

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremSAT den 22. februar 2001¹

I — Indledning

1. Den foreliggende præjudicielle anmodning er blevet forelagt Domstolen af Frankrigs Conseil d'État (Statsråd). Der stilles spørgsmål om, hvorvidt en national ordning, som for kvinder medregner et pensionsgivende tjenesteår for hvert af deres børn, er forenelig med fællesskabsretten. Sagsøgeren i hovedsagen (herefter »sagsøgeren«) er far til tre børn og anmoder derfor om medregning af tre pensionsgivende tjenesteår i henhold til den omhandlede bestemmelse, som han anser for at stride med princippet om lige løn til mænd og kvinder, for så vidt som tillægget er forbeholdt kvinder.

2. Det spørges ligeledes, om man skal anvende de fællesskabsbestemmelser, der gjaldt på det tidspunkt i 1991, hvor pensionsrettighederne blev gjort gældende, eller om det er de bestemmelser, der var i kraft i 1999 på tidspunktet for anmodningen om en præjudiciel afgørelse, som finder anvendelse.

II — Sagens faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

3. Sagsøgeren er fransk »magistrat«², der som rådgiver ved Cour d'appel de Paris var blevet udstationeret til Udenrigsministeriet, hvorefter han gjorde tjeneste i Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers Juridiske Tjeneste. Han gjorde sine pensionsrettigheder gældende fra den 15. februar 1991. Hans pension blev fastsat ved en afgørelse (arrêté) af 1. juli 1999, som han blev gjort bekendt med ved en meddelelse af 11. maj 1992. Pensionen blev alene beregnet på grundlag af hans faktiske tjenesteår. Sagsøgeren har anfægtet denne beregning og kræver, at der skal ske medregning af yderligere tre pensionsgivende tjenesteår i medfør af artikel L. 12, litra b), i code des pensions civiles et militaires de retraite (den franske lov om pension til civile og militære tjenestemænd, herefter »pensionsloven«)³, der fastsætter et tillæg til fordel for kvindelige tjenestemænd for hvert af deres børn.

4. I overensstemmelse med princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, navnlig med hensyn til lige løn, er det sagsøgerens opfattelse, at han som far til tre børn også bør kunne tildeles dette tillæg. Da denne

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Der er her tale om en samlet betegnelse for højtstående tjenestemænd, dommere og statsadvokater.

3 — Jf. punkt 14 nedenfor med hensyn til bestemmelsens ordlyd.

fordel blev nægtet ham, anlagde han sag ved den forelæggende ret, Conseil d'État — der som første og sidste instans har kompetence til at påkende tvister i forbindelse med tjenestemænd, der er udnævnt ved dekret, og hvoriblandt »magistrats« hører — med påstand om annulation af afgørelsen vedrørende hans pension, for så vidt angår afslaget på at medregne yderligere tjenestear.

serne i direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 til hinder for, at Frankrig opretholder bestemmelser som artikel L. 12, litra b), i code de pensions civiles et militaires de retraite?»

5. Ved beslutning af 28. juli 1999 har den forelæggende ret udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

6. Under sagen for Domstolen har sagsøgeren, den franske regering, den belgiske regering samt Kommissionen afgivet indlæg.

III — De relevante retsregler

»1) Hører de pensioner, der udbetales efter den franske pensionsordning for tjenestemænd, til de former for løn, der er nævnt i Rom-traktatens artikel 119 (efter ændring nu artikel 141 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab)?

a) *De relevante fællesskabsretlige bestemmelser*

I bekræftende fald, er princippet om lige løn, når henses til artikel 6, stk. 3, i den aftale, der er bilagt protokol nr. 14 om social- og arbejdsmarkedspolitikken, tilsidesat af artikel L. 12, litra b), i code des pensions civiles et militaires de retraite?

7. EF-traktatens artikel 119 havde (i 1991 på det tidspunkt, hvor sagsøgeren gjorde sine pensionsrettigheder gældende) følgende ordlyd:

2) Såfremt Rom-traktatens artikel 119 ikke finder anvendelse, er bestemmel-

»Hver medlemsstat gennemfører i løbet af første etape og opretholder derefter princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde.

Ved 'løn' forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.

2. Ved 'løn' forstås i denne artikel den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.

Lige løn uden forskelsbehandling med hensyn til køn indebærer:

Lige løn uden forskelsbehandling baseret på køn indebærer:

a) at den løn, der ydes for samme arbejde, der aflønnes i akkord, fastsættes på samme beregningsgrundlag

a) at den løn, der ydes for samme akkordlønnede arbejde, fastsættes på samme beregningsgrundlag

b) at den løn, der ydes for arbejde, betalt efter tid, er den samme for samme slags arbejde.«

b) at den løn, der ydes for tidlønnet arbejde, er den samme for samme slags arbejde.

8. Efter ændring og omnummerering ved Amsterdam-traktaten i 1997 — dvs. inden den præjudicielle anmodning fra 1999 — er denne bestemmelse nu artikel 141 EF. Denne har følgende ordlyd:

3. [...]

»1. Hver medlemsstat gennemfører princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

4. For at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis på arbejdsmarkedet er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underrepræsenterede køn at udøve en erhvervsaktivitet eller at forebygge eller

opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere.«

Artikel 3 har følgende ordlyd:

9. Det stk. 4, der er omtalt i foregående punkt, har sin indholdsmæssige oprindelse i artikel 6, stk. 3, i den aftale fra 1993, der er omtalt i efterfølgende punkt.

»1. Dette direktiv finder anvendelse:

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

10. Den i det første præjudicielle spørgsmål omtalte artikel 6 i aftalen af 1. november 1993, der er knyttet som bilag til protokol nr. 14 om social- og arbejdsmarkedspolitikken, har i de to første stykker en ordlyd, som svarer til EØF-traktatens tidligere artikel 119. Artiklens stk. 3 har følgende ordlyd:

— sygdom

— invaliditet

»3. Denne artikel er ikke til hinder for, at enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for kvinder at udøve en erhvervsaktivitet, eller at forebygge eller opveje ulemper i deres erhvervsmæssige karriere.«

— alderdom

— arbejdsulykker og erhvervssygdomme

11. Med hensyn til direktiv 79/7/EØF, som er omtalt i det andet præjudicielle spørgsmål, er der tale om Rådets direktiv af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring⁴.

— 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.

4 — EFT 1979 L 6, s. 24.

2. Dette direktiv finder ikke anvendelse på bestemmelser om ydelser til efterladte eller på bestemmelser om familieydelser, medmindre der er tale om familieydelser ydet som tillæg til ydelser i forbindelse med de i stk. 1, litra a), nævnte risici.

— bidragspligt og beregning af bidrag

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

3. Med henblik på at sikre gennemførelsen af princippet om ligebehandling under de erhvervstilknyttede sikringsordninger vedtager Rådet på forslag af Kommissionen bestemmelser, der præciserer dennes indhold og udstrækning samt reglerne for dens gennemførelse.«

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

12. Direktivets artikel 4 har følgende ordlyd:

13. Artikel 7, stk. 1, litra b), har følgende ordlyd:

»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:

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

a) [...]

— anvendelsesområdet for ordningerne samt betingelserne for adgang til disse

b) fordele med hensyn til aldersforsikring til personer, som har opdraget børn; erhvervelse af ret til ydelser efter perioder, hvor beskæftigelsen har været afbrudt som følge af børneopdragelse;

c)-e) [...]

c)-e) [...]«

2. [...]«

b) *De nationale bestemmelser*

14. Pensionslovens artikel L. 12, litra b), har følgende ordlyd:

»Til den faktiske tjeneste lægges under betingelser, der fastsættes af forvaltningen ved forordning, følgende tillæg:

a) [...]

b) tillæg, der tildeles kvindelige tjenestemænd ('femmes fonctionnaires') for hvert af deres børn født i ægteskab, deres børn født uden for ægteskab, hvor slægtskabet er fastslået, eller deres adoptivbørn, og — under forbehold af, at børnenes opdragelse er blevet varetaget i mindst ni år inden deres fyldte 21. år — for hver af de andre børn, der er opregnet i artikel L. 18, stk. II.

15. Pensionslovens artikel L. 18, som der henvises til, er en kønsneutral bestemmelse om familietillæg til pensionen. Artikel L. 18, stk. 1, foreskriver, at der ydes et pensionstillæg til en pensionsmodtager, som har opdraget mindst tre børn. Bestemmelsens stk. 2 opregner derpå de børn, som betragtes som »børn« i bestemmelsens forstand. Foruden de børn, der allerede er omtalt i artikel L. 12, litra b), er der tale om ægtefællens børn, som er født i et tidligere ægteskab, ægtefællens børn uden for ægteskab, hvor slægtskabet er fastslået, samt ægtefællens adoptivbørn. Dernæst anføres tre kategorier af børn, som den pensionsberettigede ved retsafgørelse i den ene eller anden form får i varetægt, dvs. de børn, over hvilke den pensionsberettigede har forældremyndighed, som han er værge for, og som han har optaget i sin husstand som plejebørn.

