

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
av den 1 april 2004¹

I — Inledning

1. Huvudfrågan i målet är huruvida det är tillåtet att tillämpa olika åldersgränser för män och kvinnor avseende rätt till övergångsbetalning som utbetalas till arbetstagarare i enlighet med en social plan för att mildra följderna av uppsägning.

om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet³ (nedan kallat direktiv 86/378) och av 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor⁴ (nedan kallat direktiv 76/207).

II — Tillämpliga bestämmelser

2. Oberster Gerichtshof i Österrike (nedan kallad den hänskjutande domstolen) har i en begäran om förhandsavgörande ställt flera frågor avseende tolkningen av artikel 141 EG och av rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män² (nedan kallat direktiv 75/117), av rådets direktiv 86/378/EEG av den 24 juli 1986 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga

A — Gemenskapsrättsliga bestämmelser

3. De gemenskapsrättsliga bestämmelserna i artikel 141 EG, artikel 1 i direktiv 75/117, direktiv 86/378 och direktiv 76/207 är tillämpliga i det följande.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — EGT L 45, s. 19; svensk specialutgåva, område 13, volym 4, s. 38.

3 — EGT L 225, s. 40; svensk specialutgåva, område 5, volym 4, s. 83, i ändrad lydelse enligt direktiv 96/97/EG (EGT L 46, 1997, s. 20).

4 — EGT L 39, s. 40; svensk specialutgåva, område 3 volym 7, s. 24.

4. Artikel 141.1 och 141.2 EG har följande lydelse: b) tidlön skall vara lika för lika arbete.”

”Artikel 141

5. Artikel 1 i direktiv 75/117 har följande lydelse:

1) Varje medlemsstat skall säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas.

”Principen om lika lön för kvinnor och män som skisserats i artikel 119 i fördraget, härafter kallad ’likalönsprincipen’, innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde all diskriminering på grund av kön skall avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen.

2) I denna artikel skall med ’lön’ förstås den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställning.

I synnerhet när ett arbetsvärderingssystem används för att bestämma lön, måste detta vara baserat på samma kriterier för både kvinnor och män och vara utformat så, att det utesluter all diskriminering på grund av kön.”

Lika lön utan könsdiskriminering innebär att,

6. I direktiv 86/378⁵ är framför allt följande bestämmelser av betydelse:

a) ackordlön för lika arbete skall fastställas enligt samma beräkningsgrunder;

5 — I dess lydelse enligt direktiv 96/97 (ovan i fotnot 3).

*"Artikel 2**Artikel 4*

1) Med företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet menas system som inte regleras av direktiv 79/7/EEG, vilkas syfte är att ge dem som arbetar, både anställda och egna företagare, i ett företag eller i en grupp av företag, inom ett område för ekonomisk verksamhet eller yrkessektor eller grupp av sådana sektorer, förmåner som skall komplettera förmånerna enligt lagstadgade system för social trygghet eller ersätta dessa, vare sig deltagandet i sådana system är obligatoriskt eller frivilligt.

Detta direktiv skall gälla

- a) företags- eller yrkesbaserade system som lämnar skydd vid:

...

...

- ålderdom inklusive förtidspensionering,

3) Detta direktiv hindrar inte en arbetsgivare från att bevilja personer som redan har uppnått pensionsåldern enligt ett företags- eller yrkesbaserat system, men som ännu inte har uppnått pensionsåldern för lagstadgad pension, ett pensionstillägg vars syfte är att göra förmånsbeloppet likvärdigt med eller nästan likvärdigt med det belopp som betalas ut till personer av det andra könet i samma situation, vilka redan har uppnått den lagstadgade pensionsåldern, fram till dess att de personer som åtnjuter tillägget uppnår den lagstadgade pensionsåldern.

- ...

- arbetslöshet,

...

- b) företags- eller yrkesbaserade system som ger andra sociala förmåner i konstanter eller in natura och i synnerhet efterlevandeförmåner samt familjebi-

drag, om sådana förmåner beviljas anställda och alltså utgör en ersättning som arbetsgivaren betalar den anställde arbetstagaren.

Artikel 6

Artikel 5

1) Med bestämmelser som står i strid med likabehandlingsprincipen avses sådana bestämmelser som direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig eller familjestatus, beror på kön, när det gäller att:

1) Enligt de villkor som fastslås i efterföljande bestämmelser innebär likabehandlingsprincipen att det inte skall förekomma någon diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, i synnerhet under hänvisning till äktenskaplig eller familjestatus, särskilt i fråga om

...

— förmånernas räckvidd och villkoren för att få del av dem,

c) fastställa olika regler för ålder för inträde i systemet, eller vilken anställnings- eller medlemskapstid i detta som minst krävs för att erhålla dess förmåner,

— skyldighet att betala avgifter och beräkningen av avgifterna,

...

— beräkningen av förmåner, däribland tilläggsförmåner avseende make/maka eller familjemedlemmar och de villkor som avgör hur länge rätten till förmåner skall kvarstå.

e) ställa olika villkor för beviljande av förmåner eller att inskränka förmåner till arbetstagare av det ena eller andra könet,

...

...”

7. Artikel 5.1 i direktiv 76/207 hade vid den för detta fall relevanta tidpunkten följande lydelse:

c) Anställnings- och arbetsvillkor, inklusive uppsägning och avskedanden, och löner enligt direktiv 75/117/EEG.”

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

9. Utöver de ovannämnda bestämmelserna hänvisas det till artikel 7.1a i rådets direktiv 79/7/EEG av den 19 december 1978 om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet⁷ (nedan kallat direktiv 79/7):

8. Artikel 5.1 i direktiv 76/207 har numera ändrats och återfinns i artikel 3.1c i direktivet.⁶ Likabehandlingsprincipen är till innehållet oförändrad och beträffande uppsättningsvillkor föreskrivs:

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

”Tillämpningen av principen om likabehandling innebär att det inte får förekomma direkt eller indirekt diskriminering på grund av könstillhörighet i den offentliga eller privata sektorn, inbegripet offentliga organ i fråga om följande:

avgörandet av pensionsålder för att bevilja ålders- och avgångspension och de eventuella konsekvenserna härav för andra förmåner,

...

...”

6 — Enligt artikel 3 i Europaparlamentet och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 (EGT L 269, s. 15) trädde direktiv 76/207 i ändrad lydelse i kraft den 5 oktober 2002. Införlivandefristen för de vidtagna ändringarna löper dock till den 5 oktober 2005.

7 — EGT L 6, s. 24; svensk specialutgåva, område 5, volym 2 s. 111.

B — *Nationella bestämmelser*

2. Uppsägningsskydd

10. Vad beträffar den nationella, österrikiska lagstiftningen är bestämmelserna om sociala planer, skydd mot uppsägning och om ålderspension av betydelse.

1. Den sociala planen

11. Enligt 97 § första stycket fjärde raden i Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) kan Betriebsrat, som är ett organ som arbetstagarna i företaget har valt, tvinga arbetsgivaren att sluta ett företagsavtal vid företagsombildning. Detta avtal, som kallas social plan, kan innehålla alla sorters åtgärder som syftar till att kompensera de negativa följderna av en företagsombildning, som till exempel höjda avgångsvederlag vid uppsägning och stöd till uppsagda arbetstagare, men även så kallad övergångsbetalning. I lagen föreskrivs inte att avtalet skall ha något särskilt innehåll. Enligt 31 § ArbVG är ett sådant avtal direkt rättsligt bindande inom sitt tillämpningsområde. Därmed har avtalet normativ verkan för arbetstagarna.

12. Vid uppsägning måste arbetsgivaren enligt österrikisk rätt iaktta en så kallad social omsorgsplikt. Härvid måste arbetsgivaren bland annat beakta arbetstagarens ålder och dennes möjlighet att finna en ny anställning. Det är framför allt äldre arbetstagare som skyddas av denna bestämmelse.

13. Enligt 105 § tredje stycket andra raden i ArbVG kan Betriebsrat, i sin egenskap av ett organ som är valt av och representerar arbetstagarna, bestrida en uppsägning på grund av att den är socialt oberättigad. Om Betriebsrat uttryckligen godkänner en uppsägning, kan denna dock inte längre bestridas att den skulle vara socialt oberättigad. Genom att anta en social plan, som skall mildra följderna av en uppsägning framför allt för äldre arbetstagare, kan bestridande av uppsägningar vanligtvis undvikas.

3. Den lagstadgade ålderspensionen

14. Den lagstadgade ålderspensionen är i Österrike utformad enligt följande: Enligt 253 § i Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) har män som har fyllt 65 år och

kvinnor som har fyllt 60 år rätt till ålderspension (så kallad lagstadgad pensionsålder).

