattelse to domme, der har afgørende betydning for svaret på dette: Drake-dommen, jf. ovenfor, og Smithson-dommen [20].

11. Drake-dommen angik bl.a. spørgsmålet om, hvorvidt et i britisk lovgivning hjemlet invalidepasningsbidrag til personer, der passer invalide (»invalid care allowance«), skal anses for en ydelse i henhold til en lovbestemt ordning, der yder beskyttelse mod invaliditet, og som er omfattet af direktiv 79/7 i medfør af direktivets artikel 3, stk. 1, litra a).

Domstolens besvarede dette bekræftende. Den fastslog, at invaliditet er én af de risici, der er omfattet af artikel 3, stk. 1, litra a). Domstolen udtalte:

»For at en ydelse kan være omfattet af direktivets anvendelsesområde, skal den ... udgøre en lovbestemt ordning, der sikrer beskyttelse mod en af de opregnede risici, eller udgøre en form for social bistand med det samme formål« [21].

Domstolen tog dog hensyn til, at der er indbyrdes forskelle mellem medlemsstaterne for så vidt angår beskyttelsen mod invaliditetsrisikoen. Det Forenede Kongerige har f.eks. i modsætning til de øvrige medlemsstater to forskellige ydelser i den forbindelse, nemlig én til den invalide selv og en anden til den person, der passer den invalide. Sådanne tekniske forskelle spiller dog ifølge Domstolen ingen rolle, idet:

»For at sikre, at den gradvise gennemførelse af princippet om ligebehandling, der er nævnt i artikel 1 og nærmere uddybet i artikel 4 i direktiv 79/7, gennemføres på en harmonisk måde overalt i Fællesskabet, skal

19 — Forelæggelsesdommen, s. 11, C.

20 — Dom af 4.2.1992, sag C-243/90, Sml. I, s. 467.

21 — Drake-dommen, præmis 21.

artikel 3, stk. 1, fortolkes således, at den omfatter enhver ydelse, der i bred forstand indgår i en af de omtalte lovbestemte ordninger, herunder også en bestemmelse om social bistand, der skal supplere eller træde i stedet for en sådan ordning« [22].

Endvidere udtalte Domstolen, at

»... udbetalingen af ydelsen til den, der passer den invalide, jo [er] afhængig af, at der foreligger invaliditet, idet dette — således som Adjudication Officer har erkendt under den mundtlige forhandling — er grundbetingelsen for, at ydelsen udbetales. Ligeledes skal det fremhæves, at der er en åbenbar økonomisk forbindelse mellem ydelsen og den invalide, eftersom den invalide opnår en fordel ved, at der gives støtte til den, der passer den pågældende« [23].

Domstolen konkluderede herefter, at den pågældende ydelse er omfattet af direktiv 79/7. Hvis dette ikke var tilfældet, udtalte Domstolen, ville det være muligt at gennemføre en række formelle ændringer i de bestående ydelser, der omfattes af direktivet, på en sådan måde, at de udelukkes fra dets anvendelsesområde [24].

12. Den for nyligt afsagte dom i Smithson-sagen tager udgangspunkt i argumentationen i Drake-dommen, men tilføjer en række væsentlige præciseringer. Sagen drejede sig om en britisk ordning vedrørende en ydelse (»housing benefit«, herefter benævnt »boligydelse«) til personer med en lav indkomst, således at de bliver i stand til at afholde udgiften til bolig. Retten til boligydelsen og ydelsens størrelse er afhængig af forholdet mellem modtagerens indkomst og en beregnet indkomst (»applicable amount«). Et af elementerne til beregning af denne beregnede indkomst har forbindelse med et såkaldt forhøjet pensionstillæg (»higher pensioner premium«), som bl.a. udbetales til enlige, som er fyldt 60, men ikke 80 år, som oppebærer en eller flere andre socialsikringsydelser, herunder invalidepension (»invalidity pension«). En person, der går på pension (i Det Forenede Kongerige er pensionsalderen 60 år for kvinder, 65 år for mænd), men som endnu ikke er fyldt 65 (kvinder) eller 70 (mænd), har ret til at træde ud af pensionsordningen for at opnå invalidepension.

Da fru Smithson fyldte 60, fik hun ikke længere udbetalt den invalidepension, som hun havde fået udbetalt i nogle år. Selv om hun på det tidspunkt kunne have valgt invalidepension, gjorde hun det ikke, og hun modtog derefter en almindelig pension. Senere blev der i forbindelse med, at hun fik tildelt boligydelse, nægtet hende forhøjet pensionstillæg, fordi hun ikke opfyldte den supplerende betingelse for dette tillæg, nemlig at hun skulle være invalidepensionsmodtager. Smithson kunne heller ikke opfylde betingelsen ved at blive overflyttet fra pension til invalidepension, da hun i mellemtiden var fyldt 67 år.

22 — Præmis 23.
23 — Præmis 24, jf. Smithson-dommen, præmis 13.
24 — Præmis 25.

Det blev anført, at den omstændighed, at det for en kvinde er umuligt — i modsætning til en mand — i alderen 65 til 70 at skifte over fra pension til invalidepension, udgør en forskelsbehandling som omfattet af artikel 4 i direktiv 79/7. Boligydelsen udgør en (del af en) lovbestemt ordning, der sikrer beskyttelse mod tre af de i direktivets artikel 3, stk. 1, litra a), nævnte risici, nemlig invaliditet, alderdom og arbejdsløshed.

Domstolen omformulerede det af den forelæggende ret (som er den samme som i den foreliggende sag) stillede spørgsmål, der drejede sig om artikel 4 i direktiv 79/7, til et spørgsmål om, hvorvidt artikel 3, stk. 1, i direktiv 79/7 omfatter en ordning vedrørende boligydelse, der udregnes på grundlag af en beregnet indkomst, såfremt der ved fastlæggelsen af den beregnede indkomst anvendes kriterier vedrørende beskyttelse mod visse risici, der er omfattet af direktivet, såsom sygdom og invaliditet [25].

Efter at have henvist til det første og det tredje citat fra Drake-dommen, der er anført ovenfor, fortsætter Domstolen:

»Det bemærkes derfor, at selv om de nærmere regler vedrørende udbetalingen af en ydelse ikke er afgørende for, hvordan den kvalificeres i relation til direktiv 79/7, skal ydelsen ikke desto mindre direkte og faktisk være forbundet med beskyttelse mod en af de i direktivets artikel 3, stk. 1, opregnede risici, for at den er omfattet af direktivets anvendelsesområde« [26].

»Det må imidlertid fastslås, at artikel 3, stk. 1, litra a), i direktiv 79/7 ikke omfatter lovbestemte ordninger, som har til formål at sikre personer, hvis faktiske indkomst er lavere end en beregnet indkomst, der opgøres efter bestemte kriterier, en særlig ydelse til afholdelse af deres boligudgifter« [27].

Endvidere fastslår Domstolen, at alder og invaliditet kun er to af de kriterier, der anvendes med henblik på at fastslå, om modtageren økonomisk har behov for en sådan ydelse. Domstolen udtaler, at den omstændighed, at disse kriterier er afgørende for tilkendelsen af det forhøjede pensionstillæg, er ikke tilstrækkeligt til at bringe »ydelsen« ind under direktiv 79/7's anvendelsesområde [28]. Et sådant tillæg er nemlig ikke andet end

»en uadskillelig del af ydelsen som helhed, som skal opveje det forhold, at modtagerens indkomst ikke er tilstrækkelig til dækning af hans boligudgifter, og kan ikke karakteriseres som en selvstændig ordning, der skal sikre beskyttelse mod visse af de risici, der er opregnet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 79/7« [29].