16. Pensionslovens artikel R. 13 præciserer i øvrigt artikel L. 12, litra b), yderligere. Det hedder heri:

»Det i artikel L. 12, litra b), fastsatte tillæg til kvindelige tjenestemænd svarer til ét år for hvert af deres børn født i ægteskab, for børn født uden for ægteskab, hvor slægtskabet er fastslået, samt for hvert af de

andre børn, der på tidspunktet for pensioneringen er blevet opfostret under de betingelser og i det tidsrum, der er fastsat i ovenstående artikel.«

»ny regel«, som ikke må anvendes på tidligere situationer.

IV — Parternes indlæg

Sagsøgeren

17. Sagsøgeren er af den opfattelse, at den omtvistede tjenestemandspension er »løn« som omhandlet i henholdsvis traktatens artikel 119 og artikel 141 EF. Han baserer denne anskuelse på dels en analyse af pensionsordningen for franske tjenestemænd, dels Domstolens praksis⁵. Med hensyn til spørgsmålet, om pensionslovens artikel L. 12, litra b), på baggrund af artikel 6, stk. 3, i aftalen, der er knyttet som bilag til protokollen om social- og arbejdsmarkedspolitikken, er i strid med princippet om lige løn, har sagsøgeren gjort gældende, at denne bestemmelse ikke finder anvendelse på det foreliggende tilfælde, da det relevante tidspunkt for vurderingen af retsstillingen er den 1. juli 1991, da pensionsafgørelsen blev truffet, mens protokollen om social- og arbejdsmarkedspolitikken først blev undertegnet den 7. februar 1992 og trådte i kraft den 1. november 1993. Bestemmelsen er en

18. For at kunne besvare de forelagte spørgsmål er det nødvendigt at undersøge pensionslovens artikel L. 12, litra b). Allerede bestemmelsens ordlyd viser, at tillægget ydes på forskellige betingelser. For det første ydes tillægget med hensyn til børn født i ægteskab, børn født uden for ægteskab og adoptivbørn uden den betingelse, at man også skal have haft ansvaret for børnenes opdragelse, dvs. alene på grundlag af den omstændighed, at man er mor til børnene.

19. For det andet er tillægget for de børn, der er nævnt under henvisning til pensionslovens artikel L. 18, betinget af, at de er blevet opdraget i mindst ni år, uden at det dog er nødvendigt, at der har været tale om nogen som helst form for erhvervsmæssig ulempe som følge af opdragelsen. Denne bestemmelse vedrører i øvrigt heller ikke sagsøgeren, hvorfor den ikke er relevant i denne sag.

20. Den omstændighed, at tillægget i det første af de lovbestemte tilfælde ikke er betinget af afbrydelsesperioder som følge af en barselsorlov — som efter omstændighederne kan være en ulempe for den erhvervsmæssige karriere — bekræftes af, at det også gælder for børn, der er født på et tidspunkt, hvor moderen endnu ikke havde fået status som tjenestemand eller havde mistet denne status, samt i situationer, hvor

⁵ — Dom af 28.9.1994, sag C-7/93, Beune, Sml. I, s. 4471, af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, af 6.10.1993, sag C-109/91, Ten Oever, Sml. I, s. 4879, og af 14.12.1993, sag C-110/91, Moroni, Sml. I, s. 6591.

hun ikke var i aktiv tjeneste. Tillægget er derfor ikke betinget af en erhvervsmæssig ulempe som følge af, at moderen er tvunget til at tage barselsorlov. Desuden ydes tillægget også for adoptivbørn.

21. Hvis tillægget imidlertid ydes alene på grundlag af forældreskabet, er det vanskeligt at forstå, hvorfor mænd som forældre ikke er omfattet af denne bestemmelse. Sagsøgeren, der på tidspunktet for sine børns fødsel var udstationeret, fortjener at blive behandlet på samme måde som en kvindelig tjenestemand, som ved sit barns fødsel ikke var i aktiv tjeneste, men var udstationeret. Den omstændighed, at de kvindelige tjenestemænd i den institution, hvortil de var udstationeret, skulle have taget barselsorlov, kan ikke have nogen negativ indvirkning på deres karriere i den forvaltning, de er udgået fra.

22. Sagsøgeren udsættes følgelig for forskelsbehandling på grund af sit køn. Der foreligger klart en tilsidesættelse af traktatens artikel 119. Der vil også være tale om en tilsidesættelse, hvis — hvilket efter sagsøgerens opfattelse netop heller ikke er muligt — artikel 6, stk. 3, i aftalen vedrørende social- og arbejdsmarkedspolitikken fandt anvendelse.

23. Efter sagsøgerens opfattelse behøver det andet præjudicielle spørgsmål ikke at blive besvaret. Bemærkningerne hertil er derfor af ren hypotetisk art: Da der ikke hersker tvivl om, at pensionslovens artikel L. 12, litra b), medfører forskelsbehandling på grundlag af køn, rejser der sig alene det

spørgsmål, om undtagelsen i artikel 4, stk. 2, i direktiv 79/7 finder anvendelse. Analysen af artikel L. 12, litra b), har vist, at der på grund af dens rækkevidde ikke er tale om en foranstaltning til beskyttelse af moderskab.

24. I henhold til artikel 7 i direktiv 79/7 kan en medlemsstat undtage visse bestemmelser fra direktivets anvendelsesområde. I den foreliggende sag vil der kun kunne være tale om artikel 7, stk. 1, litra b). Det er imidlertid allerede fastslået, at den omtvistede fordel ikke er betinget af, at børn er blevet »opdraget«, men alene af, at man er mor. Undtagelsesbestemmelsen finder derfor ikke anvendelse. Pensionslovens artikel L. 12, litra b), er derfor også i strid med direktiv 79/7.

Den franske regering

25. Den franske regering giver udtryk for tvivl med hensyn til, om pensionerne i henhold til pensionsloven er »løn« i traktatens artikel 119's forstand. På grundlag af Defrenne-dommen⁶ må det ifølge den franske regering antages, at pensioner efter en lovbestemt socialsikringsordning ikke er løn som omhandlet i artikel 119, men

6 — Jf. dom af 25.5.1971, sag 80/70, Sml. 1971, s. 109, org.ref.: Rec. s. 445, præmis 7.

falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 79/7 i henhold til dets artikel 3, stk. 1. Det er ikke klart, hvorledes den franske pensionsordning for tjenestemænd skal betragtes, da den er fuldstændig lovreguleret og finder anvendelse på alle tjenestemænd, som både antalsmæssigt og med hensyn til ensartetheden af de bestemmelser, der finder anvendelse på dem, kan betragtes som en »almindelig gruppe af arbejdstagere«⁷.

26. Domstolen fastslog i Beune-dommen⁸, at den nederlandske pensionsordning er omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 119. Der er forskelle og ligheder mellem den nederlandske og den franske pensionsordning. I modsætning til den nederlandske ordning er den franske ordning ingen supplerende ordning, men yder også grundpensionen. Den nederlandske pensionsordning er baseret på en kapitalisering af bidragene, som forvaltes på paritetisk grundlag af en pensionsfond, mens de franske pensioner finansieres direkte over finansloven.

27. Det afgørende kriterium var imidlertid efter Domstolens opfattelse det direkte forhold mellem ydelsen og den stilling, som den ansatte har beklædt, hvilket også

findes i den franske ordning. Den franske regering indrømmer derfor, at de pensioner, der ydes efter den franske ordning, kan betragtes som »løn« i traktatens artikel 119's forstand.

28. Den franske regering har derpå fremsat bemærkninger til den tidsmæssige anvendelse af EF-traktatens artikel 119, artikel 141 EF og aftalen, der er knyttet som bilag til protokollen om social- og arbejds-markedspolitikken. Den oprindelige ordlyd af traktatens artikel 119 blev ikke ændret ved Maastricht-traktaten. I denne traktat, som blev undertegnet den 7. februar 1992 og trådte i kraft den 1. november 1993, blev protokol nr. 14 om social- og arbejds-markedspolitikken imidlertid optaget som bilag. Ved Amsterdam-traktaten, som blev undertegnet den 2. oktober 1997 og trådte i kraft den 1. maj 1999, fik traktatbestemmelsen sin nuværende udformning i artikel 141 EF. Protokollen om social- og arbejds-markedspolitikken figurerer ikke på listen over protokoller, der ophæves ved Amsterdam-traktaten, i nævnte traktats artikel 6, stk. 3. Man må således gå ud fra, at protokollen om social- og arbejds-markedspolitikken fortsat gælder.