1. Den sociala planen

15. Enligt den lagstiftning som gällde när tvisten vid den nationella domstolen anhängjordes hade män under vissa förutsättningar rätt till förtidspension vid fyllda sextio år (nedan kallad förtidspension), nämligen vid arbetslöshet (253a § ASVG), efter en långvarig försäkringsperiod (253b § ASVG) eller vid ianspråktagande av en så kallad utjämningspension (253c § ASVG). Kvinnor fick motsvarande rättigheter redan vid fyllda femtiofem år. Sedermera har åldersgränserna för förtidspension höjts. Numera gäller således 61,5 år för män och 56,5 år för kvinnor.

17. För att mildra följderna av fabriakens nedläggning och de därmed sammanhängande uppsägningarna upprättade svaranden och Betriebsrat en social plan den 26 februari 1998, av vilken även klaganden omfattades. Enligt denna sociala plan åtar sig svaranden att utbetala viss kompensation till arbetstagarna. Utöver det tillägg till det avgångsvederlag som följer av lagen (lagstadgat avgångsvederlag) skall dels ett avgångsvederlag, kallat frivilligt avgångsvederlag, dels en övergångsbetalning betalas ut. Den berättigades ålder är i första hand avgörande för vilken typ av ersättning denne kan göra gällande.

18. I enlighet med den sociala planen erhåller således kvinnliga arbetstagare, som ännu inte har fyllt femtio år, liksom manliga arbetstagare, som är yngre än femtiofem år, endast det frivilliga avgångsvederlaget, det vill säga en engångssumma. Vederlagets storlek är beroende av antalet anställningsår.

III — Sakomständigheter

16. Klaganden vid den nationella domstolen (nedan kallad klaganden) hade varit anställd som förman i den vid den nationella domstolen svarandens fabrik (nedan kallad svaranden) och dennes rättsliga föregångare. Åtskilliga anställda sades upp när fabriken stängdes. Även den sökandes anställningsavtal sades upp per den 30 juni 1999.

19. Personer som har passerat de nämnda åldersgränserna erhåller däremot en kombination av det frivilliga avgångsvederlaget och övergångsbetalningen, vilken vanligtvis, i likhet med en lön, utbetalas månadsvis fram till förtidspensioneringen. För dessa personer är övergångsbetalningen den viktigaste rätten enligt den sociala planen. Deras frivilliga avgångsvederlag blir nämligen enligt uppgift från den nationella domstolen mycket lägre

än för de personer som befinner sig under de nämnda åldersgränserna. Det nämnda vederlaget uppgår på sin höjd till tre månadslöner, medan övergångsbetalningen motsvarar 75 procent av den senaste bruttomånadslönen och utbetalas fjorton gånger per år under högst fem år.⁸

8. Övergångsbetalning

8.1 Tillämpningsområde

20. Följande bestämmelser i den sociala planen är av betydelse för de nämnda förmånerna:

Medarbetare som vid anställningsförhållandets upphörande har fyllt 55 år (män) respektive 50 år (kvinnor) och ännu inte har rätt till någon pension enligt ASVG (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, allmänna socialförsäkringslagen) har rätt till övergångsbetalning.

”7. Frivilligt avgångsvederlag

7.1 Tillämpningsområde

Medarbetare som vid anställningsförhållandets upphörande ännu inte har fyllt 55 år (män) respektive 50 år (kvinnor) har rätt till frivilligt avgångsvederlag.

8.2 Övergångsbetalningen börjar att utgå under månaden efter anställningens upphörande och upphör vid den tidpunkt då den berörde får rätt till pension enligt ASVG, dock senast fem år efter det att anställningsförhållandet upphörde.

8.3 Övergångsbetalningen skall motsvara 75 procent (brutto) av den senaste bruttomånadslönen och utbetalas 14 gånger per år. Under övergångstiden skall medarbetaren inte tjänstgöra.

...

Dessutom utbetalar BMA frivilligt avgångsvederlag.

8 — Punkt 8.3 i den sociala planen, se punkt 20 i detta förslag.

Detta avgångsvederlag är anpassat till övergångstidens längd:

2. Arbetsmarknadsstatistik

Upp till 2 år en månadslön

22. De senaste årens statistik över den genomsnittliga andelen arbetslösa ger följande bild, fördelad på ålder och kön:⁹

2 till 4 år två månadslöner

4 år eller mer tre månadslöner

Det frivilliga avgångsvederlaget skall utbetalas samtidigt med det lagstadgade avgångsvederlaget.”

23. År 1998 var andelen arbetslösa i åldersgruppen 30–39 år 7,6 procent för kvinnor och 6 procent för män, i åldersgruppen 40–49 år 6,3 procent för kvinnor och 6,4 procent för män, i åldersgruppen 50–54 år 11,2 procent för kvinnor och 8,7 procent för män, i åldersgruppen 55–59 år 8,9 procent för kvinnor och 12,7 procent för män och i åldersgruppen 60 år och uppåt 4,6 procent för kvinnor och 6,4 procent för män.

21. I det fall en uppsagd arbetstagare uppfyller förutsättningarna för att erhålla övergångsbetalning enligt punkt 8 i den sociala planen, avslutas i praktiken anställningsförhållandet med denne arbetstagare. Istället ingås ett tidsbegränsat anställningsavtal som gäller i högst fem år eller till dess att arbetstagaren har rätt till lagstadgad ålderspension (så kallad ASVG-pension). Under denna tid erhåller arbetstagaren övergångsbetalning, är oåterkalleligen friställd från tjänstgöringsskyldighet och har vidare tillåtelse att utöva ett annat yrke.

24. År 1999 var andelen arbetslösa i åldersgruppen 30–39 år 6,9 procent för kvinnor och 5,6 procent för män, i åldersgruppen 40–49 år 5,9 procent för kvinnor och 5,8 procent för män, i åldersgruppen 50–54 år 11

⁹ — Uppgifterna framgår av statistik från Arbeitsmarktservice i Wien och har återopats av den nationella domstolen i dess begäran om förhandsavgörande.

procent för kvinnor och 8,1 procent för män, i åldersgruppen 55–59 år 9,9 procent för kvinnor och 13,6 procent för män och i åldersgruppen 60 år och uppåt 4,9 procent för kvinnor och 7,2 procent för män.

25. År 2000 var andelen arbetslösa i åldersgruppen 30–39 år 5,9 procent för kvinnor och 5 procent för män, i åldersgruppen 40–44 år 5 procent för kvinnor och 5 procent för män, i åldersgruppen 45–49 år 5,2 procent för kvinnor och 5,5 procent för män, i åldersgruppen 50–54 år 9 procent för kvinnor och 6,9 procent för män, i åldersgruppen 55–59 år 9,5 procent för kvinnor och 12 procent för män och i åldersgruppen 60 år och uppåt 5,1 procent för kvinnor och 8,4 procent för män.

3. Klagandens situation

26. Eftersom klaganden vid uppsägnings-tidpunkten den 30 juni 1999 ännu inte hade fyllt 55 år erhöll han ingen kompensation i enlighet med punkt 8 i den sociala planen. Han fick således ingen övergångsbetalning utan endast den totalt sett betydligt lägre ersättningen enligt punkt 7 i den sociala planen.

27. Den 20 oktober 1999 hade klaganden hittat en annan arbetsplats med motsvarande löneförhållanden.

IV — Målet vid den nationella domstolen

28. I målet vid den nationella domstolen har klaganden yrkat fastställelse av att han har rätt att av svaranden erhålla övergångsbetalning i enlighet med den sociala planen fram till dess att den lagstadgade pensionen (AsvG-pension) börjar betalas ut. I andra hand har han yrkat fastställelse av att han har rätt att av svaranden erhålla övergångsbetalning under en tidsperiod om högst fem år med början vid uppsägnings-tidpunkten den 30 juni 1999. Klaganden har vidare yrkat att domstolen skall fastställa att han har rätt till övergångsbetalning i den mening som avses i socialplanen under de tidsperioder han inte har arbetat.