25 — Præmis 10.

26 — Smithson-dommen, præmis 14.

27 — Smithson-dommen, præmis 15.

28 — Smithson-dommen, præmis 16. I den franske version er ordvalget ikke helt entydigt: »allocation majorée«, skulle, efter hvad der fremgår af dommens præmis 3, være »prime majorée«.

29 — Smithson-dommen, præmis 17.

13. Smithson-dommen kræver en vis fortolkning. Jeg opfatter den således: Den omstændighed, at en af direktiv 79/7 omfattet risiko (f.eks. som i Smithson's tilfælde invaliditet) er et element, som der skal tages hensyn til ved udregning af en beregnet indkomst, som derefter er afgørende for, om der kan eller ikke kan udbetales en ydelse, der selv (f.eks. boligydelsen i Smithson-sagen) ikke sikrer beskyttelse mod én af de risici, der er opregnet i direktiv 79/7, bevirker ikke, at den sidstnævnte ydelse falder ind under direktiv 79/7's anvendelsesområde. Sagt på en anden måde, den blotte anvendelse af kriterier, der hænger sammen med en af dette direktiv omfattet risiko, er ikke tilstrækkelig til, at en ydelse, der selv ikke sikrer beskyttelse mod en af de pågældende risici, falder ind under direktivets anvendelsesområde. I Smithson-sagen var forbindelsen mellem de risici, der er opregnet i direktiv 79/7, og boligydelsen ganske rigtigt *for indirekte*. Invaliditet er nemlig kun et kriterium i forbindelse med tilkendelse af en invalidepension, mens udbetalingen af invalidepensionen er en betingelse for at opnå det forhøjede pensionstillæg, som igen er et af de elementer, der indgår ved udregningen af den beregnede indkomst for den person, der ansøger om boligydelse.

14. For så vidt angår undersøgelsen af de foreliggende sager anser jeg det for nødvendigt, at dommene i Drake-sagen og Smithson-sagen læses i sammenhæng. Det afgørende kriterium, som fremgår heraf, er, at en ydelse, for at den skal være omfattet af artikel 3, stk. 1, i direktiv 79/7, skal udbetales i medfør af en selvstændig lovbestemt ordning, henholdsvis som en form for social bistand, der direkte og faktisk er forbundet med beskyttelse (som udtalt af Domstolen i Smithson-dommen) mod en af de i denne bestemmelse opregnede risici. Dette er i hvert fald tilfældet for en ordning — f.eks. den, der var til behandling i Drake-dommen — som gør udbetaling af en ydelse afhængig af en af de i artikel 3, stk. 1, litra a), opregnede risici, idet disse blev betegnet som en grundbetingelse. At ydelsen udbetales til tredjemand, ændrer ikke dens karakter, såfremt den økonomiske fordel af ydelsen tilfalder den person, der er dækket mod den pågældende risiko. Alligevel er kriterierne for tilkendelse af ydelsen, som det er anført i Smithson-dommen, *ikke* afgørende for, om en sådan direkte og faktisk forbindelse foreligger. Den forbindelse, som ordningen skal have med beskyttelsen mod en af de i artikel 3, stk. 1, litra a), opregnede risici, må dog ifølge samme dom ikke være helt indirekte (således som det var tilfældet i Smithson-sagen).

Under alle omstændigheder følger det i hvert fald af Drake-dommen, at afgrænsningen af anvendelsesområdet for direktivets artikel 3, stk. 1, skal foretages under hensyn til dens formål. Som Domstolen understregede i Drake-dommen (se punkt 11 ovenfor), skal det i direktiv 79/7 fastsatte princip om ligebehandling jo gennemføres *harmonisk* i hele Fællesskabet. Derfor er alle de ydelser omfattet, der *i bred forstand* tilkendes på grundlag af en lovbestemt ordning eller bestemmelser om social bistand, som sikrer beskyttelse mod en eller flere af de opregnede risici. I sit forslag til afgørelse i Drake-sagen påpeger generaladvokat Mancini med rette, at

»virkningen af direktivet vil blive bragt i alvorlig fare, hvis måden at udbetale en ydelse på skulle angive grænserne for dets anvendelse. Det er nemlig indlysende, at hvis

man tillod en sådan mulighed, ville det kun være nødvendigt for en medlemsstat at foretage ganske få ændringer af reglerne, hvis den ikke ønskede at gennemføre lighedsprincippet inden for en række områder af den sociale sikring« [30].

Domstolens synspunkt i Drake-dommen passer derfor fint ind i en ubrudt linje af domme i sager om ligebehandling, hvor de pågældende fællesskabsbestemmelsers effektive virkning er tillagt afgørende betydning for gennemførelsen af traktatens og fællesskabslovgivningens formål på dette område med et virvar af nationale ordninger og bestemmelser [31].

15. Denne analyse af den nyeste retspraksis fører til, at jeg på spørgsmålet, om det ved afgørelsen af, om en ordning er omfattet af direktiv 79/7, er *lovgiverens intentioner* eller det *faktiske resultat*, der tæller, vil give det svar, at det er den faktiske sikring af beskyttelse mod en af de i direktivet opregnede risici, der er afgørende.

Som sagt (se ovenfor i punkt 9) er Det Forenede Kongerige tilhænger af den første, snævre opfattelse. Efter dets opfattelse er hverken supplerende bistandshjælp eller indtægtsstøtte omfattet af direktiv 79/7, fordi disse ordninger ikke er uløseligt forbundet med risikoen for arbejdsløshed (eller alderdom), men er bestemt til at sikre modtagerne af ydelserne beskyttelse mod risikoen for fattigdom, som er en risiko, der ikke er nævnt i direktivets artikel 3, stk. 1. At en sådan uløselig forbindelse mangler, fremgår i øvrigt af den omstændighed, at ingen af de i artikel 3, stk. 1, nævnte risici er en grundbetingelse for supplerende bistandshjælp eller indtægtsstøtte i den forstand, at de garanterer modtageren en automatisk ret til bistandshjælp eller støtte. Tværtimod er der efter Det Forenede Kongeriges opfattelse mange personer, der ikke er udsat for en af de i artikel 3, stk. 1, opregnede risici, som alligevel får udbetalt den pågældende bistandshjælp eller støtte.

16. Jeg kan ikke være enig i denne opfattelse. For så vidt angår formålet at sikre beskyttelse mod fattigdom, er det korrekt, at denne situation ikke som sådan er nævnt i artikel 3, stk. 1, i direktiv 79/7. Ikke desto mindre betyder beskyttelse mod de i denne bestemmelse opregnede risici i sidste ende en beskyttelse mod indtægtstab eller fattigdom, der opstår som følge af, at en af disse risici bliver aktuel. Den omstændighed, at en lovgivning tager hensyn til økonomisk trang i forbindelse med, om der skal ydes større eller mindre beskyttelse mod en af de i artikel 3, stk. 1, nævnte risici, fratager heller ikke den pågældende ordning dens karakter af beskyttelse mod en af de pågældende risici.

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt ordningen er eller ikke er uløseligt forbundet med en af de i direktiv 79/7 nævnte risici, således som det kommer til udtryk i de i ordningen nævnte tildelingskriteriers karakter af grundbetingelser, deler jeg heller ikke

30 — Sml. 1986, s. 2000, punkt 5.