29. Som svar på det præjudicielle spørgsmål kan man på den ene side indtage det standpunkt, at det relevante tidspunkt for vurderingen af retsstillingen er det tidspunkt, hvor den omtvistede pensionsafgørelse blev truffet, dvs. den 1. juli 1991. På den anden side kan også tidspunktet for anmodningen om en præjudiciel afgørelse, dvs. den 28. juli 1999, lægges til grund. Med hensyn til det første tidspunkt finder EF-traktatens artikel 119 anvendelse i dens

7 — Jf. Defrenne-dommen, nævnt i fodnote 6, præmis 7.

8 — Nævnt i fodnote 5.

oprindelige udgave; med hensyn til det andet tidspunkt er det artikel 141 EF samt artikel 6, stk. 3, i aftalen, der er knyttet som bilag til protokol nr. 14 om social- og arbejdsmarkedspolitikken. Den franske regering undersøger i første række retsstillingen, som den var på tidspunktet for anmodningen om en præjudiciel afgørelse. Den henholder sig i den forbindelse umiddelbart til artikel 141, stk. 4, EF og artikel 6, stk. 3, i aftalen knyttet til protokollen om social- og arbejdsmarkedspolitikken. Pensionslovens artikel L. 12, litra b), er begrundet efter begge disse bestemmelser.

30. Specifikke fordele for kvinder uanset kvindernes andel inden for den offentlige forvaltning er berettiget i henhold til artikel 6, stk. 3, i aftalen knyttet til protokollen om social- og arbejdsmarkedspolitikken⁹. Der er navnlig to fænomener, der skal fremhæves i denne forbindelse: for det første udnyttelsen af forældreorlov og for det andet en sammenligning af varigheden af kvinders og mænds erhvervsaktivitet. Artikel 141, stk. 4, EF tillader herved specifikke fordele for at opveje ulemper for det underrepræsenterede køn. I denne forbindelse henviser den franske regering navnlig til kvindernes underrepræsentation i højere stillinger og til virkningerne af udnyttelsen af deltidsarbejde.

31. Under retsmødet anførte den franske regering, at traktatens artikel 119 utvivlsomt kan anvendes på den foreliggende sag, idet man dog skal tage hensyn til udviklingen, som den kommer til udtryk i artikel 6, stk. 3, i aftalen knyttet til proto-

kollen om social- og arbejdsmarkedspolitikken og artikel 141, stk. 4, EF. Domstolen har i øvrigt i Abrahamsson og Anderson-dommen¹⁰ og Badeck-dommen¹¹ undersøgt de gældende nationale bestemmelser på grundlag af artikel 141, stk. 4, EF, selv om de var vedtaget inden denne bestemmelse.

32. Med hensyn til traktatens artikel 119 er den franske regering af den opfattelse, at denne bestemmelse allerede i sin oprindelige affattelse tillod, at ulemper i kvindelige ansattes karriere opvejes. Bestemmelsen i pensionslovens artikel L. 12, litra b), er for så vidt under alle omstændigheder begrundet. Den sigter mod at tage højde for en faktisk samfundsmæssig situation, som kvindelige tjenestemænd ville lide under i deres karriereudvikling på grund af den vigtige rolle, som de varetager med børneopdragelsen. Den pågældende bestemmelse har til formål at opveje ulemper og vanskeligheder i karriereudviklingen for kvindelige tjenestemænd, som har haft børn, også selv om de ikke ophørte med at arbejde under børnepasningsperioden.

33. Det fremgår af de statistikker, der er vedlagt det skriftlige indlæg, at kvinder klart er i mindretal i de højere stillinger i den offentlige forvaltning. Dette kan forklares ved, at kvinder, der har børn, betragtes som mindre disponible med hensyn til deres erhvervsmæssige indsats. Kvindernes karriereudvikling er derfor langsommere end mændenes, fordi man ikke betror

9 — Jf. ovenfor, punkt 10.

10 — Dom af 6.7.2000, sag C-407/98, Sml. I, s. 5539.

11 — Dom af 28.3.2000, sag C-158/97, Sml. I, s. 1875.

dem de samme stillinger. Dette indvirker direkte på pensionerne som følge af den måde, hvorpå tjenestemændenes pensionsydelser beregnes i Frankrig. Det er formålet med artikel L. 12, litra b), at opveje disse forskelle. Der er i forbindelse med foranstaltningen tale om en opvejning af reelle ulemper på lønområdet, som kan konstateres i forbindelse erhvervsaktiviteten blandt kvinder, der har børn.

34. Bestemmelsen er i øvrigt under sagen blevet kritiseret for at være alt for generel. Heroverfor kan det anføres, at bestemmelsen ikke begunstiger kvinder generelt, men kun kvinder, som har haft børn. Det fremgår af statistikker vedrørende den franske offentlige forvaltning, at kvinder, som ikke har haft børn, ikke støder på de samme vanskeligheder med hensyn til deres karriereudvikling.

35. Princippet om lige løn er således ikke tilsidesat i pensionslovens artikel L. 12, litra b). Denne opfattelse bekræftes af Kalanke-dommen¹², Marschall-dommen¹³, Badeck-dommen¹⁴ og Abdoulaye-dommen¹⁵. Alene for det tilfælde, at Domstolen ikke skulle betragte tjenestemandspensionerne som »løn« i EF-traktatens artikel 119's forstand, anfører den franske

regering subsidiært, at artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 79/7 finder anvendelse. Der er tydeligt påvist en forbindelse mellem tilægget og børneopdragelsen.

36. Kun for det tilfælde, at Domstolen ikke måtte følge den franske regerings argumentation, anmoder regeringen om, at følgerne af dommen begrænses tidsmæssigt. I forbindelse med en sådan anmodning undersøger Domstolen i reglen, om en retlig usikkerhed har været årsag til en medlemsstats fejlfortolkning af en fællesskabsregel. Også i den henseende henviser den franske regering til, at dens holdning er berettiget på grundlag af Kalanke-dommen¹⁶, Marschall-dommen¹⁷, Badeck-dommen¹⁸ og Abdoulaye-dommen¹⁹.

Den belgiske regering

37. Med henblik på besvarelse af spørgsmålet, om den franske tjenestemandspension udgør »løn« i traktatens artikel 119's forstand, har den belgiske regering henvist til Barber-dommen²⁰, hvori Domstolen ordret udtalte, »at begrebet løn [...] ikke ses at kunne omfatte de socialsikringsordninger eller -ydelser, navnlig alderspension, som direkte er reguleret ved lov, således at

12 — Dom af 17.10.1995, sag C-450/93, Sml. I, s. 3051.

13 — Dom af 11.11.1997, sag C-409/95, Sml. I, s. 6363.

14 — Nævnt i fodnote 11.

15 — Dom af 16.9.1999, sag C-218/98, Sml. I, s. 5723.

16 — Nævnt i fodnote 12.

17 — Nævnt i fodnote 13.

18 — Nævnt i fodnote 11.

19 — Nævnt i fodnote 15.

20 — Dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Sml. I, s. 1889, præmis 22.

der ikke foreligger nogen overenskomst herom inden for den pågældende virksomhed eller erhvervsgren, og som obligatorisk finder anvendelse på almindelige grupper af arbejdstagere«.

tillæg falder ind under denne undtagelsesbestemmelse, som efter den belgiske regerings opfattelse stadig finder anvendelse, hvorfor den omtvistede bestemmelse ikke er i strid med ligebehandlingsprincippet.

38. Den belgiske regering har derpå henvist til, at forordning (EØF) nr. 1408/71²¹ både i personel²² og saglig henseende finder anvendelse på særlige ordninger for tjenestemænd, idet artikel 1, litra j)a, definerer udtrykket særlig ordning for tjenestemænd som »enhver social sikringsordning, der er forskellig fra den almindelige sociale sikringsordning for arbejdstagere i de berørte medlemsstater, og som alle eller visse kategorier af tjenestemænd eller dermed ligestillede personer er direkte omfattet af«.

39. Da den franske tjenestemandspensionsordning er omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71, kan det på grundlag af de kriterier, der er fastsat i Barber-dommen, lægges til grund, at de pensioner, der udbetales i forbindelse med denne ordning, ikke er »løn« i traktatens artikel 119's forstand. Med hensyn til det andet præjudicielle spørgsmål har den belgiske regering henvist til artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 79/7. Det omtvistede

Kommissionen

40. Under henvisning til Beune-dommen²³ og Evrenopoulos-dommen²⁴ har Kommissionen lagt til grund, at de franske tjenestemandspensioner har karakter af løn. Med hensyn til spørgsmålet, om pensionslovens artikel L. 12, litra b), er i overensstemmelse med princippet om lige løn, har Kommissionen anført, at det afgørende kriterium for tillægget efter bestemmelsens ordlyd er den omstændighed, at man har haft børn. I betragtning heraf er det vanskeligt at forstå, hvorfor den ikke tillige ydes til mandlige tjenestemænd, der er familiefædre. Domstolen fastslog i forbindelse med direktiv 76/207/EØF²⁵, at både mandlige og kvindelige arbejdstagere kan være forældre²⁶. Kommissionen er af den opfattelse, at tilkendelsen af et tillæg til kvindelige tjenestemænd i kraft af, at de er forældre, udgør en direkte forskelsbehandling af tjenestemanden som den mandlige forælder.

