



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 10 september 2019¹

Mål C-450/18

WA

mot

Instituto Nacional de la Seguridad Social

(begäran om förhandsavgörande från Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Arbets- och socialförsäkringsdomstol nr 3 i Girona, Spanien))

”Begäran om förhandsavgörande – Kvinnliga och manliga arbetstagare – Likabehandling i fråga om social trygghet – Direktiv 79/7/EEG – Invaliditetspension – Pensionstillägg som beviljas kvinnor som har två eller flera barn och som uppbär en avgiftsfinansierad socialförsäkringsförmån – artikel 157.4. FEUF – Positiv särbehandling – Åtgärder som avser att kompensera nackdelar i kvinnliga arbetstagares yrkeskarriärer”

I. Inledning

1. Spansk rätt föreskriver att *kvinnor* som har haft två eller fler biologiska barn eller adoptivbarn har rätt till ett tillägg till den avgiftsfinansierade ålderspensionen, änkepensionen eller pension vid bestående invaliditet. Klaganden i målet vid den nationella domstolen (nedan kallad klaganden), en man som är far till två döttrar, väckte talan mot ett beslut som fattats av den nationella myndigheten för social trygghet om att neka honom ett liknande tillägg till hans pension vid bestående invaliditet.
2. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida den nationella bestämmelse genom vilken ett pensionstillägg fastställs för kvinnor, som inte tillerkänner män en sådan rätt, strider mot EU:s förbud mot diskriminering på grund av kön.
3. Domstolen har redan haft tillfälle att ta upp frågan om pensionssystem beviljar förmåner med anknytning till moderskap endast till kvinnliga arbetstagare. Målen Griesmar² och Leone³ gällde emellertid tjänstepensioner som omfattades av principen om lika lön, vilken föreskrivs i artikel 157 FEUF. I förevarande mål har domstolen ombetts att klargöra huruvida ett liknande synsätt även ska tillämpas i mål som avser förmåner som ingår i ett allmänt pensionssystem för social trygghet.

¹ Originalspråk: engelska.

² Dom av den 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648).

³ Dom av den 17 juli 2014, Leone (C-173/13, EU:C:2014:2090).

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

4. Enligt tredje skälet i direktiv 79/7/EEG om successivt genomförande av principen om likabehandling för män och kvinnor i fråga om social trygghet utgör⁴ ”genomförandet av likabehandlingsprincipen i fråga om social trygghet ... inget hinder för bestämmelserna om skydd för kvinnor på grund av moderskap; i detta avseende får medlemsstaterna anta särskilda bestämmelser för kvinnor för att undanröja existerande fall av olika behandling”.

5. Enligt dess artikel 1 är avsikten med direktiv 79/7 att på området social trygghet och när det gäller andra inslag av socialt skydd enligt artikel 3 att successivt genomföra principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet, härefter kallad ”likabehandlingsprincipen”.

6. Enligt artikel 3.1 ska direktiv 79/7 gälla:

a) lagstadgade system som lämnar skydd vid

...

– invaliditet,

...”

7. I artikel 4 i direktiv 79/7 fastställs följande:

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

...

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

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

8. Enligt artikel 7.1 b i direktiv 79/7 ska detta direktiv inte påverka medlemsstaternas rätt att från dess tillämpningsområde utesluta ”förmåner vid ålderspension som beviljas personer som har uppfostrat barn” och ”förvärv av förmåner efter anställningstider på grund av fostran av barn”.

⁴ Rådets direktiv 79/7/EEG av den 19 december 1978 om successivt genomförande av principen om likabehandling för män och kvinnor i fråga om social trygghet (EGT L 6, 1979, s. 24; svensk specialutgåva, område 15, volym 11, s. 114).

B. Spansk rätt

9. I artikel 60.1 i Ley General de la Seguridad Social (allmän lag om social trygghet, nedan kallad LGSS)⁵ föreskrivs följande:

”Kvinnor som har fått biologiska barn eller adopterat barn och som uppbär avgiftsfinansierad ålderspension, änkepension eller pension på grund av bestående arbetsoförmåga från någon del av socialförsäkringssystemet, ska vara berättigade till ett pensionstillägg på grund av sitt demografiska bidrag till socialförsäkringen.

Detta tillägg, som i alla sammanhang i rättsligt hänseende ska anses utgöra en avgiftsfinansierad offentlig pension, ska utgöras av ett belopp som motsvarar pensionernas begynnelsebelopp multiplicerat med en viss procentsats som är beroende av antalet barn enligt följande skala:

- a) För två barn: 5 %.
- b) För tre barn: 10 %.
- c) För fyra eller fler barn: 15 %.