31 — Se navnlig retspraksis vedrørende anvendelsen af EØF-traktatens artikel 119 og det af direktiv 76/207 omfattede forbud mod forskelsbehandling. Med hensyn til artikel 119, jf. dom af 4.2.1988, sag 157/86, Murphy, Sml. s. 673, præmis 10, og af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 34. For så vidt angår henvisningen til den effektive virkning ved fortolkningen af direktiv 76/207, jf. dom af 12.7.1990, sag C-188/89, Foster, Sml. I, s. 3313, præmis 16, og af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941, præmis 24.

Det Forenede Kongeriges opfattelse. Kravet om effektiv virkning og nødvendigheden af at gennemføre direktivet harmonisk og uden hensyn til formelle forskelle inden for hele Fællesskabet er efter min opfattelse til hinder for, at man kun ser på de mere eller mindre udtrykkelige formål, som en national lovgiver har udstyret en bestemt ordning med. Ved undersøgelsen af, om en ordning er omfattet af direktiv 79/7, må man også være opmærksom på ordningens *virkning*, dvs. om den sikrer modtagerne en faktisk beskyttelse — bl.a. under hensyntagen til andre ordninger inden for rammerne af de eksisterende sociale sikringsordninger — mod en af de i direktivets artikel 3, stk. 1, nævnte risici.

Kravet om, at ordningen skal være direkte og faktisk forbundet med én af de i artikel 3, stk. 1, nævnte risici, må derfor ikke opfattes sådan, at den nævnte risiko skal være en grundbetingelse for tilkendelsen af ydelsen eller støtten. Dette kræves intetsteds, hverken i direktiv 79/7 eller i Domstolens praksis. En sådan eksklusiv tilknytning — det kan vi læse af Drake-dommen — er ganske vist en væsentlig, men ingen nødvendig faktor ved bedømmelsen af, om en ydelse er led i en lovbestemt ordning eller er social bistand til beskyttelse mod en i direktiv 79/7 nævnt risiko. Begrebet grundbetingelse blev i Drake-dommen i øvrigt anvendt i forbindelse med udbetaling af en ydelse til den, der passede den invalide (jf. ovenfor, punkt 11). Den eksklusive tilknytning blev i denne dom, ligesom den økonomiske fordel, som den invalide fik af ydelsen, betragtet som et tegn på, at også en ydelse, der udbetales *til tredjemand*, sikrer den invalide selv en beskyttelse. Afgørende er i øvrigt ikke — som det fremgår udtrykkeligt af Smithson-dommen — de kriterier, der i ordningen er fastsat for tildeling af ydelsen, men derimod den direkte og faktiske forbindelse mellem ydelsen og *beskyttelsen* mod en af de i artikel 3, stk. 1, litra a), nævnte risici.

17. Med dette standpunkt går jeg også imod det standpunkt, som Det Forenede Kongerige indtager med hensyn til de i artikel 3, stk. 1, nævnte bestemmelser om social bistand. Selv i tilfælde af at supplerende bistandshjælp og indtægtsstøtte skulle anses for at være social bistand som omhandlet i direktiv 79/7, falder de ifølge Det Forenede Kongerige alligevel uden for direktivets anvendelsesområde, da de *ikke er bestemt til* (»not intended«) at supplere eller træde i stedet for lovbestemte ordninger som omfattet af artikel 3, stk. 1, litra a). Det Forenede Kongerige anser her to domme om forordning (EØF) nr. 1408/71 [32] for at være vejledende, nemlig Hoeckx-dommen [33] og Scrivner-dommen [34]. I disse domme fastslog Domstolen, at den belgiske eksistensminimumsordning ikke var omfattet af den nævnte forordnings anvendelsesområde, da det drejede sig om en generel ydelse. Det

32 — Rådets forordning af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT 1971 II, s. 366). Med hensyn til den seneste konsoliderede udgave af forordningens tekst, se EFT 1983 L 230, s. 8.

33 — Dom af 27.3.1985, sag 249/83, Sml. s. 973.

34 — Dom af 27.3.1985, sag 122/84, Sml. s. 1027.

samme må være gældende for supplerende bistandshjælp og indtægtsstøtte i forhold til direktiv 79/7.

Disse argumenter er ikke overbevisende. For det første henviser Det Forenede Kongerige med urette til en forskel mellem de forskellige sprogversioner af direktiv 79/7. Hvor andre versioner i artikel 3, stk. 1, litra b), taler om bestemmelser, der er bestemt til at supplere eller træde i stedet for de i litra a) omhandlede ordninger, er der i den engelske tekst tale om ordninger, der er *indført i det øjemed* (»is intended«) at supplere eller træde i stedet for dem. I betragtning af nødvendigheden af at give direktivets bestemmelser en effektiv virkning er en sådan »hensigtsfortolkning« dog forkert. I øvrigt er det et spørgsmål, om ovennævnte domme, der er afsagt i forbindelse med forordning 1408/71, har nogen værdi som præcedens her. Forholdet er jo det — i modsætning til direktiv 79/7 — at ordninger vedrørende offentlig social forsorg udtrykkeligt er undtaget fra forordning nr. 1408/71's anvendelsesområde (artikel 4, stk. 4).

18. Såfremt Domstolen er enig i mit synspunkt, at der ikke kun skal tages hensyn til det (udtrykkelige eller underforståede) formål, men også til den faktiske virkning af en national ordning inden for rammerne af alle den pågældende medlemsstats socialsikringsordninger som helhed, er det op til den nationale ret — der bedst kender den nationale ordning — at afgøre, om den omtvistede supplerende bistandshjælp og indtægtsstøtte må anses for i praksis at sikre beskyttelse mod en eller flere af de i direktiv 79/7 nævnte risici. Med henblik på denne bedømmelse vil jeg gøre opmærksom på to forhold, som den forelæggende ret selv har anført.

Først gør retten opmærksom på, at arbejdsløse i Det Forenede Kongerige, når der er gået en vis periode — 312 dage, hvori ikke er indregnet søndage, således som det blev bekræftet under den mundtlige forhandling — ikke længere får udbetalt nogen arbejdsløshedsunderstøttelse (»unemployment benefit«). Følgende bemærkning vedrører supplerende bistandshjælp, men det fremgår af rettens senere bemærkninger, at den også gælder for indtægtsstøtte:

»Langtidsarbejdsløse mister deres arbejdsløshedsunderstøttelse efter en vis periode og henvises derefter til supplerende bistandshjælp. Det er umuligt at beskrive den ordning, der sikrer beskyttelse mod arbejdsløshed, uden at tage hensyn til den supplerende bistandshjælp« [35].

Derefter anfører den forelæggende ret, at i medfør af ordningen vedrørende supplerende bistandshjælp (jf. ovenfor, punkt 2; af punkt 3 fremgår, at dette ligeledes gælder for indtægtsstøtte) skal bistandsmodtagerne normalt stå til rådighed for arbejdsmarkedet. Retten finder, at det heraf »fremgår, at ordningen er af stor betydning med hensyn til at sikre beskyttelse mod risikoen for arbejdsløshed« [36].