29. Den nationella domstolen i första instans dömde till klagandens fördel och fastställde att denne kunde göra gällande anspråk på övergångsbetalning mot svaranden till dess att han uppnått lagstadgad pensionsålder, dock högst för en tidsperiod om fem år efter

uppsägningen. Denna dom fastställdes av domstolen i andra instans. Denna dom har svaranden i sin tur överklagat till den föreläggande domstolen.

arbetstagarledamöter) om en social plan som har normativa verkningar för arbetstagarna,

V — Begäran om förhandsavgörande och förfarande vid domstolen

30. Genom beslut av den 20 december 2001 har den hänskjutande domstolen vilande-förklarat målet och ställt följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) a) Skall artikel 141 EG och artikel 1 i rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (EGT L 45, 1975, s. 19) tolkas så, att de,

i ett system där arbetsgivaren, som till följd av en fusion med ett annat bolag säger upp en större grupp arbetstagare, på grund av sin sociala omsorgsplikt gentemot samtliga arbetstagare blir skyldig att mildra följderna av uppsägningarna och särskilt den risk för arbetslöshet som hänger samman med ålder; genom att sluta avtal med Betriebsrat (medbestämmandeorgan med

utgör hinder för en social plan, enligt vilken alla kvinnliga arbetstagare som vid tidpunkten för uppsägningen har fyllt 50 år och alla manliga arbetstagare som vid tidpunkten för uppsägningen har fyllt 55 år; oavsett hur länge de har innehaft sin anställning, således utan krav på att denna skall ha fullgjorts under viss tid, enbart på grund av ålder — och på grund av risken för långtidsarbetslöshet, vilken typiskt sett är olika hög för män respektive kvinnor beroende på deras ålder — skall erhålla 'övergångsbetalning' uppgående till 75 procent av den senaste brutto-månadslönen under fem års tid, dock längst till dess att den berörde blir berättigad till lagstadgad pension?

b) Skall begreppet lön i artikel 141 EG samt artikel 1 i direktivet förstås så, att detta begrepp, i fråga om utbetalningar som inte har samband med det fullgjorda arbetet, utan enbart med det förhållandet att mottagaren ingår i arbetsgivarens personal och med arbetsgivarens sociala omsorgsplikt gentemot arbetstagarna, omfattar kompensation för risken för långtidsarbetslöshet, på så sätt att lönen kan anses

vara lika när den — schablonmässigt sett — täcker en risk av samma omfattning, även när denna risk typiskt sett uppkommer i olika åldersgrupper för män respektive kvinnor?

Omfattar begreppet "system" i artikel 6.1 c i direktivet endast frågan om när förutsättningarna för rätt till övergångsbetalning är uppfyllda eller omfattar det även kravet att tillhöra personalen?

- c) Om begreppet lön i dessa bestämmelser enbart skall anses omfatta den kontanta utbetalningen som sådan, kan den ovannämnda olika höga risken motivera att män och kvinnor behandlas olika?
-
- 2) Skall begreppet 'företagsbaserade system för social trygghet', i den mening som avses i artikel 2.1 i rådets direktiv 86/378/EEG av den 24 juli 1986 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet (EGT L 225, 1986, s. 40, i ändrad lydelse enligt rådets direktiv 96/97/EG av den 20 december 1996, EGT L 46, 1997, s. 20), förstås så, att det även omfattar övergångsbetalning i den mening som angivits ovan?

Skall begreppet skydd vid "älderdom inklusive förtidspensionering" i artikel 4 i direktivet förstås så, att det även omfattar sådan övergångsbetalning?
-
- 3) a) Skall rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 39, 1976, s. 40) tolkas så, att den ovan angivna övergångsbetalningen utgör ett villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra i den mening som avses i artikel 5 i detta direktiv?
 - b) Skall direktivet tolkas så, att det utgör hinder för en social plan, enligt vilken alla kvinnliga arbetstagare som vid tidpunkten för uppsägningen har fyllt 50 år och alla manliga arbetstagare som vid tidpunkten för uppsägningen har fyllt 55 år, oavsett hur länge de har innehaft sin anställning och således utan krav på att denna skall ha fullgjorts under viss tid och enbart på grund av ålder — och på grund av risken för långtidsarbetslöshet, vilken typiskt sett är olika hög för män och kvinnor beroende på deras ålder — skall erhålla övergångsbe-

talning uppgående till 75 procent av den senaste bruttomånadslönen under fem års tid, dock längst till dess att den berörde blir berättigad till lagstadgad pension?"

31. Klaganden och svaranden i målet vid den nationella domstolen har, liksom Österrikes regering och kommissionen, yttrat sig vid domstolen.

33. I den sociala planens bestämmelser om övergångsbetalningen beaktas inte alls den konkreta risken för arbetslöshet, utan det görs bara en schablonmässig åtskillnad beroende på kön. Om avsikten hade varit att skapa trygghet vid arbetslöshet borde arbetstagarna ha delats in i andra riskgrupper, beroende på svårigheten att finna ett nytt arbete. Som exempel på möjliga indelningskriterier har klaganden nämnt meriter och yrkesmässig rörlighet. En direkt särbehandling av kvinnor och män vad avser rätt till övergångsbetalning är inte tillåten.

2. Svaranden

VI — Sammanfattning av de yttranden som avgivits inför domstolen

1. Klaganden

32. Enligt klagandens uppfattning skall den övergångsbetalning som föreskrivs i den sociala planen anses vara lön i den mening som avses i artikel 141 EG. Enligt klagandens mening saknar det i sammanhanget betydelse huruvida arbetstagaren är friställd från arbetsskyldighet, och således kan ingå ett nytt arbetsförhållande med bibehållande av sina rättigheter enligt den sociala planen.¹⁰

34. Motparten har, under åberopande av domen i målet Burton,¹¹ invänt att förevarande fall inte avser själva övergångsbetalningen, utan endast förutsättningarna för att den skall utbetalas. Såvitt avser denna fråga skall varken artikel 141 EG eller direktiven 75/117 och 86/378 tillämpas, utan i stället direktiv 76/207.

35. Enligt i rättspraxis utvecklade allmänna principer är diskrimineringsförbudet bara tillämpligt när olika bestämmelser tillämpas på jämförbara situationer eller när lika

¹⁰ — Klaganden har här hänvisat till punkt 4 i den sociala planen, vilken föreskriver följande: "... Under tjänstledigheten har medarbetarna rätt att ingå ett nytt anställningsavtal med bibehållande av rättigheterna enligt denna socialplan."

¹¹ — Dom av den 16 februari 1982 i mål 19/81, Burton (REG 1982, s. 554).

bestämmelser tillämpas på olika situationer. Svaranden har härvid framför allt hänvisat till domen i målet *Birds Eye Walls*,¹² av vilken det enligt hans uppfattning följer att en 60-årig kvinna, som redan har rätt till tjänstepension enligt lag, inte befinner sig i samma situation som en jämgammal man, vars motsvarande rätt inte uppkommer förrän vid 65 års ålder. Övergångsbetalningen betalas ut lika länge till både män och kvinnor, nämligen under den tidsperiod under vilken risken för långtidsarbetslöshet är störst för dem. På grund av de olika lagstadgade åldersgränserna för förtidspensionering är risken som störst vid olika tidpunkter för män och kvinnor.

3. Österrikes regering

36. Enligt den österrikiska regeringens uppfattning omfattas den i den sociala planen beskrivna övergångsbetalningen varken av direktiv 76/207 eller av direktiv 86/378. Tvärtom är det här fråga om lön i den mening som avses i artikel 141 EG. Av domen i målet *Birds Eye Walls*¹³ följer att artikel 141 EG även omfattar övergångsbetalning som utbetalas av arbetsgivaren fram till uppnåendet av den lagstadgade pensions-

åldern. Enligt den österrikiska regeringen kan förevarande fall allmänt sett jämföras med målet *Birds Eye Walls*.

37. Enligt den österrikiska regeringen kan diskriminering inte anses föreligga eftersom sakomständigheterna inte är jämförbara. På grund av de olika åldersgränserna för förtidspension i nationell rätt befinner sig män och kvinnor objektivt sett i olika utgångssituationer. Den statistik som den föreläggande domstolen har hänvisat till visar att risken för arbetslöshet tilltar ju närmare personen i fråga kommer den lagstadgade åldersgränsen för förtidspension, och den når således sin höjdpunkt tidigare för kvinnor än för män. För att uppnå ett effektivt skydd mot arbetslöshet för män och kvinnor är således olika bestämmelser nödvändiga.

4. Kommissionen

38. Kommissionen har, med hänvisning till domstolens rättspraxis¹⁴ anförat att övergångsbetalning skall anses som lön i den mening som avses i artikel 141 EG. Enligt

12 — Dom av den 9 november 1993 i mål C-132/92, *Birds Eye Walls* (REG 1993, s. I-5579).

13 — Ovan i fotnot 12.