21 — Rådets forordning af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1606/98 af 29.6.1998 (EFT L 209, s. 1).

22 — Jf. artikel 1, litra a), nr. i), i forordning nr. 1408/71, som ændret ved forordning nr. 1606/98.

23 — Nævnt i fodnote 5.

24 — Dom af 17.4.1997, sag C-147/95, Sml. I, s. 2057.

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

26 — Jf. dom af 25.10.1988, sag 312/86, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 6315.

41. Endelig er der spørgsmålet om anvendelsen af »Barber-protokollen«²⁷. Protokollen, der trådte i kraft den 1. november 1993, har følgende ordlyd: »Med henblik på anvendelsen af traktatens artikel 119 skal ydelser i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning ikke anses for løn, hvis og i det omfang de kan henføres til beskæftigelsesperioder, der ligger forud for den 17. maj 1990, undtagen for arbejds-tagere eller deres ydelsesberettigede pårørende, der inden denne dato har anlagt søgsmål eller indbragt en dertil svarende klage i overensstemmelse med den relevante nationale ret.«

tatens artikel 119 ikke finder anvendelse, og Kommissionen anser denne for anvendelig, behandler den kun subsidiært det andet spørgsmål. Selv om artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 79/7 indeholder en undtagelse fra princippet om ligebehandling til fordel for personer, der har opdraget børn, betyder dette ikke, at den samme undtagelse gælder, hvis en medlemsstat alene gør en fordel betinget af, at en person har haft børn.

V — Stillingtagen

42. Det er ubestridt, at de omtvistede tillæg stod i forbindelse med tidspunktet for pensionens udbetaling, dvs. med et tidspunkt efter den 17. maj 1990. »Barber-protokollen« finder derfor ikke anvendelse tidsmæssigt. Den fordel, som pensionslovens artikel L. 12, litra b), giver, kan heller ikke betragtes som en »positiv foranstaltning« efter artikel 6, stk. 3, i aftalen, der er knyttet som bilag til protokollen om social- og arbejdsmarkedspolitikken. Den omstændighed, at det kun er kvindelige tjenestemænd, der kan opnå ydelsen, går ud over undtagelsens grænser. Kommissionen er derfor af den opfattelse, at pensionslovens artikel L. 12, litra b), ikke er forenelig med traktatens artikel 119 eller artikel 141 EF.

43. Da det andet præjudicielle spørgsmål i sagen kun er stillet i tilfælde af, at trak-

44. Som indledende spørgsmål skal det afklares, hvilke af de omhandlede bestemmelser der tidsmæssigt finder anvendelse i den foreliggende sag. Som det fremgår af parternes argumenter, kan det relevante tidspunkt på den ene side være det tidspunkt, hvor den anfægtede afgørelse blev truffet, dvs. den 1. juli 1991, og på den anden side datoen for anmodningen om en præjudiciel afgørelse, dvs. den 28. juli 1999. På det første tidspunkt fandt traktatens artikel 119 anvendelse i dens oprindelige affattelse, hvori der endnu ikke (udtrykkeligt) var givet mulighed for at yde specifikke fordele for at opveje erhvervsmæssige ulemper. På det senere tidspunkt finder artikel 141 EF anvendelse, som foreskriver denne mulighed i stk. 4. Tages der udgangspunkt i datoen for anmodningen om en præjudiciel afgørelse, kan artikel 6, stk. 3, i aftalen, der er knyttet til protokollen om social- og arbejdsmarkedspolitikken, som trådte i kraft den 1. november 1993, og som ligeledes foreskriver denne mulighed, også

27 — Protokol nr. 2 ad artikel 119 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab.

finde anvendelse. Det er i den forbindelse imidlertid ikke på forhånd udelukket, at den kan anvendes til fortolkningen og forståelsen af traktatens artikel 119.

forhold, men derimod en alderspensionsydelse, kan der kun være tale om en »anden ydelse«, som arbejdsgiveren betaler til arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet.

45. Sagsøgerens advokat understregede udtrykkeligt under retsmødet, at den forelæggende ret skal træffe sin afgørelse på grundlag af den lovgivning, der var gældende på det tidspunkt, hvor den anfægtede afgørelse blev truffet. De præjudicielle spørgsmål skal derfor først og fremmest undersøges på grundlag af det tidspunkt, hvor den anfægtede pensionsafgørelse blev truffet, dvs. på grundlag af den oprindelige version af traktatens artikel 119. Denne fremgangsmåde synes også hensigtsmæssig, da begrebet løn som sådant ikke blev grundlæggende ændret i forbindelse med ændringen af bestemmelsen, som senere blev artikel 141 EF. Såfremt tillægget således kan anses for omfattet af begrebet løn, er det desuden unødvendigt at besvare det indledende spørgsmål om, hvilke bestemmelser der finder anvendelse.

46. Traktatens artikel 119 pålægger i stk. 1 hver medlemsstat at gennemføre princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi. I henhold til bestemmelsens stk. 2 forstås ved »løn« den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier. Da der i det foreliggende tilfælde ikke er tale om en ydelse som led i et aktivt arbejds-

47. Arbejdsgiver inden for det offentlige er staten. Også inden for den franske offentlige forvaltning betales arbejds lønnen af staten, og betalingerne sker — som det udtrykkeligt er blevet forklaret under sagen — over finansloven. For så vidt som der i forbindelse med pensionerne er tale om en generel aldersforsikringsordning for tjenestemænd, rejser der sig det spørgsmål, om det ikke er i strid med Defrenne I-dommen²⁸ at henføre disse ydelser til begrebet løn. I denne dom fastslog Domstolen nemlig, at begrebet løn ikke ses »at kunne omfatte socialsikringsordninger eller -ydelser, navnlig alderspension, som direkte er reguleret ved lov, således at der ikke foreligger nogen overenskomst inden for den pågældende virksomhed eller erhvervsgren, og som obligatorisk finder anvendelse på almindelige grupper af arbejdstagere«²⁹.

48. Omvendt har Domstolen imidlertid anset ydelser som led i en overenskomstmæssig virksomhedspensionsordning, som supplerer den almindeligt gældende sociale sikringsordning, for at være omfattet af begrebet løn³⁰. Heller ikke den omstæn-

28 — Dommen nævnt i fodnote 6.

29 — Dommen nævnt i fodnote 6, præmis 7.

30 — Jf. Bilka-dommen, nævnt i fodnote 5, præmis 20, 21 og 22.

dighed, at en virksomhedspensionsordning er lovbestemt og delvis træder i stedet for den almindelige, lovbestemte ordning, fik Domstolen til at tøve med at anse pension, der udbetales i henhold til en sådan ordning, for at være omfattet af begrebet løn³¹. Direktiv 86/378/EØF³² om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervs-tilknyttede sociale sikringsordninger, som er trådt i kraft i mellemtiden, har heller ikke ændret noget ved Domstolens holdning, at ydelser på grundlag af en supplerende erhvervstilknyttet pensionsordning skal anses for at være »løn« som omhandlet i traktatens artikel 119's forstand, og at forskelsbehandling, som kan konstateres allerede ved hjælp af de i artiklen opstillede kriterier, »samme arbejde« og »lige løn«, skal betragtes som forbudt forskelsbehandling³³.

49. Domstolen måtte for første gang tage stilling til en aldersforsikringsordning for tjenestemænd i Beune-sagen³⁴. Der var i den forbindelse tale om den nederlandske lovbestemte pensionsordning for offentligt ansatte. Alderspensionen for offentligt ansatte var efter ordningen struktureret på den sådan måde, at de pensionerede tjenestemænd i første række var henvist til ydelser fra den almindelige lovbestemte pensionsordning, hvis de havde ret hertil, hvortil kom ydelser fra en tjenestemandspensionsordning.

50. I sit forslag til afgørelse i denne sag³⁵ opstillede generaladvokat Jacobs på grundlag af den tidligere retspraksis fem kriterier med henblik på at kvalificere ydelsen i henhold til traktatens artikel 119. Disse kriterier vedrører spørgsmålet om, i hvilket omfang ordningen er fastlagt ved lov, om den er baseret på en overenskomst, hvorledes ordningen finansieres, om den finder anvendelse på almindelige grupper af arbejdstagere, og om den har karakter af et supplement. Domstolen henviste derudover til betydningen af forholdet mellem ydelsen og arbejdstagerens erhverv³⁶.