Af denne og af andre omstændigheder ville den nationale ret kunne udlede, at de pågæl-

35 — Forelæggelsesdommen, s. 11, G-H.
36 — Forelæggelsesdommen, s. 11, F.

dende ordninger klart nok har direkte og faktisk forbindelse med sikring af beskyttelse mod en af de i artikel 3, stk. 1, opregnede risici, nemlig (for så vidt angår ikkepensionerede ydelsesberettigede) mod arbejdsløshed, og at ordningerne i betragtning af, at der til at sikre beskyttelse mod denne risiko ikke findes andre socialsikringsordninger, eller ordningerne ikke er tilstrækkelige, er et integreret led i beskyttelsen mod denne risiko inden for den sociale sikring. Som svar på det andet spørgsmål (jf. ovenfor i punkt 5), der er stillet af den forelæggende ret i begge sager, vil jeg tilføje, at denne bedømmelse ikke er afhængig af den konkrete situation, som sagsøgerne i hovedsagen befinder sig i — selv om deres situation godt kan være illustrerende for den målgruppe, der beskyttes af de pågældende nationale ordninger. Hvad det derimod kommer an på, er, om den pågældende nationale ordning *globalt* set yder direkte og faktisk beskyttelse mod arbejdsløshed (for så vidt angår ikkepensionsberettigede, der er helt eller delvist arbejdsløse, som i dette tilfælde) eller mod alderdom (i tilfælde af pensionsberettigede personer). Jeg kan tilføje, at forbindelsen mellem ordningen og beskyttelsen mod risikoen for arbejdsløshed, såfremt den forelæggende ret antager, at den foreligger, efter min mening er meget mere snæver end den forbindelse, der var genstand for behandling i Smithson-dommen. Jeg vil minde om, at det i den sag, således som det er anført ovenfor (i punkt 13), drejede sig om anvendelsen af en i artikel 3, stk. 1, nævnt risiko som kriterium for tilkendelse af en invalidepension, der var en yderligere betingelse for at få udbetalt det forhøjede pensionstillæg, som derefter havde betydning for udregningen af den beregnede indkomst, der selv blev taget i betragtning i forbindelse med udbetaling af boligydelse.

Forskelsbehandling i direktiv 79/7's forstand

19. Såfremt den nationale ret på grundlag af ovennævnte kriterier finder, at Jackson's og Cresswell's situation er omfattet af direktiv 79/7, skal det undersøges, om ordningen vedrørende supplerende bistandshjælp og ordningen vedrørende indtægtsstøtte indebærer en af direktivet forbudt forskelsbehandling.

Som bekendt er forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn fastlagt i direktivets artikel 4, stk. 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:

— anvendelsesområdet for ordningerne samt betingelserne for adgang til disse

— bidragspligt og beregning af bidrag

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

Det forhold, at der ikke tages hensyn til udgifterne til børnepasning ved fastsættelsen eller beregningen af en modtagers økonomi-

ske behov, vedrører klart beregningen af ydelserne (sidste led). En direkte forskelsbehandling i forbindelse med disse fastsættelses- eller beregningskriterier foreligger ikke, da der ikke udtrykkeligt gøres forskel mellem mænd og kvinder. Der henvises heller ikke udtrykkeligt til faktorer som f.eks. ægteskabelig eller familiemæssig stilling. Den af sagsøgerne i hovedsagen påståede forskelsbehandling ses derimod at følge af, at de pågældende ordninger ikke eller ikke i tilstrækkelig grad tager hensyn til et sociologisk fænomen, nemlig at det nuværende vestlige samfund har et stort, og efter hvad der forlyder, voksende antal enlige forældre, hvoraf størstedelen åbenbart er kvinder [37]. Når disse forældre fra at være arbejdsløse tager skridt til at gå i gang med en faglig uddannelse eller påtager sig deltidsarbejde, bliver børnepasning nødvendig. Den eneste løsning er ofte at benytte sig af betalt børnepasning. I det omfang disse udgifter ikke kan fratrækkes med henblik på stadig at kunne oppebære visse ydelser (i samme omfang), forekommer der de facto en forskelsbehandling af enlige forældre, navnlig af kvinder, i forhold til gifte eller samlevende forældre.

20. Kan man her tale om en af direktiv 79/7 forbudt *indirekte forskelsbehandling*? Vejledende i den forbindelse er efter min mening Teuling-dommen. Heri drejede diskussionen sig om en nederlandsk lovbestemt ydelse ved uarbejdsdygtighed, hvor ydelsens størrelse bl.a. var afhængig af den ydelsesberettigedes civilstand og ægtefællens arbejdsindkomst. Da der blev taget hensyn til hendes mands arbejdsindkomst, kom fru Teuling ikke i betragtning for et tillæg til ydelsen. Hun gjorde gældende, at en ordning med tillægsydelser, hvori der tages hensyn til indtægt fra eller i forbindelse med ægtefællens arbejde, er en indirekte forskelsbehandling af kvinder og derfor i strid med artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7. På et præjudicielt spørgsmål herom svarede Domstolen,

»at en ordning, hvor tillæggene ... er fastsat, ikke direkte på grundlag af de ydelsesberettigedes køn, men under hensyntagen til deres ægteskabelige eller familiemæssige stilling, og hvor det viser sig, at den procentdel, der har fordel af disse tillæg, klart er mindre for kvindernes vedkommende end for mændenes, er i strid med direktivets artikel 4, stk. 1, hvis denne ordning ikke kan begrundes i hensyn, der er forskelsbehandling på grundlag af køn uvedkommende« [38].

I det pågældende tilfælde udtalte Domstolen, at bestemmelserne ikke var i strid med artikel 4, stk. 1, men Domstolen forsynede den nationale ret med forskellige elementer, således at den kunne bedømme, om den pågældende ordning var berettiget på baggrund af formålet — som den nederlandske regering gjorde nærmere rede for — med de pågældende forhøjelser i forbindelse med socialpolitikken i Nederlandene (jf nedenfor, punkt 21).

Det citerede afsnit fra Teuling-dommen er en logisk fortsættelse af den praksis på området for traktatens artikel 119, som Domstolen har udviklet vedrørende tilfælde, hvori en

37 — Se de statistiske oplysninger i rapporten *Childcare and Equality of Opportunity. Consolidated Report to the European Commission*, Bruxelles, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, april 1988, s. 45 ff.

38 — Dom af 11.6.1987, sag 30/85, Sml. s. 2497, præmis 13.

betydelig større procentdel kvinder end mænd berøres af en bestemt ordning. Allerede i Jenkins-sagen måtte Domstolen tage stilling til en i en britisk virksomhed gældende ordning, ifølge hvilken der blev udbetalt en lavere timeløn ved deltidsbeskæftigelse end ved fuldtidsbeskæftigelse, men hvor langt den største del af de deltidsbeskæftigede viste sig at være kvinder. Ifølge Domstolen er en sådan ordning i overensstemmelse med det i artikel 119 fastsatte ligelønsprincip, såfremt lønforskellen skyldes faktorer, som er objektivt begrundede, og som ikke beror på nogen form for kønsdiskrimination [39]. Men Domstolen fortsætter:

»Godtgøres det derimod, at en betydelig mindre procentdel af kvinder end mænd udfører det minimumsantal arbejdstimer pr. uge, som er nødvendigt for at gøre krav på timelønsatsen for fuldtidsbeskæftigelse, er lønuligheden i strid med traktatens artikel 119, når den pågældende virksomheds lønpolitik, under hensyn til kvindernes vanskeligheder ved at nå op på dette minimumsantal arbejdstimer pr. uge, ikke kan forklares ved andre faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn« [40].

Domstolen tager her klart hensyn til en ulighed, der skyldes et sociologisk fænomen, nemlig, at det for kvinder er vanskeligt at opnå fuld arbejdstid (i dette tilfælde 40 timer om ugen). Denne tankegang fortsættes i Bilka-dommen, hvori en af et tysk varehus indført virksomhedspensionsordning, som kun omfattede fuldtidsansatte, var til behandling. På spørgsmålet, om dette udgjorde en indirekte forskelsbehandling af kvinder, svarede Domstolen under henvisning til Jenkins-dommen, at

»en varehusvirksomhed, som udelukker deltidsansatte fra virksomhedens pensionsordning, overtræder EØF-traktatens artikel 119, når denne foranstaltning rammer et meget større antal kvinder end mænd, medmindre virksomheden godtgør, at den nævnte foranstaltning kan forklares ved andre — objektivt begrundede — faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn« [41].