14 — Kommissionen har framför allt hänvisat till dom av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, *Barber* (REG 1990, s. I-1889; svensk specialutgåva 10, s. 407), av den 27 juni 1990 i mål C-33/89, *Kowalska* (REG 1990, s. I-2591), av den 9 februari 1999 i mål C-167/97, *Seymour-Smith och Perez* (REG 1999, s. I-623), samt även till domen i målet *Birds Eye Walls* (ovan fotnot 12).

kommissionens uppfattning är direktiv 76/207 inte tillämpligt på sakomständigheter av det slag som föreligger vid den nationella domstolen. Den av motparten åberopade argumentationen i målet Burton,¹⁵ handlar om frivillig uppsägning från ett arbete och är således inte tillämplig i förevarande fall.

VII — Första frågan

40. Den hänskjutande domstolen vill med sin första fråga, vilken omfattar tre delfrågor, framför allt veta om det kan är förenligt med artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117 att tillämpa olika åldersgränser för män och kvinnor vad beträffar rätt till en övergångsbetalning, som, i enlighet med en socialplan, utbetalas till arbetstagare för att mildra följderna av långvarig arbetslöshet efter förlust av anställning.

39. Den omständigheten att klaganden hittade en ny anställning en kort tid efter uppsägningen saknar betydelse i detta fall. Inte heller de statistiska uppgifter som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, enligt vilka arbetslösheten är högre bland kvinnor än bland män i åldersgruppen 50 till 54 år, kan motivera att klaganden skall behandlas annorlunda än jämnåriga kvinnor. Det kan visserligen hända att kvinnor, statistiskt sett, löper risk att bli arbetslösa tidigare. Män löper dock motsvarande risk under en längre tidsperiod. Om man utgår från statistiska uppgifter måste det omvända resultatet bli negativ särbehandling av kvinnor i vissa situationer. Medlemsstaternas varierande statistiska uppgifter skulle då leda till olika resultat vid tillämpningen av artikel 141 EG, trots att den bestämmelsen inte tar hänsyn till sådana förändringar som följer av geografiska och tidsmässiga skillnader.

A — *Huruvida principen om lika lön är tillämplig på sociala planer*

41. Enligt fast rättspraxis är det tvingande förbudet mot diskriminering mellan manliga och kvinnliga arbetstagare enligt artikel 141 EG inte bara bindande för myndigheter, utan omfattar även alla avtal som syftar till att kollektivt reglera arbetslönen och alla avtal mellan enskilda.¹⁶ Artikel 141 EG är med andra ord direkt tillämplig även i horisontella situationer och gäller således även för den omtvistade sociala planen i målet vid den nationella domstolen.

16 — Dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne II (REG 1976, 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59), punkterna 38–39, se även dom av den 17 september 2002 i mål C-320/00, Lawrence m.fl. (REG 2002, s. I-7325), punkt 17, och dom av den 13 januari 2004 i mål C-256/01, Allonby (REG 2004, s. I-873), punkt 45.

42. Direktiv 75/117 är visserligen inte direkt tillämpligt i horisontella situationer. Nationell rätt måste dock tolkas mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås.¹⁷

44. Begreppet lön i den mening som avses i artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117 har en självständig gemenskapsrättslig innebörd och har alltid tolkats vidsträckt av domstolen. Med lön skall förstås den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställning (artikel 141.2 första meningen EG).

B — Begreppet lön

1. Inledande kommentarer

43. Begreppet lön har samma betydelse i artikel 141 EG som i artikel 1 i direktiv 75/117. Det framgår av domstolens fasta rättspraxis att detta direktiv, vilket främst syftar till att underlätta tillämpningen av principen om lika lön som anges i artikel 141 EG, inte på något sätt ändrar denna principens innehåll eller räckvidd såsom den fastställts i sistnämnda bestämmelse.¹⁸

45. I enlighet med domstolens fasta rättspraxis framgår det avgörande anställningskriteriet, för huruvida och i vilken omfattning vederlag från arbetsgivare faller inom ramen för tillämpningsområdet av artikel 141 EG, direkt av denna bestämmelse.¹⁹ I detta fall skall det således bedömas om övergångsbetalningen utgår *på grund av anställningen*.²⁰

2. Förhållandet mellan övergångsbetalning och anställning

46. Vederlag som en arbetstagare erhåller i samband med eller efter uppsägning utgör

17 — Detta följer av domstolens fasta rättspraxis, se, till exempel, dom i mål av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1), punkterna 19–26, och där omnämnd rättspraxis.

18 — Dom i målet Barber (ovan i fotnot 14), punkt 11, se även dom av den 31 mars 1981 i mål 96/80, Jenkins (REG 1981, s. 911), punkt 22, av den 15 december 1994 i de förenade målen C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 och C-78/93, Helmig m.fl. (REG 1994, s. I-5727), punkt 19, av den 30 mars 2000 i mål C-236/98, JämO (REG 2000, s. I-2189), punkt 37, och dom av den 26 juni 2001 i mål C-381/99, Brunnhofer (REG 2001, s. I-4961), punkt 29. Jämför även dom i målet Defrenne II (ovan i fotnot 16), punkterna 53–55 och dom av den 11 mars 1981 i mål 69/80, Worringham (REG 1981, s. 767), punkt 21.

19 — Dom av den 23 oktober 2003 i de förenade målen C-4/02 och C-5/02, Schönheit och Becker (REG 2003, s. I-12575), punkt 56, av den 25 maj 2000 i mål C-50/99, Podesta REG 2000, s. I-4039), punkt 26, och av den 28 september 1994 i mål C-7/93 Beune (REG 1994, s. I-4471), punkt 43.

20 — Se lydelsen av artikel 141.2 EG och de ovan i fotnot 14 nämnda domarna i målen Barber, punkt 12 och Seymour-Smith och Perez (ovan i fotnot 14), punkt 23, samt dom av den 9 februari i mål 12/81 Garland (REG 1982, s. 359), punkt 5.

enligt domstolens fasta rättspraxis en form av lön som arbetstagaren har rätt till på grund av anställningen och som han erhåller vid anställningsförhållandets upphörande och som underlättar för honom att anpassa sig till de nya förhållandena till följd av att han har förlorat sitt arbete och tillförsäkrar honom en inkomstkälla under den tid han söker ett nytt arbete.²¹

47. Den i målet vid den nationella domstolen omtvistade övergångsbetalningen är ett sådant vederlag. Det är här inte fråga om ett system för sociala trygghetsförmåner som direkt regleras i lagstiftning utan något avtal inom det berörda företaget.²² Övergångsbetalningen utgår enligt en, inom företaget överenskommen social plan, som har ingåtts mellan arbetsgivaren och Betriebsrat, i dess egenskap av organ valt av arbetstagarna, och som finansieras av arbetsgivaren. Dessutom är övergångsbetalningen, formellt sett, baserad på ett nytt anställningsavtal med den tidigare anställda arbetstagaren. Detta är visserligen bara en utbetalningsmetod vars

syfte är att hindra att den berörde anses vara arbetslös. Den avtalsbaserade utformningen utgör dock ytterligare en grund för att anta att det är fråga om en förmån på grund av anställning i den mening som avses i artikel 141 EG.

48. Inte heller den omständigheten att den berörde arbetstagaren inte har någon som helst skyldighet att arbeta för den tidigare arbetsgivaren under den tid han erhåller övergångsbetalning, utan tvärtom till och med har rätt att ta anställning hos en ny arbetsgivare, kan i förevarande fall anses tala emot att vederlaget skall betraktas som lön.²³ Till skillnad från omständigheterna i fallet Österreichischer Gewerkschaftsbund²⁴ föreligger det nämligen *inte några lagstadgade skyldigheter som gör det omöjligt* för den berörde arbetstagaren att fortsätta arbeta för sin nuvarande arbetsgivare. Anledningen till att någon arbetsprestation inte längre kan utföras beror helt och hållet på arbetsgivaren, eftersom det är han som har beslutat att stänga sin fabrik och avstå från vidare arbetsprestationer. Bestämmelserna i den sociala planen följer dessutom, som nämnts ovan, direkt av en uttrycklig överenskommelse mellan arbetsgivaren och Betriebsrat i dess egenskap av organ som valts av arbetstagarna. Det är dessutom, allmänt sett, i arbetsgivarens och verksamhetens intresse att mildra följderna av en verksamhetsförändring (här nedläggning) på ett socialt acceptabelt sätt inte minst för att undvika att uppsägningarna överklagas.²⁵

21 — Se de ovan i fotnot 14 nämnda domarna Barber, punkterna 12–14, Seymour-Smith och Perez, punkt 25, och Kowalska, punkterna 9–11, Birds Eye Walls (ovan fotnot 12), punkt 12, liksom dom av den 17 februari 1993 i mål C-173/91, kommissionen mot Belgien (REG 1993, s. I-673), punkterna 15–17.