51. Ved kvalificeringen af ydelsen i Beune-sagen fastslog Domstolen, at den omstændighed, at en ordning er reguleret ved lov, ikke er tilstrækkelig til, at en ydelse ikke er omfattet af traktatens artikel 119³⁷. Kriteriet om et overenskomstforhold mellem arbejdsgiverne og repræsentanter for arbejdstagerne er kun opfyldt, hvis der foreligger en egentlig aftale. Inden for det offentlige findes der også konsultationsprocedurer, som ikke nødvendigvis fører til en overenskomst³⁸. Anvendelsen af traktatens artikel 119 afhænger heller ikke af, om der er tale om en *supplerende* ydelse³⁹. Med hensyn til ordningens finansiering fastslog Domstolen, at pensionsordningen ganske vist forvaltes selvstændigt på grundlag af regler, der ligger tæt op ad dem, der

31 — Jf. Barber-dommen, nævnt i fodnote 20, præmis 16 og 30.

32 — Rådets direktiv af 24.7.1986 (EFT L 225, s. 40).

33 — Jf. Moroni-dommen, nævnt i fodnote 5, præmis 22-26.

34 — Nævnt i fodnote 5.

35 — Jf. forslag til afgørelse af 27.4.1994.

36 — Beune-dommen, nævnt i fodnote 5, præmis 23.

37 — Dommens præmis 26.

38 — Dommens præmis 32.

39 — Dommens præmis 37.

gælder for erhvervstilknyttede ordninger. Men herved adskiller den sig ikke væsentligt fra ordninger, som er omfattet af direktiv 79/7⁴⁰. I denne forbindelse er muligheden for supplerende bidrag fra staten også af betydning⁴¹.

52. Med hensyn til begrebet »almindelige grupper af arbejdstagere« finder Domstolen, at det »næppe [kan] omfatte en særlig gruppe af arbejdstagere som tjenestemænd«⁴².

53. Endelig fandt Domstolen, at det alene var kriteriet om, »at arbejdstageren modtager pensionen som følge af arbejdsforholdet mellem ham og hans tidligere arbejdsgiver«⁴³, der kunne tillægges afgørende betydning. Den pension, som »kun berører en særlig gruppe af arbejdstagere [...] direkte afhænger af den tilbagelagte tjenestetid og [...] fastsættes på grundlag af tjenstemandens senest oppebårne løn«⁴⁴, er en pension, der udbetales af en offentlig arbejdsgiver, og som kan sammenlignes med den, en privat arbejdsgiver udbetaler sine tidligere ansatte⁴⁵, og må derfor betragtes som »løn« i traktatens artikel 119's forstand.

54. Domstolen bekræftede denne praksis i Evrenopoulos-dommen⁴⁶. I denne sag drejede det sig om kvalificeringen af et offentligt organs pensionsordning for de ansatte⁴⁷. Ordningen var blevet indført ved en lov og var udelukkende reguleret ved denne lov. Domstolen betragtede en efterladtepension, der udbetaltes i henhold til denne »erhvervstilknyttede pensionsordning«⁴⁸, som »løn« i traktatens artikel 119's forstand på grundlag af de principper, der blev opstillet i Beune-dommen⁴⁹.

55. I modsætning til Beune-sagen er der i Evrenopoulos-sagen ikke tale om en pensionsordning for tjenestemænd, men derimod om en erhvervstilknyttet pensionsordning, hvor arbejdsforholdet var underlagt privatretlige regler. Af relevans for den foreliggende sag kan således i sidste instans kun Beune-dommen være, da Domstolen ikke senere har fået forelagt spørgsmål om, hvorvidt en tjenestemandspensionsordning har karakter af løn i traktatens artikel 119's forstand. Beune-dommen kan kun danne præcedens for den foreliggende sag, hvis de væsentlige karakteristika ved den franske pensionsordning stemmer overens med den pensionsordning, der skulle bedømmes i Beune-sagen.

56. Ifølge de foreliggende oplysninger er pensionsordningen i den foreliggende sag også i sin helhed reguleret ved lov. Dette

40 — Dommens præmis 39.

41 — Dommens præmis 40.

42 — Dommens præmis 42.

43 — Dommens præmis 43.

44 — Dommens præmis 45.

45 — Dommens præmis 45.

46 — Nævnt i fodnote 24.

47 — Dommens præmis 3.

48 — Dommens præmis 22.

49 — Dommens præmis 19 og 20, nævnt i fodnote 5.

alene er imidlertid ikke, jf. Beune-dommen, tilstrækkeligt til, at ordningen falder uden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 119. Det forhold, at ordningen således er lovbestemt, betyder, at den ikke beror på en egentlig aftale mellem arbejdsgiveren og repræsentanter for arbejdstagerne, selv hvis der skulle have fundet eller finder konsultationer sted. Det er ubestridt, at der i forbindelse med den franske tjenestemandspensionsordning ikke er tale om en supplerende sikringsydelse, men derimod om en grundpension for de ansatte, der er omfattet af ordningen. Ifølge Beune-dommen afhænger anvendelsen af traktatens artikel 119 imidlertid ikke af, om der er tale om en grundpension eller en supplerende pension.

57. Finansieringen af pensionsordningen sker over finansloven. I den henseende adskiller den sig betydeligt fra både en virksomhedspensionsordning og den pensionsordning, der skulle bedømmes i Beune-sagen, som ganske vist blev forvaltet på stort set samme måde som en erhvervstilknyttet pensionsordning. Under alle omstændigheder indestår staten som arbejdsgiver også for finansieringen af pensionsordningen med de midler, staten råder over — dvs. lovgivning og gennemførelse via finansloven. Finansieringen adskiller sig i den henseende både fra finansieringen af en erhvervstilknyttet pensionsordning og af den almindelige pensionsforsikringsordning, der som regel finansieres gennem bidrag fra arbejdsgiverne og arbejdstagerne, idet staten også kan være forpligtet til at yde bidrag.

58. Det er vanskeligt alene på grundlag af finansieringsformen at afgøre, om pensionsordningen er omfattet af, henholdsvis falder uden for begrebet løn i traktatens artikel 119. Det er uden tvivl staten som arbejdsgiver, der indestår for finansieringen af pensionerne. På den anden side kan staten ikke sammenlignes med en privat arbejdsgiver, og det er offentlige midler, der anvendes til at finansiere ydelserne. Pensionsordningen er under alle omstændigheder en lovbestemt obligatorisk aldersforsikringsordning for offentligt ansatte. Den har i den henseende absolut lighedspunkter med den almindelige lovbestemte pensionsordning, der gælder for arbejdstagere i den private sektor.

59. Med hensyn til spørgsmålet, om tjenestemændene er en »almindelig gruppe af arbejdstagere«, tog Domstolen selv kun tøvende stilling hertil og fandt, at den »særlige erhvervsgren« tjenestemænd »næppe« kan betragtes som en almindelig gruppe af arbejdstagere.

60. For så vidt som der er tale om en obligatorisk aldersforsikringsordning for offentligt ansatte, deler jeg absolut den franske og den belgiske regerings betænkkeligheder med hensyn til at sidestille tjenestemandspensionerne med en erhvervstilknyttet pensionsordning. Da Domstolen imidlertid i Beune-sagen lod »arbejdsforholdet« i traktatens artikel 119's forstand

være det kriterium, der udelukkende blev lagt vægt på, og dermed relativiserede den tidligere retspraksis vedrørende de enkelte kriterier, lægges dette kriterium også til grund i den foreliggende sag.

inition i traktatens artikel 119, stk. 2, andet afsnit:

»a) at den løn, der ydes for samme arbejde, der aflønnes i akkord, fastsættes på samme beregningsgrundlag

61. I overensstemmelse med denne retspraksis er det således af afgørende betydning, om pensionsydelse alene kan defineres på grundlag af kriterierne »samme arbejde« og »lige løn«, som direkte er angivet i traktatens artikel 119. Således som den franske tjenestemandspensionsordning er blevet beskrevet i denne sag, må man vel gå ud fra, at der er tale om en aldersforsikring for »en særlig gruppe af arbejdstagere«, som »direkte afhænger af den tilbagelagte tjenestetid« og »fastsættes på grundlag af tjenstemandens senest oppebårne løn«⁵⁰. Ved den videre efterprøvelse må det derfor lægges til grund, at de franske tjenestemandspensioner er »løn« i traktatens artikel 119's forstand.

b) at den løn, der ydes for arbejde, betalt efter tid, er den samme for samme slags arbejde«.