Ved bedømmelsen af disse faktorer skal der ifølge Domstolen tages hensyn til de vanskeligheder, kvinder har ved at arbejde på fuld tid [42].

For helt nyligt er denne opfattelse blevet bekræftet i Kowalska-dommen, hvor spørgsmålet var, om en bestemmelse i en kollektiv overenskomst for offentligt ansatte var forenelig med artikel 119. Domstolen fandt, at den pågældende bestemmelse, der tillod arbejdsgiverne at udelukke deltidsbeskæfti-

39 — Dom af 31.1.1981, sag 96/80, Sml. s. 911, præmis 11.
40 — Præmis 13.
41 — Dom af 13.5.1986, sag 170/84, Sml. s. 1607, præmis 31.
42 — Præmis 29.

gede fra at få udbetalt en fratrædelsesgodtgørelse ved arbejdsforholdets ophør, var i strid med artikel 119,

»når det viser sig, at en betydelig mindre procentdel af mænd end af kvinder har deltidsbeskæftigelse, medmindre arbejdsgiveren godtgør, at bestemmelsen er begrundet i objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn« [43].

At denne praksis stadig gælder for det i artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 fastsatte forbud mod forskelsbehandling, blev, under henvisning til Kowalska-dommen, udtrykkelig bekræftet i en dom af 7. maj 1991. Domstolen mindede om, at

»i henhold til Domstolens faste praksis er artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 til hinder for, at en bestemt social gruppe behandles mindre gunstigt, når det viser sig, at den pågældende gruppe består af et langt større antal personer af det ene køn, medmindre den pågældende bestemmelse er 'begrundet i objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn'« [44].

21. Såfremt den nationale ret er af den opfattelse, at direktiv 79/7 skal finde anvendelse (jf ovenfor i punkt 18), og den fastslår — idet den konstaterer, at de pågældende ordninger rammer en større procentdel af kvinder end af mænd — at ordningerne indeholder en indirekte forskelsbehandling som omhandlet i artikel 4, stk. 1, byttes rollerne om. I så fald er det de britiske myndigheder, der skal godtgøre, at det forhold, at der ikke tages hensyn til udgifter til børnepasning ved beregning af en persons indkomst, enten ved ikke at gøre disse udgifter fradragsberettigede i en uddannelsesstøtte i forbindelse med en ansøgning om supplerende bistandshjælp, eller ved ikke at tage hensyn til disse udgifter ved beregning af indkomsten i forbindelse med en ansøgning om indtægtsstøtte, er begrundet i objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

Som det fremgår af dommene i sagerne Rinner-Kühn [45] og Nimz [46], må de britiske myndigheder i denne situation ikke blot fremføre almindelige betragtninger. Kun såfremt medlemsstaten kan godtgøre, at de valgte midler er i overensstemmelse med et nødvendigt formål med dens socialpolitik, at de er egnede til at nå det forfulgte formål og er nødvendige hertil, kan den blotte omstændighed, at de pågældende bestemmelser rammer et langt større antal kvinder end mænd, ikke anses for en tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 [47]. Ved bedømmelsen af de principper og de formål, som myndighederne gør gældende, skal der dog tages hensyn til, at medlemsstaterne på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin skal have en rimelig skønsmargen for så vidt angår de sociale beskyttelsesforanstaltninger og de konkrete betingelser for deres gennemførelse [48].

43 — Dom af 27.6.1990, sag C-33/89, Sml. I, s. 2591, præmis 16.

44 — Dom af 7.5.1991, sag C-229/89, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2205, præmis 13.

45 — Dom af 13.7.1989, sag 171/88, Sml. s. 2743, præmis 14.

46 — Dom af 7.2.1991, sag C-184/89, Sml. I, s. 297, præmis 14.

47 — Rinner-Kühn-dommen, præmis 14. Jf. tillige den tidligere anførte dom Kommissionen mod Belgien, præmis 19.

48 — Dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 27. Ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 22.

22. Endnu en sidste bemærkning i denne forbindelse. Måske vil nogle være tilbøjelige til at stemple den her forfægtede opfattelse som et udslag af såkaldt »positiv særbehandling« (eller, som det normalt benævnes i De Forenede Stater, »affirmative action«) i den forstand, at der herved gennemføres en juridisk opretning for befolkningsgrupper, der er ringere stillet på grund af sociologiske omstændigheder, i dette tilfælde kvinder [49]. Efter min opfattelse er en sådan vurdering urigtig. Ved i lovgivningen at udbygge de objektive kriterier, der tager hensyn til en enlig forælders familiemæssige byrder, skader man ikke den mandlige befolkning. Den gruppe mænd, der ligeledes er i den situation, at de er enlige forældre med børn at forsørge, har lige så stor nytte af sådanne bestemmelser.

Når henses til den tvivl, som den forelæggende ret lægger for dagen [50], vil jeg på dette sted udtrykkeligt tilføje, at en af de nationale (lovgivende, administrative, men også dømmende) myndigheder opstillet regel om, at der kun ved beregningen af kvinders indkomst tages hensyn til udgifter til børnepasningen med henblik på retten til at fratrække dem i forbindelse med den britiske supplerende bistandshjælp og indtægtsstøtte, derimod vil være en *direkte forskelsbehandling* på grundlag af køn (denne gang til skade for mænd), som er uforenelig med direktiv 79/7. I den forbindelse behøver jeg blot at henvise til Integrity-dommen, hvori Domstolen udtalte, at artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 er til hinder for

»en national lovgivning, hvorefter kun gifte kvinder, enker og studerende kan ligestilles med personer, der ikke skal betale sociale bidrag, mens gifte mænd og enkemænd, *som i øvrigt opfylder de samme betingelser*, ikke har denne mulighed for at opnå fritagelse for betaling af bidrag« [51].

Anvendelsesområdet for direktiv 76/207

23. Det tredje spørgsmål fra den forelæggende ret i begge sager vedrører spørgsmålet, om direktiv 76/207 finder anvendelse på betingelserne for retten til at opnå supplerende bistandshjælp eller indtægtsstøtte.

Direktiv 76/207 er et af de første direktiver til gennemførelse af ligebehandlingsprincippet [52]. Dets anvendelsesområde afgrænses i

49 — Et godt eksempel på et tilfælde, hvor fællesskabsretten udtrykkelig tillader en sådan positiv forskelsbehandling fra medlemsstaternes side, er nævnt i artikel 2, stk. 3, i direktiv 76/207 og artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7. I henhold til disse bestemmelser er direktivet ikke til hinder for bestemmelser vedrørende beskyttelse af kvinder, særlig i forbindelse med graviditet og moderskab (direktiv 76/207), eller i forbindelse med moderskab alene (direktiv 79/7). Med hensyn til formålet med disse bestemmelser i forbindelse med direktiv 76/207, se dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, navnlig præmis 25. Jf. tillige, meget kortfattet, dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 44, af 25.10.1988, sag 312/86, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 6315, præmis 13, og af 25.7.1991, sag C-345/89, Stoeckel, Sml. I, s. 4047, præmis 13.

50 — Forelæggelsesdommen, s. 18, A og C.

51 — Dom af 21.11.1990, sag C-373/89, Sml. I, s. 4243, præmis 15 (min fremhævelse). Jf. tillige forslag til afgørelse med samme indhold fra generaladvokat Jacobs, navnlig Sml. I, s. 4254, punkt 13.