22 — De nämnda kriterierna följer av fast rättspraxis, se dom av den 25 maj 1971 i mål 80/70 Defrenne I (REG 1971, s. 445; svensk specialutgåva volym 1, s. 569), punkterna 7–12, av den 13 maj 1986 i mål 170/84, Bilka (REG 1986, s. 1607), punkt 17 ff. Se även domarna i målen Barber (ovan fotnot 14), punkt 22, och kommissionen mot Belgien (ovan i fotnot 21), punkt 14.

23 — Punkt 8.3 i den sociala planen.

24 — Se mitt förslag till avgörande av den 12 februari 2004 i mål C-220/02 (målet anhängigt vid domstolen), framför allt punkterna 33–45.

25 — Se punkt 13 i detta förslag.

49. Det saknar vidare betydelse för klassificeringen som lön att övergångsbetalningens storlek, liksom det faktum att den, till skillnad från vad som brukar vara fallet med vederlag (avgångsvederlag), är oberoende av anställningstid.²⁶ I enlighet med vad som har beskrivits ovan²⁷ skall begreppet lön tolkas vidsträckt och omfattar redan efter sin ordalydelse enligt artikel 141.2 EG *alla övriga förmåner* i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställning²⁸.

enligt principen om lika lön i artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117.²⁹

3. Slutsats

51. Av det ovan anförda följer att övergångsbetalningen skall, enligt den sociala planen och dess utbetalningsform, anses falla inom tillämpningsområdet för artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117.

C — Särbehandling

50. Principen om lika lön för män och kvinnor gäller, enligt sin ordalydelse, inte bara storleken på vederlaget, utan omfattar också utbetalningssätten. Som exemplifieras tydligt i artikel 1.1 i direktiv 75/117 omfattar principen om lika lön inte bara alla *former*, utan också alla *ersättningsvillkor*. På motsvarande sätt följer av fast rättspraxis, sedan domen i målet Barber, att olika åldersvillkor vid utbetalning av vederlag skall bedömas

52. Enligt den sociala planen punkt 8.1 gäller olika åldersgränser för manliga och kvinnliga arbetstagare. Kvinnor har rätt till övergångsbetalning förutsatt att de är minst 50 år gamla medan motsvarande gräns för män är 55 år. Denna bestämmelse tycks utgöra särbehandling på grund av kön.

26 — Punkt 8.3 i den sociala planen.

27 — Punkterna 44 och 45 i detta förslag.

28 — För ett liknande resonemang, se dom i målet Garland (ovan fotnot 20), punkt 9, och av den 16 september 1999 i mål C-218/98, Abdoulaye m.fl. (REG 1999, s. I-5723), punkt 15.

29 — Domar i målen Barber (ovan fotnot 14), punkt 32, och Podesta (ovan i fotnot 19), punkt 46. Se även dom av den 28 september 1994 i mål C-408/92, Smith m.fl. (REG 1994, s. I-4435), punkt 11. Se punkt 95 ff. i detta förslag för gränsdragningen mellan tillämpningsområdena för artikel 141 EG och direktiv 75/117.

53. Särbehandling av detta slag föreligger endast om olika bestämmelser tillämpas på likadana situationer eller om samma bestämmelse tillämpas på olika situationer.³⁰ Således måste det undersökas om klagandens situation skiljer sig i något väsentligt avseende från en jämnårig kvinnlig kollegas situation, eller om situationerna är jämförbara.

1. Två möjliga jämförelsesätt: Individuell bedömning eller schablonmässig jämförelse av åldersgrupper

54. Man kan tänka sig en jämförelse mellan manliga och kvinnliga arbetstagares situation på två olika nivåer. För det första kan klagandens konkreta situation jämföras med den situation en jämnårig kvinnlig arbetstagare befinner sig i. Till skillnad från en 54-årig kvinnlig arbetstagare som vid uppsägning erhåller övergångsbetalning, vilken fortsätter att utbetalas även om hon tar ny anställning, har klaganden ingen motsvarande rätt enligt den sociala planen utan erbjuds i stället det frivilliga avgångsvederlaget som är mindre ekonomiskt fördelaktigt.³¹

30 — Dom i målet Brunnhofer (ovan fotnot 18), punkterna 28 och 39, och Birds Eye Walls (ovan fotnot 12), punkt 17. Se även dom i mål Abdoulaye (ovan fotnot 28), punkterna 16 och 17, och domar av den 13 februari 1996 i mål C-342/93, Gillespie (REG 1996, s. I-475), punkt 16, och av den 13 december 2001 i mål C-206/00, Mouflin (REG 2001, s. I-10201), punkt 28.

31 — Se punkt 17 ff. i detta förslag.

55. Jämförelsen kan dock även göras schablonmässigt mellan åldersgrupper på det sätt som har skett i förevarande fall. Genom att dela in arbetstagarna i åldersgrupper har den sociala planen uppnått sitt syfte att mildra verkningarna av långvarig arbetslöshet. Härvid har man utgått från erfarenhetsvärden som visar att risken för långtidsarbetslöshet är högst under de fem sista åren före uppnående av förtidspensionsåldern. Där emot har det inte beaktats huruvida det överhuvudtaget föreligger någon risk för arbetslöshet eller huruvida de berörda har funnit en ny anställning efter uppsägningen eller om de har förblivit arbetslösa under en längre tid.

56. Vad beträffar det första jämförelsesättet mellan konkreta enskilda fall kan man utan vidare konstatera att det föreligger särbehandling på grund av kön. Detta är dock mindre uppenbart vid den abstrakta jämförelsen mellan åldersgrupper. I det senare fallet måste det bedömas om det är tillåtet att schablonmässigt dela in de berörda arbetstagarna i åldersgrupper utan att överhuvudtaget beakta deras personliga situation eller huruvida de i den sociala planen fastlagda åldersgränserna var korrekta. Dessa frågor behandlas närmare i det följande.

2. Arbetsmarknadens parter utrymme för skönsmässig bedömning vid indelningen i åldersgrupper

bestämmelser i den sociala planen, utgå från erfarenhetsvärden som sannolikt leder till att det åsyftade målet kan uppnås åtminstone i en övervägande majoritet av alla fall.

57. Det följer av domstolens rättspraxis att medlemsstaterna förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid valet av de medel som är ägnade att säkerställa att deras mål för social- och sysselsättningspolitiken uppnås.³² Vad som gäller för den demokratiskt valda lagstiftaren är dock inte i full utsträckning tillämpligt på arbetsmarknadens parter. Även dessa måste dock ges ett visst bedömningsutrymme vid ingåendet av kollektivavtal och avtal inom företaget, i den utsträckning dessa kan anses ha en sådan normativ verkan som den sociala planen i detta fall.

59. Ett sådant skönsmässigt bedömningsutrymme får dock inte leda till att en grundläggande gemenskapsrättslig princip, som till exempel principen om lika lön för män och kvinnor, utarmas.³³ Allmänt hållna påståenden, enligt vilka en bestämd åtgärd är ägnad att mildra verkningarna av långvarig arbetslöshet är inte tillräckliga för att vederlägga att socialplanens utformning inte utgör diskriminering på grund av kön och kan inte på ett trovärdigt sätt styrka antagandet att de fastlagda åldersgränserna är ägnade att förverkliga den sociala planens mål.³⁴

58. Inom ramen för det skönsmässiga bedömningsutrymme som arbetsgivare och representanter för arbetstagsidan förfogar över vid ingående av företagsavtal med normativ verkan för ett stort antal enskilda måste en standardiserad uppdelning enligt allmänna kriterier vara tillåten. I princip är det således inte otillåtet för parterna att, vid den konkreta utformningen av enskilda

60. Slutligen skall det undersökas huruvida den åldersindelning som följer av den sociala planen är lämpad för att förverkliga dess mål och, dessutom, om den är nödvändig för att uppfylla dessa mål. Härvid måste samtliga omständigheter av betydelse i målet beaktas

32 — Dom av den 14 december 1995 i mål C-317/93, Nolte (REG 1995, s. I-4625), punkt 33, och av den 9 september 1999 i mål C-281/97, Krüger (REG 1999, s. I-5127), punkt 28, samt dom i målet Seymour-Smith och Perez (ovan fotnot 14), punkt 74.

33 — Dom i målet Seymour-Smith och Perez (ovan fotnot 14), punkt 75, och av den 20 mars 2003 i mål C-187/00, Kutz-Bauer (REG 2003, s. I-2741), punkt 57.