Vid prövning av om rätt till tillägg föreligger och, om så är fallet, med vilket belopp, ska endast barn som fötts eller adopterats före tidpunkten för den pensionsgrundande händelsen beaktas.”

III. Bakgrund, förfarande och tolkningsfrågan

10. Genom beslut av Instituto Nacional de la Seguridad Social (det nationella institutet för social trygghet, Spanien) (nedan kallat INSS) av den 25 januari 2017 beviljades sökanden en oinskränkt rätt till pension vid bestående invaliditet på 100 procent av grundbeloppet, som uppgick till 1 603,43 euro per månad plus uppskrivningar.

11. Klaganden ingav ett administrativt klagomål mot detta beslut och gjorde i huvudsak gällande att han, eftersom han var far till två döttrar, hade rätt till ett tillägg på 5 procent av pensionen på samma villkor som kvinnor.

12. Genom beslut av den 9 juni 2017 avslog INSS klagomålet och fastställde beslutet av den 25 januari 2017. INSS hävdade att moderskapstillägget såsom framgår av namnet är ett tillägg som enbart beviljas kvinnor som uppbär en avgiftsfinansierad socialförsäkringsförmån och som har två eller flera barn, på grund av deras demografiska bidrag till socialförsäkringen.

13. Den 23 maj 2017 väckte sökanden talan mot beslutet av INSS vid Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Arbets- och socialförsäkringsdomstol nr 3 i Girona, Spanien), den hänskjutande domstolen. Han begärde ett erkännande av rätten till en ökning av sin pension med 5 procent av grundbeloppet för hans sammanlagda pension vid bestående invaliditet, i form av ett tillägg som motsvarar det moderskapstillägg som beviljas i enlighet med artikel 60.1 i den allmänna socialförsäkringslagen (LGSS).

⁵ Godkänd genom Real Decreto Legislativo 1/1994 (kungligt lagstiftningsdekret 1/1994) av den 20 juni 1994 (BOE nr 154, av den 29 juni 1994, s. 20658) i den konsoliderade version som godkänts genom Real Decreto Legislativo (kungligt lagstiftningsdekret 8/2015) av den 30 oktober 2015 (BOE nr 261 av den 31 oktober 2015, s. 103291), i dess lydelse enligt Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos generales del Estado para el año 2016 (lag 48/2015 om allmänna statsbudgeten för 2016) (BOE nr 260 av den 30 oktober 2015, s. 101965).

14. Den 18 maj 2018 upplystes den hänskjutande domstolen om att klaganden hade avlidit den 9 december 2017. Klagandens fru övertog talan i målet i egenskap av hans rättsliga efterträdare och fortsatte att driva den vid den nationella domstolen.⁶

15. Enligt den hänskjutande domstolen är begreppet *det demografiska bidraget* lika giltigt för både kvinnor och män, eftersom fortplantning och ansvar för att uppfostra, ta hand om, föda och utbilda barn åligger den som har ställning som förälder, oberoende av kön. Dessutom kan en frånvaro från arbetet på grund av barns födelse eller adoption eller på grund av vård av barn (biologiska eller adopterade) vara till men på samma sätt för både män och kvinnor. Den hänskjutande domstolen anser att bestämmelserna om moderskapstillägg i artikel 60.1 LGSS i dessa hänseenden på ett obefogat sätt föreskriver en skillnad som gynnar kvinnor och missgynnar män som befinner sig i en motsvarande situation.

16. Den hänskjutande domstolen vidgår dock att det i *biologiskt* hänseende onekligen finns en särskiljande omständighet, eftersom reproduktionen innebär en mycket större personlig uppoffring för kvinnor än för män. Kvinnor måste genomgå en graviditet och en förlossning som innebär uppenbara biologiska och fysiologiska uppoffringar, med de men som detta medför för kvinnan, inte bara fysiskt utan även på arbetsmarknaden. Den hänskjutande domstolen anser att det i det moderskapstillägg som föreskrivs i artikel 60.1 LGSS, ur biologisk synvinkel, föreskrivs ett tillägg till förmån för kvinnor som är berättigat. Ingen man kommer att befina sig i en motsvarande situation. Situationen för en manlig arbetstagare är inte jämförbar med situationen för en kvinnlig arbetstagare som drabbas av de yrkesmässiga nackdelar som ett avbrott i yrkeslivet för graviditet och ett barns födelse medför. Den domstolen hyser emellertid tvivel om följderna för förevarande mål av domstolens praxis, särskilt domen Griesmar.⁷