62. Det skal herefter undersøges, om det omtvistede tillæg medfører en forbudt forskelsbehandling med hensyn til køn. Lige løn uden forskelsbehandling med hensyn til køn indebærer ifølge den lovbestemte defi-

63. Det spørgsmål, som den foreliggende sag drejer sig om, kan imidlertid ikke henføres under disse kategorier. Dette beror på flere grunde. For det første er der ikke tale om arbejds løn fra en erhvervsaktiv karriere, men derimod om en alderspensionsydelse. Dennes størrelse bestemmes endvidere af forskellige faktorer, f.eks. antallet af pensionsgivende tjenesteår på den ene side og lønnens størrelse i de seneste seks måneder i aktiv tjeneste på den anden side. Endelig står tillægsordningen efter pensionslovens artikel L. 12 ikke umiddelbart i forbindelse med det udførte arbejde, men er bestemt og egnet til at opveje visse vanskeligheder, som tjenestemanden har været udsat for i løbet af sin karriere. Det omtvistede tillæg til kvindelige tjenestemænd, som har børn, er således kun et blandt flere.

⁵⁰ — Jf. i den henseende Beune-dommen, nævnt i fodnote 5, præmis 45.

64. Pensionslovens artikel L. 12, litra a), hjemler således et tillæg for tjeneste uden for Europa (»bonification de dépaysement«). Pensionslovens artikel L. 12, litra c), artikel L. 12, litra d), artikel L. 12, litra e), og artikel L. 12, litra f), fastsætter tillæg bl.a. for forskellige former for tjeneste i krigstid, ved militæret, i besatte områder, i sønderbombede områder, i forbindelse med militære aktioner osv. Pensionslovens artikel L. 12, litra g), yder et tillæg til politisk deporterede. Pensionslovens artikel L. 12, litra h), fastsætter et tillæg til erhvervs-skolelærere i den praktikantperiode (»stage professionnelle«), som var forudsætningen for den udvælgelsesprøve, der førte til deres ansættelse. Artikel L. 12, litra i), indeholder de nærmere bestemmelser vedrørende et tillæg til militært personel.

65. Principielt er både mænd og kvinder omfattet af tillægsordningen. Det forholder sig blot således, at betingelserne for at være berettiget til et tillæg meget lettere kan opfyldes af det ene end af det andet køn, alt afhængig af, hvilken tillægskategori der er tale om. Tillægsordningen har i den henseende træk, som kan sammenlignes med den ordning i forbindelse med betingelserne for at få en fortrinsstilling med henblik på udøvelse af praktisk juridisk virksomhed, som skulle bedømmes af Domstolen i Schnorbus-sagen⁵¹. I henhold til loven var det kun mænd, der kunne opfylde kriteriet

om at have aftjent værnepligt, som berettigede til en fortrinsstilling. Domstolen anså dette for en indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn⁵², som dog var berettiget under de givne omstændigheder⁵³.

66. Det skal derfor undersøges, om pensionslovens artikel L. 12, litra b), fører til en ulovlig forskelsbehandling på grundlag af køn. Da denne bestemmelse kun gælder for kvinder, foreligger der formelt en forskelsbehandling, der beror på kønnet. Det er imidlertid ikke tilhørsforholdet til kvinddekønnet alene, som giver adgang til det omtvistede tillæg. Der skal derfor foretages en nærmere gennemgang af de yderligere betingelser herfor.

67. Udgangspunktet for tillægget er moderskabet i videste forstand. Der skal i den forbindelse sondres mellem biologisk moderskab og moderskab til børn på andet retsgrundlag⁵⁴. Pensionslovens artikel L.12, litra b), følger i princippet denne inddeling. Med hensyn til biologiske børn kræves der foruden selve moderskabet ikke dokumentation for nogen yderligere omstændigheder for at være berettiget til tillægget. I forbindelse med moderskabet til børn på andet retsgrund er tillægget desuden betinget af, at det mindreårige barn er blevet »opdraget« i mindst ni år.

52 — Schnorbus-dommen, præmis 32, 43 og 44.

53 — Schnorbus-dommen, præmis 47.

54 — For nemheds skyld anvendes disse begreber som fællesbetegnelser for forskellige situationer.

51 — Dom af 7.12.2000, sag C-79/99, Sml. I, s. 10997.

68. Der synes dog at foreligge en afvigelse med hensyn til adoptivbørn. I henhold til den ved lov nr. 82-599 af 13. juli 1982⁵⁵ indførte og fortsat gældende affattelse af bestemmelsen skal de behandles på samme måde som biologiske børn. Den tidligere affattelse, der var baseret på lov nr. 64-1339 af 26. december 1964⁵⁶, sondrede klart mellem biologiske børn, hvor opdragelsesperioderne ikke skulle dokumenteres, og børn med anden retlig status, hvor tillægget var gjort betinget af en niårig opdragelsesperiode. Gennemførelsesbestemmelsen til pensionslovens artikel L. 12, litra b), pensionslovens artikel R. 13, indeholder i øvrigt også den nævnte sontring mellem biologiske børn og børn med anden retlig status. Hvilke grunde, der i 1982 fik lovgiveren til at sidestille adoptivbørn med biologiske børn, er ikke blevet forklaret i den foreliggende sag. Det er i første omgang heller ikke nødvendigt at tage stilling til dette.

69. Til bedømmelse af spørgsmålet, om der foreligger en forskelsbehandling på grundlag af køn, skal det undersøges, om

»moderskab« i bestemmelsens forstand skal opfattes som værende ensbetydende med »forældreskab«, eller om der foreligger objektive grunde for at betragte moderskabet anderledes i pensionsretlig henseende end forældreskabet. Med henblik herpå tages der udgangspunkt i sontringen mellem biologiske børn og børn med anden retlig status. Sagsøgeren har i øvrigt udtrykkeligt gjort gældende, at han ønsker at blive sidestillet med moderen til biologiske børn, hvor tillægget ikke er betinget af nogen yderligere dokumentation.

70. Moderen til biologiske børn indtager med hensyn til erhvervsmæssig beskæftigelse før, under og efter fødslen en særstilling. Dette gælder i første række med hensyn til den lovbestemte beskyttelse af kvinder i forbindelse med moderskab, som rækker lige fra beskæftigelsesforbud⁵⁷, over mindsteorlov⁵⁸ til frivillig forlænget orlov⁵⁹. Men allerede under graviditeten gælder der endvidere særlige beskyttelsesregler⁶⁰ for den vordende moder, som har en begrænsende virkning for erhvervsaktiviteten og er til hinder for, at den gravide

55 — *Journal officiel de la République française*, 14.7.1982, s. 2239.

56 — *Journal officiel de la République française*, 30.12.1964, s. 11835; heri hedder det i artikel L. 12, litra b):
«Bonification accordée aux femmes fonctionnaires pour chacun de leurs enfants légitimes, naturels reconnus et, sous réserve qu'ils aient été élevés pendant neuf ans au moins au cours de leur minorité, pour chacun de leurs enfants adoptifs ou issus d'un mariage précédent du mari ou ayant fait l'objet d'une délégation judiciaire des droits de puissance paternelle en application des articles 17 (1^{er} et 3^e alinéas) et 20 de la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés.»

57 — Jf. dom af 12.7.1984, sag 184/83, Hofmann, Sml. s. 3047, præmis 9, af 3.2.2000, sag C-207/98, Mahlburg, Sml. I, s. 549, præmis 6, 7 og 29, og af 23.11.2000, sag C-135/99, Elsen, Sml. I, s. 10409, præmis 7.

58 — Jf. artikel 8 i Rådets direktiv 92/85/EØF af 19.10.1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere, som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) (EFT L 348, s. 1).

59 — Jf. Hofmann-dommen, nævnt i fodnote 57.

60 — Jf. direktiv 76/207, artikel 2, stk. 3 og 4, og direktiv 92/85; jf. også Mahlburg-dommen, nævnt i fodnote 57, præmis 6, 7 og 25.

kvinde kan arbejde inden for visse områder⁶¹. Lignende beskyttelsesregler gælder også under amning⁶², og de kan have en tilsvarende begrænsende virkning. På grundlag af moderskabets fysiologiske aspekt er kvinden udsat for særlige ulemper, som lovgiveren tager højde for, og som indvirker på erhvervsaktiviteten⁶³.