34 — För ett liknande resonemang, se dom i målet Kutz-Bauer (ovan fotnot 33), punkt 58, och i målet Seymour-Smith och Perez (ovan fotnot 14), punkt 76.

för att besvara frågan om den sociala planens mål skulle kunna uppfyllas på andra sätt.³⁵

nering, nämligen när män och kvinnor har befunnit sig i *objektivt* sett olika situationer. Så är till exempel fallet vid mammaledighet och förmåner som utbetalas i samband härmed.³⁶

3. Huruvida socialplanens åldersindelning är lämplig och nödvändig

a) De tillämpade åldersgränserna är föga lämpade

61. Först måste undersökas om den schablonmässiga uppdelningen i olika åldersgrupper beroende på kön överhuvudtaget är ett lämpligt sätt för att uppnå socialplanens mål, nämligen att mildra följderna av långvarig arbetslöshet för äldre arbetstagare.

63. I förevarande fall har svaranden och den österrikiska regeringen gjort gällande att det föreligger en objektiv skillnad mellan manliga och kvinnliga arbetstagare till följd av det faktum att risken för långvarig arbetslöshet i Österrike uppstår vid olika tidpunkt beroende på kön och att risken är som störst fem år före uppnåendet av den i lag stadgade åldersgränsen för förtidspension. De har härvid åberopat den arbetslöshetsstatistik som det hänvisas till i beslutet om hänskjutande.³⁷ I det följande skall det därför undersökas om det allmänt sett är tillåtet att hänvisa till statistik på detta sätt och om man av uppgifterna kan dra slutsatsen att det finns en objektiv skillnad mellan manliga och kvinnliga arbetstagare.

62. Utgångspunkten i artikel 141 EG och i artikel 1 i direktiv 75/117 är att kön *aldrig* är ett lämpligt urvalskriterium och således inte får läggas till grund för indelning av personer. I fall där det direkt hänvisas till kön har domstolen bara i undantagsfall funnit att det inte föreligger någon indirekt diskrimi-

64. De uppgifter som den hänskjutande domstolen har hänvisat till vittnar allmänt sett om de svårigheter som i det enskilda fallet kan uppstå vid tillämpning av statistiska uppgifter. Som kommissionen med rätta har påpekat kan resultatet av en statistisk bedömning utfalla väldigt olika

35 — Se dom av den 11 september 2003 i mål C-77/02, Steinicke (REG 2003, s. I-9027), punkterna 58–59, och vidare dom i målen Kutz-Bauer (ovan fotnot 33), punkterna 51–52, Schönheit och Becker (ovan fotnot 19), punkterna 83–84, samt Seymour-Smith och Perez (ovan fotnot 14), punkt 68.

36 — Se, till exempel, dom i målet Abdoulaye (ovan fotnot 28), punkterna 17–20.

37 — Se punkt 22 ff. i detta förslag till avgörande.

beroende på medlemsstat, region eller sektor inom näringslivet. Att tillåta användning av statistiska uppgifter leder till stor rättssäkerhet för arbetsmarknadens parter. Varken arbetsgivare eller arbetstagare kan med tillräcklig säkerhet avgöra vilket statistiskt material de har rätt att använda vid ingåendet av företagsavtal.

Häri ligger dock en risk för att befästa och utvidga den tillfälligt accepterade särbehandlingen av män och kvinnor avseende den lagstadgade pensionsåldern³⁹ till att även omfatta yrkes- och företagsförmåner, i stället för att i enlighet med likabehandlingsprincipens mål och syfte begränsa dess framtida verkningar i så stor utsträckning som möjligt.

65. Avgörande är dock att hänvisning till statistik eller erfarenhetsvärden aldrig får motverka diskrimineringsförbudets mål och syfte. Fördragets direkt tillämpliga diskrimineringsförbud skall, under beaktande av likabehandlingsprincipen, leda till en anpassning av bestående förhållanden inom de områden där det fortfarande finns negativ särbehandling. Att åberopa statistiska uppgifter kan således vara tillåtet, förutsatt att det sker i detta syfte.

67. Med hänsyn tagen till de antydda riskerna måste det ställas mycket höga krav på användningen av statistik för prognoser avseende framtiden.

68. Av de statistiska uppgifter som den hänskjutande domstolen har hänvisat till kan det dock inte dras några säkra slutsatser avseende eventuella skillnader mellan manliga och kvinnliga arbetstagares situation.

66. Statistik kan till exempel användas för att styrka förekomsten av *tidigare förekommande eller fortfarande pågående* indirekt diskriminering.³⁸ I föreliggande fall har man dock försökt att använda ett omvänt argumentationssätt: Det har anförts att arbetsmarknadens parter hade rätt att med utgångspunkt i erfarenhetsvärden göra en framtida prognos och härvid kunde utgå från att dessa värden skulle kvarstå oförändrade.

69. Vid första anblicken tycks visserligen de åldersgränser som har valts i den sociala planen antyda en skillnad mellan manliga och kvinnliga arbetstagares situation vad beträffar andelen arbetslösa. Det förefaller som om den tidpunkt, vid vilken *andelen*

38 — Detta följer av fast rättspraxis, se, till exempel, dom i målet Allonby (ovan fotnot 16), punkterna 75 och 81, och Steinicke (ovan fotnot 35), punkterna 56 och 57.

39 — Se närmare i punkt 82 i detta förslag till avgörande.

arbetslösa är som störst infaller vid olika tillfällen för män och kvinnor; nämligen som regel fem år före uppnående av den lagstadgade minimiåldern för förtidspension.

den sociala planens indelning i olika åldersgrupper efter kön skulle vara lämpad för att uppnå målet om att mildra verkningarna av långvarig arbetslöshet.

70. Av de av den hänskjutande domstolen åberopade statistiska uppgifterna kan dock bara andelen män och kvinnor som faktiskt *är arbetslösa* i respektive åldersgrupp fastställas. Det är möjligt att dessa siffror även omfattar personer som redan har varit arbetslösa en längre tid eller som har förlorat sin arbetsplats mer än fem år före uppnåendet av minimiåldern för rätt till lagstadgad förtidspension.

71. Av de åberopade statistiska uppgifterna kan man däremot inte dra någon direkt slutsats avseende sannolikheten för att en arbetstagare kommer att *förbli arbetslös*, i det fall han har förlorat sin anställning under de fem åren innan han uppnådde minimiåldern för rätt till lagstadgad förtidspension. Det kan av dessa siffror inte säkert utläsas huruvida risken för att inte finna någon ny anställning är väsentligt mindre för en manlig arbetstagare om han sägs upp precis före sin femtiofemårsdag jämfört med om uppsägning sker precis efter denna tidpunkt. Statistiken visar inte heller om denna risk skiljer sig i väsentlig grad beträffande jämnaåriga män och kvinnor.

72. De sakomständigheter som har anförts vid domstolen tycks således inte tala för att

a) Individuell bedömning som alternativ till indelning i åldersgrupper

73. Med hänsyn till de krav som följer av likabehandlingsprincipen kan man tänka sig en konkret bedömning av det enskilda fallet som ett mindre ingripande alternativ än den schablonmässiga indelningen i åldersgrupper. Som klaganden med rätta har påpekat skulle risken för att en viss arbetstagare skulle förbli arbetslös kunna bedömas enligt objektiva kriterier i varje enskilt fall. Dessutom skulle det med jämna mellanrum kunna kontrolleras om den berörde arbetstagaren verkligen har blivit långtidsarbetslös, eller om han har funnit någon ny anställning.

74. Å ena sidan kan det visserligen inte bortses från att en ingående bedömning av varje enskild uppsagd arbetstagares möjlighet att, på grundval av sina meriter eller sin rörlighet finna en ny anställning, innebär administrativt merarbete för arbetsgivaren. Med tanke på den förestående nedläggningen av den berörda verksamheten skulle en sådan bedömning, liksom även fortlö-

pande kontroller av huruvida enskilda arbetstagare faktiskt har funnit någon ny anställning efter nedläggningen av verksamheten eller om de har förblivit arbetslösa, förmodligen innebära stora svårigheter.

75. Å andra sidan står det klart att svaret under en tidsperiod om högst fem år regelbundet och månadsvis har betalat ut övergångsbetalning till de berörda arbetstagarna. Således har löneavdelningen ändå varit tvungen att med jämna mellanrum göra individuella bedömningar. Det förefaller således sannolikt att det utan att orsaka något betydande merarbete hade varit möjligt att begära att mottagarna av övergångsbetalning regelbundet skulle visa upp ett arbetslöshetsintyg eller en kopia av skattebeskedet som inkomstbevis.