52 — Forud for dette direktiv vedtoges Rådets direktiv 75/117/EØF af 10.2.1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder, EFT L 45, s. 19. Direktiv 76/207 er opbygget efter samme skema som dette første direktiv, jf. dom af 21.5.1985, sag 248/43, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1459, præmis 7.

artikel 1 som følger:

»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.«

24. Ifølge Det Forenede Kongerige er hverken supplerende bistandshjælp eller indtægtsstøtte omfattet af direktiv 76/207. Af teksten i artikel 1, stk. 2, følger, at social sikring ikke er omfattet af direktivet. I præamblen er det udtrykkelig anført, at princippet om ligebehandling med hensyn til social sikring bør defineres og gradvis gennemføres ved senere retsakter [53]. At direktiv 76/207 ikke finder anvendelse på ydelser fra den sociale sikring, er endvidere blevet gentaget af Domstolen i Newstead-dommen [54]. Selv om Domstolen i Marshall-dommen [55] var af den opfattelse, at den i artikel 1, stk. 2, fastsatte undtagelse skulle fortolkes snævert, har de foreliggende sager flere lighedspunkter med Newstead-sagen i den forstand, at de direkte vedrører indholdet af socialsikringsordningen.

Cresswell's og Jackson's udlægning af direktiv 76/207 og Domstolens praksis er en helt anden. De anfører, at direktivet forbyder enhver forskelsbehandling i forbindelse med de økonomiske foranstaltninger, som en medlemsstat træffer med henblik på at skaffe hjælp under en erhvervsuddannelse eller for at skaffe adgang til beskæftigelse. Den i artikel 1, stk. 2, nævnte undtagelse drejer sig kun om »ren« socialsikring. Derimod er en forskelsbehandling i forbindelse med en socialsikringsordning, som medfører, at der lægges hindringer i vejen for lige adgang til erhvervsuddannelse eller til beskæftigelse, omfattet af direktiv 76/207. Domstolens dom i Newstead-sagen drejede sig om en socialsikringsordning, der pålagde mænd at betale højere bidrag end kvinder, men angik ikke løn eller andre arbejdsvilkår. Begge de foreliggende sager er derimod typisk omfattet af direktivet, idet de vedrører lige adgang til erhvervsuddannelse og til beskæftigelse.

Endelig tiltræder Kommissionen sagsøgernes opfattelse om, at en bestemmelse om social sikring er omfattet af direktiv 76/207, når den medfører en forskelsbehandling med hensyn til adgangen til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse eller arbejdsvilkår. En sådan forskelsbehandling foreligger i den foreliggende sag, når henses til den negative virkning, som de omtvistede britiske ydelsesordninger har på kvinders adgang til erhvervsuddannelse og til beskæf-

53 — Jf. den sidste betragtning i præamblen til direktiv 76/207.
54 — Dom af 3.12.1987, sag 192/85, Sml. s. 4753.
55 — Dom af 26.2.1986, sag 152/84, Sml. s. 723.

tigelse. Af Domstolens dom i Barber-sagen udleder Kommissionen, at visse betingelser vedrørende de offentlige socialsikringsordninger kan anses for at være arbejdsvilkår som nævnt i direktiv 76/207.

25. Det er korrekt, at Domstolen i Newstead-dommen tiltrådte Kommissionens og Det Forenede Kongeriges opfattelse, hvorefter direktiv 76/207 ikke skal finde anvendelse med hensyn til social sikring [56]. Men i modsætning til det, som Det Forenede Kongerige anfører, følger det på ingen måde heraf, at de sociale sikringsordninger i almindelighed ikke er omfattet af dette direktiv.

Et første argument mod en sådan konklusion ligger efter min opfattelse i selve teksten til artikel 1 i direktiv 76/207. I stedet for at udelukke social sikring er det tværtimod i stk. 1 fastsat, at dette område — om end på de betingelser, der er fastsat i stk. 2 — er omfattet af direktivet. Ifølge stk. 2 skal Rådet vedtage nærmere bestemmelser med hensyn til social sikring for at præcisere indhold, udstrækning og gennemførelse af princippet om ligebehandling på dette (omfattende) område. Hidtil er der til gennemførelse af dette princip blevet vedtaget to direktiver, nemlig direktiv 79/7 (om lovbestemte ordninger) og direktiv 86/378/EØF (om erhvervstilknyttede ordninger) [57]. Såfremt det havde været fællesskabslovgivers mening helt at udelukke social sikring fra direktiv 76/207's anvendelsesområde, kan jeg ikke forstå, hvorfor den så alligevel i princippet er medtaget i artikel 1, stk. 1.

Derefter skal det påpeges, at Domstolen allerede flere gange har understreget, at den i artikel 1, stk. 2, nævnte undtagelse skal fortolkes snævert, navnlig i betragtning af den grundlæggende betydning, som princippet om ligebehandling har i fællesskabsretten [58].

Lægger man disse to elementer sammen, er det min opfattelse, at artikel 1 i sin helhed skal forstås således, at bestemmelserne i direktiv 76/207 ligeledes er bestemt til at finde anvendelse på de socialsikringsområder — på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin de områder, der er opregnet i direktiv 79/7 og 86/378 — som har været genstand for en gennemførelse af princippet om ligebehandling. Det betyder konkret, at disse ordninger, foruden at de er omfattet af det forbud mod forskelsbehandling, der er fastsat i de nævnte »socialsikringsdirektiver«, ligeledes er omfattet af de i direktiv 76/207 fastsatte forbud mod forskelsbehandling med hensyn til adgangen til beskæftigelse (herunder til forfremmelse), erhvervsuddannelse samt med hensyn til arbejds- og afskedigelsesvilkår.

Herved tilgodeses såvel hensynet til den gradvise gennemførelse af princippet om ligebehandling på området for social sikkerhed som hensynet til den effektive virkning

56 — Præmis 24.

57 — Rådets direktiv af 24.7.1986 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (EFT L 225, s. 40).

58 — Dom af 26.2.1986, sag 151/84, Roberts, Sml. s. 703, præmis 35, af 26.2.1986, sag 262/84, Beets-Proper, Sml. s. 773, præmis 38, og af 26.2.1986, Marshall, præmis 54. At det her drejer sig om en af de grundlæggende rettigheder, der er en del af fællesskabsretten, er allerede flere gange blevet statueret udtrykkeligt, jf. dom af 15.6.1978, sag 149/77, Defrenne, Sml. s. 1365, præmis 26 og 27, og af 20.3.1984, forenede sager 75/82 og 117/82, Razzouk og Beydoun, Sml. s. 1509, præmis 16.

af direktiv 76/207. Jeg anser endvidere faren for en ensidig begrænsning af direktivets anvendelsesområde for at være bragt ud af verden ved denne løsning, hvilket Kommissionen og sagsøgerne i hovedsagen har illustreret på grundlag af et eksempel. Det anføres, at såfremt social sikring lå helt uden for anvendelsesområdet for direktiv 76/207, ville en medlemsstat, der tildeler uddannelsesstøtte til et erhvervsuddannelseskursus på diskriminerende betingelser, blive omfattet af direktivet, men derimod ikke en medlemsstat, der opnår det samme resultat gennem diskriminerende socialsikringsordninger. Såfremt sådanne socialsikringsordninger er omfattet af direktiv 79/7 — hvilket dog kun kan være tilfældet, såfremt der foreligger en direkte og faktisk forbindelse med sikringen af beskyttelse mod risikoen for arbejdsløshed (se ovenfor i punkt 14) — er det også muligt at foretage en prøvelse af dem i henhold til direktiv 76/207.