71. De omstændigheder, som nødvendigvis er forbundet med moderskabet, er objektive grunde, som foruden særlige beskyttelsesforanstaltninger berettiger en kønsbestemt udligning. Graviditet, fødsel og amning er situationer, som en mand ikke kan komme i, og som ikke kan sidestilles med en mands situation som far⁶⁴. Det forhold, at der ved pensionsberegningen tages hensyn til moderskabet som sådant for at opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere, synes derfor principielt ikke at udgøre en uberettiget forskelsbehandling på grundlag af køn. Med hensyn til ulemperne er det således heller ikke ubetinget afgørende, om moderskabet er indtrådt under det aktive arbejdsforhold eller i givet fald tidsmæssigt inden ansættelsen inden for det offentlige. Moderskabet kan f.eks. allerede have medført en forsinkelse af uddannelsen⁶⁵, således at ansættelsen i det offentlige først var mulig på et senere

tidspunkt, hvilket også kan betragtes som en ulempe med hensyn til den kvindelige tjenestemands karriereforsløb. Selv hvis en kvinde i afbrydelsesperioderne som følge af moderskab allerede var ansat som tjenestemand, men — som anført af sagsøgeren — ikke besætter sin stilling, hvad enten det skyldes udstationering eller andre tjenesteretlige grunde⁶⁶, udelukker dette på ingen måde, at der foreligger ulemper som følge af moderskab. I forbindelse med en udstationering skal bestemmelserne til beskyttelse af moderskabet ligeledes overholdes af det pågældende tjenestested med de begrænsninger, som er forbundet hermed. Der kan derfor også under disse omstændigheder generelt forventes ulemper med hensyn til hele den erhvervsmæssige beskæftigelse. Et tillæg for det biologiske moderskab synes derfor sagligt begrundet i forbindelse med pensionsberegningen.

72. Det skal imidlertid ligeledes undersøges — selv om sagsøgeren udtrykkeligt påberåber sig den første situation, der er omhandlet i pensionslovens artikel L. 12, litra b), — om begrænsningen af tillægget til kvinder er berettiget af saglige grunde for så vidt angår de øvrige tilfælde.

73. Udgangspunktet i alle disse andre tilfælde er moderskabets sociale aspekt. I den henseende kan sagsøgerens argumentation

61 — Jf. Mahilburg-dommen, nævnt i fodnote 57.

62 — Jf. direktiv 92/85.

63 — Jf. f.eks. opregningen i Abdoulaye-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 19; jf. tillige generaladvokat Alber's forslag til afgørelse af 3.6.1999, punkt 56.

64 — Jf. dom af 13.2.1996, sag C-342/93, Gillespie, Sml. I, s. 475, præmis 17.

65 — Jf. i denne forbindelse et parallelt tilfælde i Schnorbus-dommen, nævnt i fodnote 51, præmis 28.

66 — Sagsøgeren taler i sit skriftlige indlæg i den henseende om ikke at være beskæftiget i aktiv tjeneste som følge af udstationering, beskæftigelse uden for normal tjeneste, ventepenge, tjenestefrihed af personlige årsager (détachement, position hors cadre, mise en disponibilité, congé de convenance personnelle), s. 13 i sagsøgerens skriftlige indlæg.

om, at forældreskabet skal lægges til grund, være relevant.

74. Ved »moderskabets sociale aspekt« skal forstås alle fysiske, tidsmæssige og økonomiske omkostninger og begrænsninger, som normalt er forbundet med opdragelse og pasning af et barn. For det forhold, at denne opdragelsesindsats er genstand for bestemmelsen, taler, at den franske lovgiver kræver dokumentation for en niårig opdragelsesperiode med hensyn til »børn med anden retlig status« for at udløse retsvirkningen i form af ydelsen af et tillæg. Opdragelsesindsatsen er naturligvis også af betydning med hensyn til biologiske børn. Den omstændighed, at der med hensyn til disse ikke kræves dokumentation for opdragelsesperioder, kan ikke betyde andet, end at lovgiveren forudsætter, at det i reglen er de biologiske børns forældre, der har ansvaret for deres opdragelse. Denne synsvinkel taler i øvrigt også for, at adoptivbørn er blevet sidestillet med biologiske børn ved lov nr. 82-599 af 13. juli 1982. Blev tillægget udelukkende ydet af demografiske grunde, dvs. som præmie for fødslen af et barn, var der ingen anledning til også at yde det til »mødre til børn med anden retlig status«.

75. Med hensyn til biologiske børn såvel som adoptivbørn antager lovgiveren uden videre, at de også opdrages i mødrenes husstand. For så vidt angår ægtefællens børn fra et tidligere forhold, er dette ikke ubetinget en selvfølge, hvorfor der kræves dokumentation for en egentlig opdragelsesindsats i ni år. På tilsvarende måde for-

holder det sig i forbindelse med børn, over hvilke der udøves forældremyndighed, eller som der udøves værgemål for, og med hensyn til børn, som er optaget som plejebørn i den pensionsberettigedes husstand. Der kan i den forbindelse også være tale om relativ korte perioder. Derfor kræves der også med hensyn til disse børn dokumentation for en niårig opdragelsesperiode.

76. Inden undersøgelsen af en eventuel saglig begrundelse for tillægget til mødre bemærkes indledningsvis, at det rent økonomiske aspekt af børneopdragelsen udlignes i pensionslovens artikel L. 18. Med denne bestemmelse ydes der pensionstillæg for børn. Denne finansielle udligning af forsørgerbyrder ydes uafhængigt af køn udelukkende på grundlag af det antal børn, som den pensionsberettigede har.

77. Tillægget i pensionslovens artikel L. 12, litra b), forfølger et andet mål. Allerede den sammenhæng, hvori pensionslovens artikel L. 12, litra b), optræder, viser, at der i denne bestemmelse er tale om en opvejning af særlige vanskeligheder i løbet af den erhvervsmæssige karriere.

78. Den franske regering har nu på forskellige måder understreget⁶⁷, at kvinder med børn erfaringsmæssigt har dårligere

67 — Jf. sammenfatningen i punkt 32 og 33 ovenfor.

karrieremuligheder, hvilket også fremgår af statistikkerne. Årsagen hertil er de faktiske forhold i samfundet. Kvinder med børn er ikke dårligt stillede, fordi de er kvinder, men derimod fordi de har børn.

79. Med hensyn til analysen af årsagerne kan det spille en rolle, at kvinder med børn betragtes som kun begrænset disponible og derfor ikke får tilbudt visse højere stillinger. I proceduren ved den nationale ret anførte den sagsøgte minister bl.a. også, at kvinder med familieforpligtelser ofte er hindret i at forberede sig behørigt til udvælgelsesprøverne til højere stillinger.

80. Eventuelle fraværperioder som følge af børnepasning, begrænsninger som følge af opfyldelsen af familieforpligtelser, som omfatter opdragelse af børn i videste forstand, dvs. også pasning, og de opfattelser, som de forfremmelsesansvarlige har af moderskabets sociale rolle, er årsag til det sociologiske fænomen, som giver sig udslag i begrænsede karriereforventninger til kvinder med børn. Dette gælder ikke på samme måde for fædre. Selv hvis fædre overtager familieforpligtelser, virker dette erfaringsmæssigt — i hvert fald ikke i den aktuelle samfundsmæssige sammenhæng — ikke i samme udstrækning karrierehæmmende som for mødre.

81. Efter Domstolens praksis »forudsætter det her omhandlede ligelønsprincip ganske som det generelle forbud mod forskelsbehandling, som det er en særlig udformning af, at de mandlige og kvindelige arbejdstagere, som det finder anvendelse på, befinder sig i sammenlignelige situationer«⁶⁸. Som jeg har forklaret i det foregående, befinder mødre på arbejdspladsen sig imidlertid i mange henseender ikke i den samme situation som fædre.

82. Domstolen har allerede flere gange fastslået, at princippet om ligebehandling tilsigter en reel og ikke en formel ligestilling⁶⁹. Dette må også gælde for princippet om lige løn, såfremt det anvendes til at bedømme andre situationer end dem, der er nævnt i traktatens artikel 119, stk. 2, andet afsnit, og i artikel 141, stk. 2, EF, eller i artikel 6, stk. 3, i aftalen, der er knyttet som bilag til protokol nr. 14 om social- og arbejdsmarkedspolitikken, og som vedrører akkord- eller tidlønnet arbejde.

83. På samme måde som Domstolen tidligere har indrømmet medlemsstaterne et skøn inden for rammerne af ligebehandlingsdirektivet⁷⁰ for »at udligne de faktiske, eksisterende vanskeligheder, som kvin-

68 — Jf. Abdoulaye-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 16, med yderligere henvisninger; jf. tillige dom af 27.10.1998, sag C-411/96, Boyle, Sml. I, s. 6401, præmis 39.

69 — Jf. Mahlburg-dommen, nævnt i fodnote 57, præmis 26, og dom af 30.4.1998, sag C-136/95, Thibault, Sml. I, s. 2011, præmis 26, Badeck-dommen, nævnt i fodnote 11, præmis 32, og Abrahamsson-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 48.

70 — Direktiv 76/207, nævnt i fodnote 25.

der, modsat mænd, har med at bevare beskæftigelsen»⁷¹, skal der også kunne tages hensyn til de ulemper, som moderskabet kan indebære for karriereforløbet, når dette tjener som grundlag for beregningen af alderspensionen.