17. Mot denna bakgrund beslutade Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Arbets- och socialförsäkringsdomstol nr 3 i Girona) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Åsidosätts den princip om likabehandling som förhindrar all diskriminering på grund av kön, vilken erkänns i artikel 157 [FEUF] och i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 samt i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73 av den 23 september 2002 genom vilket det föregående direktivet ändras, omarbetat genom direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006, om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, av en nationell lag (närmare bestämt artikel 60.1 [LGSS]) som ger kvinnor som har fått biologiska barn eller adopterat barn och som uppstår avgiftsfinansierad ålderspension, änkepension eller pension för bestående arbetsförmåga från något av socialförsäkringssystemen rätt till ett pensionstillägg, på grund av deras demografiska bidrag till socialförsäkringen, samtidigt som män som befinner sig i samma situation inte beviljas denna rätt?”

18. Klaganden, INSS och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Dessa berörda parter samt den spanska regeringen, som även har besvarat skriftliga frågor från domstolen, yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 13 juni 2019.

IV. Bedömning

19. Detta förslag till avgörande är uppbyggt på följande sätt. För det första kommer jag att börja med att fastställa det relevanta unionsrättsliga instrument som är tillämpligt på den förmån som är i fråga i förevarande mål (A). Därefter kommer jag att gå vidare till tolkningen av de relevanta bestämmelser som är tillämpliga i förevarande mål, vilka återfinns i direktiv 79/7 (B). Eftersom jag kommer fram till

6 Hänvisningar till sökanden i detta förslag till avgörande ska tolkas i enlighet med detta.

7 Dom av den 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648).

att direktivet ska tolkas så, att det utgör hinder för en sådan åtgärd som den som är i fråga i förevarande mål, kommer jag slutligen att undersöka huruvida den nationella bestämmelsen ändå kan omfattas av det allmänna undantag för ”positiv diskriminering” som föreskrivs i artikel 157.4 FEUF (C).

A. Tillämplig unionsrättsakt

20. Begäran om förhandsavgörande aktualiserar frågan huruvida artikel 60.1 LGSS är förenlig med principen om likabehandling enligt artikel 157 FEUF och direktiv 2006/54/EG om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet.⁸

21. Klaganden stöder den EU-lagstiftning som anges i beslutet om hänskjutande. INSS, den spanska regeringen och kommissionen har däremot invänt mot detta ställningstagande och gjort gällande att det unionsrättsliga instrument som är tillämpligt i förevarande mål är direktiv 79/7. Klaganden har i andra hand gjort gällande att direktivet i vart fall är tillämpligt.

22. Jag håller med om att det tillämpliga rättsliga instrumentet är direktiv 79/7.

23. Domstolen är naturligtvis bunden av de faktiska omständigheterna i det mål som har fastställts av den nationella domstolen, liksom av tolkningsfrågornas räckvidd och de allmänna ramarna i det mål som den hänskjutande domstolen har fastställt i beslutet om hänskjutande. Detta är emellertid inte fallet vad gäller tillämplig unionsrätt. Domstolen har rätt att tolka alla relevanta bestämmelser i unionsrätten som är nödvändiga för att de nationella domstolarna ska kunna avgöra de mål som är anhängiga vid dem, även om dessa bestämmelser inte anges i de frågor som hänskjutits till domstolen.⁹ *Iura (Europaea) novit curia (Europaea)*.

24. I unionsrätten skiljer man mellan tjänstepensionsplaner, som omfattas av begreppet lön i artikel 157.1 och 157.2 FEUF,¹⁰ och lagstadgade pensionssystem som inte gör det.¹¹

25. Domstolens rättspraxis har konsekvent bekräftat att system för social trygghet, särskilt ålderspension, som direkt regleras i lagstiftning utan något avtal inom företaget eller den berörda företagsgrenen, vilka obligatoriskt ska tillämpas på allmänna kategorier av arbetstagare, inte kan omfattas av begreppet lön i artikel 157 FEUF. Detta beror på att ”dessa system säkerställer att arbetstagarna kan dra nytta av en rättslig ordning, vars finansiering arbetstagare, arbetsgivare och eventuellt de offentliga myndigheterna bidrar till genom en åtgärd som i mindre grad styrs av anställningsförhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren än av socialpolitiska hänsyn”.¹²

26. Klaganden har vid förhandlingen gjort gällande att förevarande mål avser en avgiftsfinansierad pension som beror på den tidigare anställningen. En högre lön medför rätt till en högre pension. Det är därför som den omtvistade förmånen enligt honom ska betraktas som ”lön” i den mening som avses i artikel 157.2 FEUF.

⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv av den 5 juli 2006 (omarbetning) (EUT L 204, 2006, s. 23).

⁹ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 september 2013, *Betriu Montull* (C-5/12, EU:C:2013:571, punkterna 40 och 41 och där angiven rättspraxis).

¹⁰ Se, exempelvis, dom av den 17 maj 1990, *Barber* (C-262/88, EU:C:1990:209, punkterna 25–28).

¹¹ Se, exempelvis, dom av den 25 maj 1971, *Defrenne* (80/70, EU:C:1971:55, punkterna 7 och 8).

¹² Se, exempelvis, dom av den 25 maj 1971, *Defrenne* (80/70, EU:C:1971:55, punkterna 7 och 8).

27. Det är korrekt som klaganden anför, att rättspraxis har identifierat *anställningskriteriet* som en avgörande omständighet för att kvalificera ett pensionssystem som "lön".¹³ Att ett pensionssystem finansieras genom bidrag som beräknas utifrån lönen innebär ändå knappast att det pensionssystemet automatiskt omvandlas till "lön". Det test som domstolen har fastställt innefattar nämligen en helhetsbedömning som inte grundar sig på ett enda kriterium, såsom den omständigheten att en förmån är avgiftsfinansierad.¹⁴ Även om socialförsäkringsförmåner kan vara knutna till begreppet lön och kan vara kopplade till anställning genom avgifter, har de förmåner som regleras i lag utan något inslag av förhandling inom företaget eller sektorn, som är tillämpliga på allmänna kategorier av arbetstagare, konstaterats falla utanför begreppet lön.¹⁵

28. Domstolen har redan haft tillfälle att ta upp olika förmåner som omfattas av det allmänna spanska systemet för social trygghet. Den har vid upprepade tillfällen funnit att avgiftsfinansierade förmåner, såsom ålderspension och arbetslöshetsersättning, liksom pension vid bestående invaliditet, på vilka det aktuella tillägget är tillämpligt, inte omfattas av begreppet lön utan omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 79/7.¹⁶

29. Enligt min mening finns det ingen anledning att avvika från detta synsätt i förevarande mål. Det råder knappast något tvivel om att den omtvistade förmånen utgör en del av ett system för social trygghet som regleras i lagstiftning – med undantag av alla delar av avtalet – och att den är tillämplig på den förvärvsarbetande befolkningen som helhet och inte på en viss kategori av arbetstagare.

30. Direktiv 2006/54 följer samma åtskillnad som i rättspraxis avseende begreppet lön i artikel 157.2 FEUF. Direktivets tillämpningsområde är specifikt begränsat till "företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet", vilka definieras som undantag från de lagstadgade systemen för social trygghet.¹⁷

31. Följaktligen omfattas inte den omtvistade förmånen av begreppet lön i den mening som avses i artikel 157.2 FEUF. Den omfattas således inte heller av direktiv 2006/54.

32. Det unionsrättsliga instrument som är tillämpligt i förevarande mål är således direktiv 79/7. Förmånen i fråga utgör ett tillägg till en pension vid bestående invaliditet, vilken ingår i ett lagstadgat skyddssystem mot en av de risker som anges i artikel 3.1 a i direktivet, det vill säga invaliditet. I likhet med själva pensionen är tillägget direkt och faktiskt kopplat till skydd mot invaliditet. Det är nära förbundet till förverkligandet av denna risk och syftar till att säkerställa att dess förmånstagare är tillräckligt skyddade mot risken för invaliditet¹⁸ genom att minska klyftan mellan könen.¹⁹

33. Samtliga dessa överväganden leder fram till slutsatsen att det är nödvändigt att omformulera tolkningsfrågan så att den hänvisar till direktiv 79/7.

13 Se, exempelvis, dom av den 28 september 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, punkt 43), eller dom av den 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, punkt 28).

14 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:223, punkterna 34–38).

15 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 maj 1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, punkterna 7 och 8) eller dom av den 28 september 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, punkt 24).