26. I modsætning til Det Forenede Kongerige er jeg af den opfattelse, at dette synspunkt indirekte er bekræftet i Newstead-dommen. Som bekendt drejede denne sag sig om en britisk »contracted-out«-ordning, ifølge hvilken ugifte mandlige tjenestemænd skulle betale 1,5% af deres bruttoløn til opbygning af en enkepensionsfond. Dette bidrag blev først tilbagebetalt til dem, henholdsvis til deres arvinger, når de forlod tjenestemandsstillingen eller ved deres død. Newstead, en ugift mand, mente, at dette bl.a. var i strid med forbuddet mod forskelsbehandling med hensyn til arbejdsvilkår i direktiv 76/207. Ved behandlingen af dette punkt undersøgte Domstolen, om Rådet med henblik på gennemførelse af artikel 1, stk. 2, i sidstnævnte direktiv allerede havde vedtaget direktiver med hensyn til efterladtepensioner (herunder enkepensioner). I den forbindelse undersøgte Domstolen nøje, om de allerede vedtagne direktiver (79/7 og 86/378) omfatter sådanne ydelser. Domstolen fastslog, at det ikke var tilfældet, og udtalte:

»Det bemærkes, at der ikke findes mere specifikke direktiver, hvorefter princippet om ligebehandling også skal finde anvendelse på ydelser til efterladte ægtefæller, hvad enten de er fastsat i henhold til en lovbestemt social sikringsordning eller en erhvervstilknyttet ordning, og at den forskelsbehandling, Newstead er udsat for, idet han ikke har fuld og umiddelbar rådighed over sin nettoløn, er den direkte følge af en forskelsbehandling indbygget i den omhandlede erhvervstilknyttede ordning, for så vidt angår denne type ydelser. Det må derfor antages, at det tilfælde, den nationale ret har for øje, er omfattet af undtagelsen fra anvendelsen af det i artikel 1, stk. 2, i direktiv 76/207 omhandlede ligebehandlingsprincip« [59].

Såfremt Domstolen havde været af den opfattelse, at en erhvervstilknyttet ordning vedrørende ydelser til efterlevende ægtefæller er en socialsikringsordning og kun af den grund ikke er omfattet af direktiv 76/207, havde hele denne undersøgelse ikke været nødvendig. Domstolens fremgangsmåde

59 — Newstead-dommen, præmis 28.

styrker derimod min overbevisning om, at en socialsikringsordning, der allerede er omfattet af et direktiv med henblik på gennemførelse af princippet om ligebehandling på området for social sikring, også er omfattet af direktiv 76/207.

27. Jeg konkluderer derfor, at der ikke er noget til hinder for — såfremt Domstolen fastslår, at supplerende bistandshjælp og indtægtsstøtte er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 79/7 — at disse ordninger tillige er omfattet af direktiv 76/207, og at det, navnlig for så vidt angår den faktiske virkning af deres anvendelsesbetingelser, kan undersøges, om de er forenelige med bestemmelserne i sidstnævnte direktiv.

Endnu en gang er dette en opgave for den nationale ret. Det er den nationale ret, der skal undersøge, om en enlig forælders mulighed henholdsvis for at følge en erhvervsuddannelse og for at tage en deltidsbeskæftigelse påvirkes på grund af betingelserne for udbetaling af ydelserne i de to ordninger, i det foreliggende tilfælde fordi det ikke er muligt at fratrække udgifterne til børnepasning i indtægten fra henholdsvis en erhvervsuddannelse og et erhverv. Retten skal med andre ord foretage en undersøgelse af, hvorledes betingelserne for tildeling af disse ydelser faktisk påvirker de af direktiv 76/207 omfattede områder, navnlig adgangen til erhvervsuddannelse (artikel 4) og til beskæftigelse (artikel 3). Lige netop her ligger den ekstra interesse i at kunne anvende dette direktiv på socialsikringsordninger, der allerede er omfattet af princippet om ligebehandling i direktiv 79/7: hvor sidstnævnte direktiv anvender princippet på *betingelserne* i de pågældende ordninger (artikel 4), giver direktiv 76/207 mulighed for en undersøgelse af, om disse betingelser har eller ikke har en mærkbar diskriminerende *virkning* på de områder, der er omfattet af direktivets anvendelsesområde, men falder uden for socialsikringsområdet, nemlig adgangen til beskæftigelse (inklusive forfremmelse) og til erhvervsuddannelse samt arbejds- og afskedigelsesvilkår.

Forskelsbehandling i direktiv 76/207's forstand

28. Et helt andet spørgsmål er, om de i denne sag omhandlede britiske ydelsesordninger indeholder en forskelsbehandling, der er forbudt efter direktiv 76/207. Det hedder i direktivets artikel 2, stk. 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.«

I de følgende bestemmelser får medlemsstaterne pålagt specielle forpligtelser med henblik på gennemførelse af det således fastsatte princip om ligebehandling på områder som adgangsbetingelser til beskæftigelse (artikel 3), adgang til erhvervsvejledning og erhvervsuddannelse (artikel 4) og arbejds- og afskedigelsesvilkår (artikel 5).

De betragtninger, der er udviklet med hensyn til forskelsbehandling i direktiv 79/7's forstand (se ovenfor, punkt 20, 21 og 22),

gælder også her, idet det er tilstrækkeligt til, at der foreligger en indirekte forskelsbehandling som nævnt i artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207, at en tilsyneladende neutral foranstaltning i virkeligheden i overvejende grad berører arbejdstagere af det ene af de to køn, uden at det behøver at være godtgjort, at det var meningen at diskriminere. Denne betingelse ville være opfyldt, såfremt det blev fastslået, at det forhold, at det ikke er muligt at trække udgifter til børnepasning fra en uddannelsesstøtte, der oppebæres som led i en erhvervsuddannelse, og fra indkomsten ved en deltidsbeskæftigelse, i praksis navnlig rammer kvinder.

I den forbindelse har det ingen betydning, at den omstridte ordning ikke udgør nogen uoverstigelig hindring for enlige mødres adgang til en erhvervsuddannelse eller til en beskæftigelse, eller at dette ikke har været lovgivers eller den administrative myndigheds mening. Det er tilstrækkeligt, at de gældende bestemmelser har reel indflydelse på muligheden for at følge en erhvervsuddannelse eller påtage sig et arbejde.

Spørgsmålet om, hvorledes sagsøgerne i hovedsagen kan gennemføre deres rettigheder

29. Derefter er der tilbage at tage stilling til spørgsmålet fra den forelæggende ret om vejledning med hensyn til, hvorledes sagsøgerne i hovedsagen kan opnå deres ret, såfremt det viser sig, at direktiv 79/7 og/eller 76/207 finder anvendelse i denne sag, og det fastslås, at der foreligger en indirekte forskelsbehandling, og de britiske myndigheder ikke angiver en objektiv begrundelse for dette. Det er klart fastslået, at begge forbud mod forskelsbehandling finder direkte anvendelse. Det er nemlig sådan, at hver af de to forbudsbestemmelser

»både isoleret betragtet og efter direktivets formål og indhold er tilstrækkelig præcis til, at bestemmelsen kan påberåbes af de retsundergivne og anvendes af domstolene« [60].

Det betyder, at efter udløbet af den for gennemførelsen af de to direktiver fastsatte frist kan de deri fastsatte forbud mod forskelsbehandling påberåbes af private for at hindre anvendelse af enhver national bestemmelse, der er i strid med direktivet [61].