76. Att övergångsbetalning i stället fortsatte att betalas ut, utan att någon individuell bedömning gjordes ens när den berörde redan hade påbörjat en ny anställning, måste således anses gå utöver vad som är nödvändigt för att uppfylla den sociala planens mål, nämligen att mildra de sociala följderna av långvarig arbetslöshet. Självfallet står det arbetsgivaren fritt att ge uppsagda arbetstagare rätt till övergångsbetalning oberoende av om dessa faktiskt är arbetslösa. Olikbehandling på grund av kön är dock inte nödvändig i sammanhanget och är därmed otillåten.

4. Slutsats

77. En schablonmässig indelning i olika åldersgrupper beroende på kön i avsikten att mildra följderna av långvarig arbetslöshet är varken en lämplig eller nödvändig åtgärd. De sakomständigheter som har anförts vid domstolen styrker varken antagandet att risken för att en manlig arbetstagare inte skall finna en ny arbetsplats är väsentligt mindre före hans femtiofemårsdag än efter denna tidpunkt, eller att det skulle finnas en väsentlig skillnad mellan män och kvinnor vad beträffar den risken. Att fastställa olika minimiåldersgränser är således diskriminering på grund av kön, som inte kan förklaras objektivt.

78. I enlighet med likabehandlingsprincipen borde arbetstagarna ha erhållit övergångsbetalning utan någon åtskillnad beroende på kön.

D — Rättfärdigande

79. Således kvarstår att undersöka om den konstaterade olikbehandlingen av män och kvinnor kan rättfärdigas med hänvisning till att den lagstadgade pensionsåldern enligt österrikisk rätt är olika för män och kvinnor.

80. I det föreliggande fallet har arbetsgivaren och Betriebsrat vid indelningen av olika åldersgrupper beroende på kön uppenbarligen låtit sig inspireras av att österrikisk rätt föreskriver olika pensionsålder för män respektive kvinnor. Således motsvarar de valda åldersgränserna den lagstadgade pensionsåldern minus tio år respektive den lagstadgade minimiåldern för förtidspension minus fem år, enligt den nationella lagstiftning som var i kraft vid denna tidpunkt.⁴⁰

1. Rättspraxis enligt Barber

81. Denna typ av skillnader i den lagstadgade pensionsåldern kan dock inte rättfärdiga diskriminering inom privata företag. Efter den principiella domen i målet Barber,⁴¹ har det upprepade gånger konstaterats i rättspraxis⁴² att det strider mot artikel 141 EG att uppställa olika åldersvillkor för kvinnor och män för rätten till yrkes- och företagsförmåner, även om skillnaden i pensionsålder mellan kvinnor och män har sin motsvarighet i det rättsligt reglerade nationella pensionssystemet.

2. Undantagsbestämmelsen i det statliga pensionssystemet kan inte tillämpas analogt

82. Artikel 7.1 a i direktiv 79/7 tillåter endast medlemsstaterna att *tillfälligt*⁴³ bibehålla olika pensionsålder för män respektive kvinnor i de statliga pensionssystemen. Härigenom skall medlemsstaterna ges möjlighet till en successiv övergång till icke diskriminerande lagstadgade pensionssystem, utan att behöva rubba den komplexa finansiella jämvikten i dessa system.⁴⁴ Detta är dock en undantagsbestämmelse som skall tolkas restriktivt, framför allt under beaktande av likabehandlingsprincipens fundamentala betydelse.⁴⁵ Enligt domstolens fasta rättspraxis kan den således bara tillämpas i samband med andra förmånssystem när diskriminering är objektivt sett nödvändig för att förhindra att ett system för social trygghet rubbas i sin finansiella jämvikt, eller för att se till att koherensen mellan ett

40 — Se punkt 15 i detta förslag till avgörande.

41 — Ovan i fotnot 14, punkt 32.

42 — Se, till exempel, dom av den 14 december 1993 i mål C-110/91, Moroni (REG 1993, s. I-6591; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-453), punkterna 10 och 20, och dom i målet Smith m.fl. (ovan fotnot 29), punkt 11.

43 — Dom av den 30 mars 1993 i mål C-328/91, Thomas (REG 1993, s. I-1247), punkt 9, av den 30 januari 1997 i mål C-139/95, Balestra (REG 1997, s. I-549), punkt 32, och av den 23 maj 2000 i mål C-104/98, Buchner (REG 2000, s. I-3625), punkt 23, och i mål C-196/98, Hepple (REG 2000, s. I-3701), punkt 23.

44 — Dom av den 7 juli 1992 i mål C-9/91, Equal Opportunities mot kommissionen (REG 1992, s. I-4297), punkterna 14 och 15. Se även dom i mål Burton (ovan fotnot 11), punkterna 13 och 14.

45 — Se de ovan i fotnot 43 nämnda domarna i målen Thomas, punkt 8, och Buchner, punkt 21, se även dom av den 30 april 1998 i de förenade målen C-377/96-C-384/96 De Vriendt m.fl. (REG 1998, s. I-2105), punkt 25, och dom av den 4 mars 2004 i mål C-302/02, Haackert (REG 2004, s. I-2195), punkt 26.

system för ålderspension och andra förmåner upprätthålles.⁴⁶

83. I det föreliggande fallet har de olika åldersgränserna i den sociala planen inte varit nödvändiga för att *upprätthålla den finansiella jämvikten* i ett system för social trygghet. Inte heller har arbetsgivarens uppenbarligen begränsade finansiella möjligheter nödvändiggjort diskriminering. I stället kunde rätten till övergångsbetalning ha tidsbegränsats — vilket också gjorts. Dessutom hade rätten till övergångsbetalning kunnat ha gjorts beroende av faktisk arbetslöshet.

84. En särbehandling på grund av kön i den sociala planen har inte heller varit nödvändig för att bibehålla koherens mellan övergångsbetalningen och andra förmåner, som till exempel från den lagstadgade pensionsordningen. För det första kräver den sociala planens syfte, det vill säga förmildrande av följderna av långvarig arbetslöshet, inte nödvändigtvis en oavbruten övergång från övergångsbetalning till lagstadgad ålderspension. Tvärtom kan det begäras av den berörde arbetstagaren att han själv ur det mottagna vederlaget (avgångsvederlaget) och övergångsbetalningen tryggar sin försörjning för tiden fram till dess att han uppnår den lagstadgade pensionsåldern. Även om det

anses önskvärt att det finns en oavbruten övergång från övergångsbetalning till lagstadgad ålderspension för att härmed upprätthålla största möjliga koherens mellan förmåner som utgår på grund av anställning och lagens pensionssystem, måste den sociala planens utformning ändå anses gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå en sådan koherens. Rätten till övergångsbetalning var nämligen inte beroende av faktisk arbetslöshet, utan tillät avlönad förvärvsansställning.⁴⁷

3. Domen i målet *Birds Eye Walls* är inte tillämplig

85. Domstolen godtog i målet *Birds Eye Walls* att manliga och kvinnliga arbetstagare kan befinna sig i objektiva olika utgångssituationer beroende på att lagstiftningen tillämpar olika pensionsåldrar för dem. I det fallet var det således tillåtet att reducera en övergångsbetalning med utgångspunkt tagen i de bestående, i lag föreskrivna pensionsförmånerna, även om detta i en viss åldersgrupp medförde att en kvinna erhöll lägre övergångsbetalning än en jämförbar man i samma ålder.⁴⁸ Avsikten med att utforma övergångsbetalningen på olika sätt beroende

46 — Se de ovan i fotnot 43 nämnda domarna i målen *Thomas*, punkterna 12 och 20, *Balestra*, punkterna 33 och 35, *Buchner*, punkterna 25 och 26 och *Hepple*, punkterna 25 och 26. Se även den i fotnot 45 nämnda domen i målet *Haackert*, punkt 30.

47 — Se även punkt 76 i detta förslag.

48 — Dom i målet *Birds Eye Walls* (ovan fotnot 12), punkterna 20 och 24.

på kön var dock i målet *Birds Eye Walls* att uppnå ett *totalt sett* likvärdigt förmånsbellopp för män och kvinnor som hade sagts upp från verksamheten i förtid.⁴⁹

sålades inte anses rättfärdiga särbehandling på grund av kön i detta fall.

E — *Bedömning*

86. Något motsvarande förhållande föreligger inte avseende den i målet vid den nationella domstolen omtvistade sociala planen. I motsats till situationen i målet *Birds Eye Walls*,⁵⁰ har övergångsbetalningen i detta fall inte alls betalats till alla uppsagda arbetstagare, utan endast till en del av dem. Dessa har dock erhållit en fortlöpande betalning, även när risken för långvarig arbetslöshet inte har förverkligats i det enskilda fallet. Den sociala planen har alltså kunnat resultera i stora ekonomiska skillnader mellan arbetstagarerna.