84. Princippet om lige løn er ikke til hinder for, at tillægget forbeholdes kvinder, når det skal være en erstatning for de faglige ulemper, der er forbundet med moderskabet, såfremt mødre og fædre af sociologiske grunde, der er statistisk dokumenteret, ikke befinder sig i samme situation med hensyn til deres karriereforløb⁷².

85. Noget andet kunne kun være tilfældet, hvis der skulle ydes tillæg for f.eks. fraværperioder som følge af børneopdragelse, som både fædre og mødre er berettiget til, f.eks. i forbindelse med forældreorlov. I det tilfælde vil det være af betydning, hvilken af forældrene der har gjort brug af denne mulighed og derved har måttet acceptere eventuelle ulemper for den erhvervsmæssige karriere. Dette ville også være et sagligt sondringskriterium. Der er imidlertid ikke tale om en sådan situation i den foreliggende sag.

86. Sagsøgerens advokat gjorde under retsmødet opmærksom på, at den omtvistede

bestemmelse, som oprindeligt går tilbage til 1924, havde til formål at gøre det lettere for kvinder at forlade arbejdsmarkedet. Den skal ses på baggrund af en politik, som havde til formål at få kvinderne til at forlade arbejdsmarkedet og i større grad binde dem til hjemmet. Denne holdning er forældet. Også derfor kan bestemmelsen ikke længere opretholdes.

87. Heroverfor må anføres, at det ganske vist er rigtigt, at bestemmelsen kan føres tilbage til 1924⁷³. Det afgørende er imidlertid, at loven blev omformuleret i 1964⁷⁴ og endelig fik sin gældende affattelse i 1982⁷⁵. Den franske lovgiver har således ikke »glemt« at ophæve en samfundsmæssigt og politisk forældet bestemmelse, men har udtrykkeligt lovgivet herom i lyset af en ændret situation i samfundet. Den oprindelige lovgivers motiver fra 1924 kan derfor næppe gøres gældende over for den nuværende bestemmelse.

88. Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at Domstolen har fastslået, at mænd og kvinder skal behandles fuldstændig ens i deres rolle som forældre. Sagsøgeren har i den forbindelse henvist til dommen af 25. oktober 1988 i sag 312/86⁷⁶. Der var tale om et traktatbrudssøgsmål, hvor Kom-

71 — Jf. Hofmann-dommen, nævnt i fodnote 57, præmis 27.

72 — Jf. i denne forbindelse tillige Abdoulaye-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 20 og 22.

73 — Artikel 18 i lov af 14.4.1924, *Journal officiel de la République française* af 15.4.1924.

74 — Artikel 12 i lov nr. 64-1339 af 26.12.1964, *Journal officiel de la République française* af 30.12.1964, s. 11835.

75 — Lov nr. 82-599 af 13.7.1982, *Journal officiel de la République française* af 14.7.1982, s. 2239.

76 — Kommissionen mod Frankrig, nævnt i fodnote 26.

missionen gjorde gældende, at direktiv 76/207 ikke var gennemført fuldstændigt. Som led i lovændringen med henblik på gennemførelsen af direktivet fastsatte den franske lovgiver en bestemmelse⁷⁷, hvorefter loven ikke var til hinder for »anvendelsen af sædvaner, bestemmelser i arbejdsaftaler, kollektive aftaler og overenskomster, der er i kraft på tidspunktet for lovens bekendtgørelse, og som giver særlige rettigheder til kvinder«⁷⁸. Ifølge den anfægtede lov skulle arbejdsgivere, arbejdsgiverorganisationer og lønmodtagernes organisationer ved kollektiv forhandling tilstræbe at bringe sådanne bestemmelser i overensstemmelse med bestemmelserne i code du travail⁷⁹. For Kommissionen var dette ikke tilstrækkeligt. Kommissionen opregnede en lang række foranstaltninger til fordel for kvinder, som er indeholdt i kollektive aftaler⁸⁰. Kommissionen medgav, »at visse af disse særlige rettigheder kan falde under direktivets undtagelser, der ifølge artikel 2, stk. 3 og 4, henholdsvis omhandler foranstaltninger til beskyttelse af kvinder, især for så vidt angår graviditet og moderskab, og foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder. Den har dog gjort gældende, at den franske lovgivning ved sin generelle affattelse i strid med direktivet gør det muligt at opretholde forskelligheder i behandlingen af mænd og kvinder i et uafgrænset tidsrum«⁸¹.

89. Domstolen undersøgte ikke de enkelte bestemmelser, som Kommissionen havde nævnt. Den fastslog derimod generelt:

»Som visse af eksemplerne nemlig viser, angår de særlige rettigheder, der er i kraft, også beskyttelse af kvinder i kraft af, at de er ældre arbejdstagere eller forældre, hvilket både mandlige og kvindelige arbejdstagere kan være«⁸².

Denne konstatering tillader imidlertid ikke konklusioner med hensyn til, hvordan Domstolen vil bedømme en bestemmelse som den omtvistede i det foreliggende tilfælde, som tager sigte på at opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere som følge af moderskab.

90. Sagsøgeren og Kommissionen har endelig gjort gældende, at den bestemmelse, der skal tages stilling til, indebærer en »automatisk« begunstigelse af kvinder, hvilket er ulovligt.

77 — Dommens præmis 4.

78 — Dommens præmis 4.

79 — Dommens præmis 4.

80 — Dommens præmis 8.

81 — Dommens præmis 9.

82 — Dommens præmis 14, min fremhævelse.

91. Denne argumentation er baseret på Kalanke-dommen⁸³, hvori Domstolen fastslog, at en kvoteordning, som afhænger af ansøgernes egnethed⁸⁴, ikke var i overensstemmelse med princippet om ligebehandling på grund af den »automatiske« fortrinsstilling, som den gav kvindelige ansøgere. I senere domme⁸⁵ har Domstolen anset nationale bestemmelser om foranstaltninger til gavn for kvinder på arbejdsmarkedet, hvor den kritiserede automatik ikke forelå, for at være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

92. Alle disse domme vedrørte imidlertid bestemmelser om kønsspecifikke foranstaltninger til gavn for kvinder. I den foreliggende sag er der ikke tale om en sådan foranstaltning. Der er her tale om opvejning af ulemper, som kvinder ikke udsættes for som tilhørende et bestemt køn, men derimod i deres rolle som mor. I den henseende nærmer den foreliggende sag sig Abdoulaye-sagen, hvor der også var tale om opvejning af konkrete ulemper på arbejdsmarkedet som følge af moderskab.

93. På baggrund heraf anser jeg derfor den omtvistede bestemmelse for at være i overensstemmelse med princippet om lige løn i traktatens artikel 119. Det forholder sig heller ikke anderledes, hvis det pågældende tilfælde sættes ind i en anden tidsmæssig ramme. Lægger man — som allerede anført ovenfor — tidspunktet for anmodningen om en præjudiciel afgørelse til grund, finder artikel 141 EF anvendelse. Det heri forankrede princip om lige løn er indholdsmæssigt uændret med hensyn til de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag. Det er derfor ikke nødvendigt at komme nærmere ind på artikel 141, stk. 4, EF, da der i forbindelse med tillægget ikke er tale om en positiv foranstaltning til fordel for kvinder som underrepræsenteret køn, men derimod om en foranstaltning, der sigter mod at opveje de ulemper, som kvinder udsættes for på arbejdsmarkedet som følge af perioder med børneopdragelse. Det er heller ikke nødvendigt at inddrage artikel 6, stk. 3, i aftalen, der er knyttet til protokol nr. 14 om social- og arbejdsmarkedspolitikken, da den her forfægtede løsning umiddelbart er baseret på lighedsprincippet.

94. Kun for det tilfælde, at Domstolen ikke skulle betragte tjenestemandspensionerne som »løn« i traktatens forstand, finder direktiv 79/7 anvendelse. Pensionslovens artikel L. 12, litra b), vil i så fald uden vanskelighed kunne henføres under såvel artikel 4, stk. 2, som artikel 7, stk. 1, litra b).

83 — Nævnt i fodnote 12.

84 — Jf. dommens præmis 8; nævnt i fodnote 12.

85 — Marschall-dommen, nævnt i fodnote 13, Badeck-dommen, nævnt i fodnote 11, og Abrahamsson-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 60 og 61.

VI — Forslag til afgørelse

95. På baggrund af ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål således:

»De pensioner, der udbetales efter den franske pensionsordning for tjenestemænd, hører til de former for løn, der er nævnt i EF-traktatens artikel 119 (EF-traktatens artikel 117-120 er blevet erstattet af artikel 136 EF-143 EF). Princippet om lige løn er ikke tilsidesat af artikel L. 12, litra b), i code des pensions civiles et militaires de retraite.«