At den nationale ret ikke må anvende en bestemmelse, der er i strid med fællesskabsretten, er fast praksis [62]. Problemet i det foreliggende tilfælde er dog, at de retningslinjer, som Domstolen i ligebehandlingssager giver den nationale ret med hensyn til, hvorledes de enkelte personer kan opnå deres ret, ikke giver nogen løsning i dette tilfælde. Domstolen opfordrer altid den nationale ret til, såfremt det fastslås, at der foreligger en forskelsbehandling, at behandle medlemmerne af den gruppe (det køn), der stilles ugun-

60 — Dom af 24.6.1987, sag 384/85, Borrie Clarke, Sml. s. 2865, præmis 9, af 4.12.1986, sag 71/85, FNV, Sml. s. 3855, præmis 21, af 24.3.1987, sag 286/85, McDermott og Cotter, Sml. s. 1453, præmis 14, og af 11.7.1991, sag C-31/90, Johnson, Sml. I, s. 3723, præmis 34.

61 — Jf. med hensyn til direktiv 79/7 følgende domme: McDermott og Cotter, præmis 16, Borrie Clarke, præmis 12, og Johnson, præmis 35.

62 — Navnlig dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmental, Sml. s. 629, jf. den udtrykkelige henvisning til denne dom i Nimz-dommen, præmis 19.

stigst, efter samme regler som gælder for medlemmerne af den anden gruppe [63]. Denne fremgangsmåde løser ikke problemerne for sagsøgerne i hovedsagen. Det gælder jo også for enlige fædre, at udgifterne til børnepasning ikke kan fratrækkes i en indkomst i forbindelse med en erhvervsuddannelse (supplerende bistandshjælp) eller en erhvervsudøvelse (indtægtsstøtte).

Den af Domstolen siden Von Colson og Kamann-dommen udviklede praksis vedrørende en direktivkonform anvendelse af national lovgivning giver efter min opfattelse heller ikke nogen løsning på dette punkt [64]. Denne praksis er dannet for at skabe overensstemmelse mellem bestemmelser i national ret og direktivbestemmelser, der ikke er umiddelbart anvendelige, mens det her, under den antagelse, at der foreligger en uberettiget forskelsbehandling, drejer sig om en uoverensstemmelse mellem national ret og en direktivbestemmelse, der er umiddelbart anvendelig. I øvrigt er det endnu ikke på det nuværende udviklingstrin af Domstolens praksis afgjort — selv om Domstolen inden længe får mulighed for det [65] — om forpligtelsen til en direktivkonform anvendelse tillige omfatter en national bestemmelse, der er klar, og som sådan end ikke er åben for forskellig fortolkning, således som det ser ud til at være tilfældet med bestemmelsen om, at udgifter til børnepasning i de to ordninger, der er til behandling, ikke er fradragsberettigede.

30. Derimod har medlemsstaterne i henhold til begge direktiver (artikel 5 i direktiv 79/7, og henholdsvis artikel 3, stk. 2 (adgang til beskæftigelse), og artikel 4 (adgang til erhvervsuddannelse) i direktiv 76/207) forpligtet sig til at træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på at ophæve administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, der er i strid med ligebehandlingsprincippet.

Den mest realistiske løsning forekommer mig derfor på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin at være, at den nationale ret, efter påstand fra sagsøgerne i hovedsagen i givet fald træffer den afgørelse, at de britiske myndigheder — under hensyntagen til de kriterier, der er gjort rede for i ovenstående — har tilsidesat den forpligtelse, der er pålagt dem i henhold til direktiv 76/207 og 79/7, og at disse myndigheder derefter i henhold til Domstolens praksis nærmere fastsatte kriterier — navnlig i den for nyligt afsagte dom i Francovich og Bonifaci-sagerne [66] — dømmes til at betale erstatning til Jackson og Cresswell.

63 — Se følgende domme: FNV, præmis 23, McDermott og Cotter, præmis 18, Borrie Clarke, præmis 12, Johnson, præmis 36, dom af 13.12.1989, sag C-102/88, Ruzius-Wilbrink, Sml. s. 4311, præmis 20, Kowalska, præmis 20, og Nimz, præmis 18.

64 — Dom af 10.4.1984, sag 14/83, Sml. s. 1891, præmis 26. Dette er i mellemtiden blevet Domstolens faste praksis. Jf. bl.a. dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8, og af 16.1.1992, sag C-373/90, X, Sml. I, s. 131.

65 — Jeg sigter til den anden Marshall-sag (C-271/91), hvori det i den britiske Sex Discrimination Act fastsatte maksimum for erstatning til ofre for en forskelsbehandling på grundlag af køn er omtvistet. House of Lords har i denne sag forelagt Domstolen følgende spørgsmål: i) om en medlemsstat, der i sin lovgivning har fastsat et sådant maksimum for erstatning, har undladt gennemførelse af artikel 6 i direktiv 76/207, ii) om denne bestemmelse kræver, at den erstatning, der tilkendes, ikke må være mindre end det tab, der er lidt ved forskelsbehandlingen, inklusive rente af beløbet, og iii) i bekræftende fald, om en borger over for et myndighedsorgan kan påberåbe sig artikel 6, således at denne bestemmelse går forud for den lovbestemte erstatningsgrænse. Jeg vil minde om, at Domstolen i Von Colson og Kamann-dommen statuerede, at artikel 6 ikke er en umiddelbart anvendelig bestemmelse (præmis 27).

66 — Dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Sml. I, s. 5357, præmis 40.

Forslag til afgørelse

31. Jeg skal herefter sammenfattende foreslå Domstolen at besvare de forelagte spørgsmål på følgende måde:

»1) En social sikringsordning er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 1, i direktiv 79/7/EØF, såfremt den nationale ret finder, at den i bred forstand er et led i en selvstændig lovbestemt ordning eller en form for social bistand, der sikrer en beskyttelse, som direkte og faktisk er forbundet med en af de i bestemmelsens litra a) nævnte risici.

2) Såfremt den nationale ret fastslår, at en social sikringsordning er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 79/7/EØF, og at det er godtgjort, at ordningen omfatter en større procentdel af kvinder end af mænd og således indebærer en indirekte forskelsbehandling i direktivets artikel 4, stk. 1's forstand, tilkommer det den kompetente myndighed at påvise, at reglen, der medfører forskelsbehandling, er begrundet i objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

3) Anvendelsesbetingelserne for en social sikringsordning er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 76/207/EØF, såfremt ordningen er omfattet af anvendelsesområdet for en fællesskabsretsakt, som er udstedt som led i gennemførelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring, og såfremt den nationale ret finder, at anvendelsesbetingelserne berørte eller berører et af de områder, som er omfattet af direktivet, herunder adgangen til erhvervsuddannelse og beskæftigelse.

4) Såfremt den nationale ret fastslår, at anvendelsesbetingelserne for en ordning er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 76/207/EØF, og det er godtgjort, at disse anvendelsesbetingelser omfatter en større procentdel af kvinder end af mænd og således indebærer en indirekte forskelsbehandling i direktivets artikel 2, stk. 1's forstand, tilkommer det den kompetente myndighed at påvise, at

reglen, der medfører forskelsbehandling, er begrundet i objektive faktorer, der intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn.

5) Såfremt det viser sig, at en medlemsstat i sin lovgivning tilsidesætter forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 79/7/EØF og 76/206/EØF, og problemet ikke kan løses ved, at de regler, som gælder for de øvrige ydelsesberettigede, også anvendes på den ugunstigt stillede gruppe, tilkommer det på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin i givet fald den nationale retsinstans efter parternes påstand og på de betingelser, der er fastlagt i Domstolens praksis, at dømme medlemsstaten til at erstatte det tab, der lides som følge af overtrædelsen.«