88. Av ovanstående följer att det, med hänsyn till de i målet vid den nationella domstolen föreliggande sakomständigheterna, är oförenligt med artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117 att i en social plan lägga de för män och kvinnor i det lagstadgade nationella pensionssystemet olika åldersvillkoren till grund för rätten till övergångsbetalning för manliga och kvinnliga arbetstagare som har förlorat sin anställning på grund av nedläggning av verksamheten.

89. Den första frågan skall besvaras i enlighet med ovanstående.

4. Slutsats

87. Det faktum att den sociala planen har sin utgångspunkt i den lagstadgade pensionsåldern, vilken varierar beroende på kön, kan

VIII — Den andra frågan

90. Med sin andra fråga, vilken även den består av tre delfrågor, vill den hänskjutande domstolen framför allt veta om direktiv 86/378 är tillämpligt på en övergångsbetalning, som arbetstagare har rätt till enligt en social plan, efter att ha förlorat sin anställning.

49 — Dom i målet *Birds Eye Walls* (ovan fotnot 12), punkt 5. Gemenskapens lagstiftare har även tolkat målet *Bird Eye Walls* på detta sätt och har lagstiftat i enlighet härmed: se artikel 2.3 i direktiv 86/378 i ändrad lydelse enligt direktiv 96/97.

50 — Dom ovan i fotnot 12, punkterna 2–5.

91. Direktiv 86/378 har ett mindre omfattande tillämpningsområde än artikel 141 EG.⁵¹ Enligt artikel 2.1 i direktivet omfattas endast företags- eller yrkesbaserade *system* för social trygghet. Det är tveksamt om en förmån kan anses vara ett *system* i det fall den har förhandlats fram och utbetalats av företaget vid ett enda tillfälle (*ad hoc*) och av en konkret anledning, till exempel i enlighet med en social plan till följd av nedläggning av verksamheten.⁵²

redan på grundval av artikel 141 EG saknar direktivet därför betydelse.⁵³

93. Inte heller i det omvända fallet, det vill säga avsaknad av diskriminering på grund av icke-jämförbara situationer, kan direktiv 86/378 leda till en annan slutsats än artikel 141 EG. Det diskrimineringsförbud som finns i artiklarna 5.1, 6.1 c och 6.1 e motsvarar nämligen förbudet i artikel 141 EG.⁵⁴

94. Det är således inte längre nödvändigt att svara på den andra frågan.

92. När allt kommer omkring kan det dock lämnas öppet om en social plan med bestämmelser om övergångsbetalning skall ses som ett företags- eller yrkesbaserat system för social trygghet. Det följer nämligen av domstolens fasta rättspraxis att bestämmelserna i direktiv 86/378 inte begränsar tillämpningsområdet av artikel 141 EG, utan bara förklarar dem. Eftersom en diskriminering på grund av kön föreligger

IX — Den tredje frågan

95. Med den tredje frågan, vilken består av två delfrågor, vill den hänskjutande domstolen framför allt veta om övergångsbetalning, av det slag som arbetstagare erhåller i enlighet med en social plan efter förlust av arbetsplatsen, kan anses vara ett uppsägningsvillkor i den mening som avses i artikel

51 — Dock är direktiv 86/378 tillämpligt på en vidare krets av personer än artikel 141 EG, eftersom direktivet inte bara omfattar anställda, utan även självständiga näringsidkare.

52 — I detta avseende skiljer sig sakomständigheterna i detta fall från målet Defreyn, i vilket domstolen ansåg att direktiv 86/378 var tillämpligt på en bestämmelse i ett kollektivavtal, som syftade till att skydda mot arbetslöshet genom att garantera den berörde arbetstagaren förmåner i tillägg till den lagreglerade arbetslöshetsersättningen (dom av den 13 juli 2000 i mål C-166/99, Defreyn (REG 2000, s. I-6155), punkt 6 ff. samt punkt 29).

53 — Domar i målen Moroni (ovan fotnot 42), punkterna 22–24, Schönheit och Becker (ovan fotnot 19), punkt 65, och Allonby (ovan fotnot 16), punkt 78.

54 — Se avseende artikel 141 EG, punkt 52 ff. samt punkt 81 i detta förslag och där omnämnd rättspraxis.

5.1 i direktiv 76/207 och om olika åldersvillkor således är tillåtna avseende män och kvinnor.

omtvistade i detta fall, utan förutsättningarna för övergångsbetalningen, vilken bara ett fåtal har rätt till.⁵⁸

96. I enlighet med det som har anförts avseende den första frågan,⁵⁵ är övergångsbetalning lön i den mening som avses i artikel 141 EG och i artikel 1 i direktiv 75/117. Den sociala planen ställer upp olika åldersvillkor för utbetalning av övergångsbetalning och har därför stora likheter med en lön. Det är således inte fråga om ett anställnings- eller uppsägningsvillkor, som endast har finansiella konsekvenser.⁵⁶ Härigenom skiljer sig det föreliggande fallet från det av svaranden åberopade målet Burton.⁵⁷ Som kommissionen med rätta har påpekat avsåg fallet Burton *frivilliga uppsägningar* från företaget och de i samband härmed gällande olika åldersvillkoren beroende på kön. Alla arbetstagare som lämnade företaget fick, utan åtskillnad, ett avgångsvederlag som till viss del var att anse som en finansiell konsekvens av uppsägningen. I det här föreliggande fallet har tvärtom i princip alla arbetstagare förlorat sin anställning ofrivilligt. Det är inte uppsägningsvillkoren som är

97. Tillämpningsområdet för direktiv 76/207, å ena sidan, och för artikel 141 EG och artikel 1 i direktiv 75/117, å andra sidan, är ömsesidigt uteslutande.⁵⁹ Övergångsbetalningen kan inte samtidigt även omfattas av direktiv 76/207. Som följer framför allt av det andra skälet i direktiv 76/207 är detta nämligen inte tillämpligt på lön i den mening som avses i de ovannämnda bestämmelserna.⁶⁰ Detta bekräftas numera även av artikel 3.1 c i direktiv 76/207 i dess nya lydelse. Denna bestämmelse gör nämligen åtskillnad mellan, å ena sidan, anställnings- och arbetsvillkor och, å andra sidan, löner. Avseende de senare hänvisas uttryckligen till direktiv 75/117.

98. Härav följer att den tredje frågan skall besvaras enligt följande.

55 — Punkterna 43–51 i detta förslag.

56 — Avseende kriteriet om ett nära samband och finansiella konsekvenser av arbetsvillkor, se domar i målen Steinicke (ovan fotnot 35), punkt 51, och JämO (ovan fotnot 18), punkt 59. Se även dom av den 19 mars 2002 i mål C-476/99, Lommers (REG 2002, s. I-2891), punkt 28, och av den 15 juni 1978 i mål 149/77, Defrenne III (REG 1978, s. 1365; svensk specialutgåva volym 4, s. 627), punkt 21. Se för ett liknande resultat, även dom i målet Seymour-Smith och Perez (ovan fotnot 14), punkterna 35 och 36.

57 — Ovan fotnot 11.

58 — Även om man — i motsats till den här företrädde uppfattningen — skulle anse att sakomständigheterna i förevarande fall är jämförbara med de i målet Burton (ovan fotnot 11), så kan målet Burton ändå inte längre anses vara relevant sett i ljuset av senare rättspraxis (ovan fotnot 56).

59 — Se domar i målen Steinicke (ovan fotnot 35), punkterna 48–51, Krüger (ovan fotnot 32), punkt 17, Gillespie (ovan fotnot 30), punkt 24, Defrenn (ovan fotnot 52), punkt 35, och Seymour-Smith och Perez (ovan fotnot 14) punkterna 35 och 36.

60 — Domar i målen Gillespie (ovan fotnot 30), punkt 24, och Krüger (ovan fotnot 32), punkt 14.

X — Förslag till avgörande

99. Med hänsyn tagen till ovanstående föreslår jag att domstolen skall besvara de av Oberster Gerichtshof (Österrike) ställda tolkningsfrågorna enligt följande:

- 1) Med hänsyn till de i målet vid den nationella domstolen föreliggande sakomständigheterna är det oförenligt med artikel 141 EG och artikel 1 i rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män, att i en social plan lägga de för män och kvinnor i det lagstadgade nationella pensionssystemet olika åldersvillkoren till grund för rätten till övergångsbetalning för manliga och kvinnliga arbetstagare som har förlorat sin anställning på grund av nedläggning av verksamheten.
- 2) Övergångsbetalning som betalas ut till arbetstagare enligt en social plan vid förlust av anställning utgör inte uppsägningsvillkor i den mening som avses i artikel 5.1 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.