16 När det gäller avgiftsfinansierad ålderspension, som även täcks av det pensionstillägg som är i fråga i förevarande mål, se, exempelvis, dom av den 22 november 2012, Elbal Moreno (C-385/11, EU:C:2012:746, punkt 26), och dom av den 8 maj 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382, punkt 56). När det gäller arbetslöshetsersättning, se dom av den 9 november 2017, Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:833, punkterna 33 och 34). När det gäller rätten till pension vid bestående invaliditet, se dom av den 16 juli 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, punkt 63), och dom av den 14 april 2015, Cachaldora Fernández (C-527/13, EU:C:2015:215, punkterna 26 och 34).

17 Se skälen 13 och 14. Enligt artikel 1 c i direktiv 2006/54 är direktivet tillämpligt på "företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet", varvid dessa system uttryckligen definieras i artikel 2.1 f som "system som inte omfattas av direktiv 79/7 ...".

18 Se, för ett liknande resonemang när det gäller justeringsmekanismer, dom av den 20 oktober 2011, Brachner (C-123/10, EU:C:2011:675, punkt 42 och följande punkter).

19 Beträffande åtgärdens syfte, se avsnitt B 1 b i detta förslag till avgörande.

B. Utgör direktiv 79/7 hinder mot en sådan åtgärd som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen?

34. Bedömningen av huruvida den omtvistade nationella bestämmelsen är förenlig med direktiv 79/7 innebär tre steg. För det första, befinner sig kvinnor och män i en jämförbar situation vid tillämpningen av den aktuella nationella bestämmelsen? (1). För det andra, utgör den omtvistade nationella bestämmelsen diskriminering enligt artikel 4.1 i direktiv 79/7? (2). För det tredje, om så är fallet, kan artikel 60.1 LGSS omfattas av något av de undantag som föreskrivs i artikel 7 i direktivet? (3).

1. Jämförbarhet

35. Diskriminering innebär att tillämpa olika regler på jämförbara situationer eller att tillämpa samma regel på situationer som är objektivt olika.²⁰ Enligt domstolens fasta praxis ska jämförbarhetsanalysen inte göras på ett övergripande och abstrakt sätt utan specifikt, ”med avseende på den berörda förmånen”. Detta innebär att ta vederbörlig hänsyn till syftena med den specifika nationella åtgärden eller förmånen i fråga.²¹ Därför är (de anförda) syftena med lagstiftningen särskilt relevanta när det gäller att fastställa jämförbarheten mellan kvinnliga och manliga arbetstagare.

36. Domstolens rättspraxis, liksom sekundärrätten, har pekat ut situationer där kvinnliga och manliga arbetstagare helt enkelt inte kan jämföras på grund av kvinnors biologiska tillstånd, vilket förstås så att det omfattar graviditet, födsel och den period som omedelbart följer på födseln.

37. Å ena sidan har domstolen konstaterat att *kvinnor som utnyttjar en mammaledighet* befinner sig ”i en särskild situation som förutsätter att de ges ett särskilt skydd, men som inte kan likställas med vare sig den situation som en man eller som en kvinna som faktiskt utför sitt arbete befinner sig i”.²² Domstolen har konsekvent hävdat att en manlig arbetstagares situation inte är jämförbar med en kvinnlig arbetstagares situation när en fördel som enbart ges till kvinnliga arbetstagare är avsedd att vara en kompensation för de yrkesmässiga nackdelar som frånvaron från arbetet på grund av mammaledighet medför.²³

38. Å andra sidan har domstolen funnit att förvärvsarbetande mödrars och fäders ställning är jämförbar när det gäller många andra omständigheter som rör *föräldraskap och barnomsorg*. Kvinnor och män befinner sig i en jämförbar situation i egenskap av föräldrar och när det gäller att uppfostra sina barn.²⁴ Till följd av detta befinner de sig i en jämförbar situation, till exempel när det gäller deras eventuella behov av att gå ned i arbetstid för att ta hand om sina barn,²⁵ eller deras behov av att utnyttja barnomsorg när de har en anställning.²⁶

20 Se, exempelvis, dom av den 14 juli 2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

21 Se, exempelvis, dom av den 1 oktober 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, punkt 33), eller dom av den 19 juli 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, punkt 25 och där citerad rättspraxis). För en mer ingående analys av jämförbarheten, se mitt förslag till avgörande i målet Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, punkterna 64–79).

22 Se, till exempel, dom av den 13 februari 1996, Gillespie m.fl. (C-342/93, EU:C:1996:46, punkt 17) och dom av den 14 juli 2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, punkt 39).

23 Dom av den 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, punkt 41). Se även dom av den 16 september 1999, Abdoulaye m.fl. (C-218/98, EU:C:1999:424, punkterna 18, 20 och 22).

24 Se, exempelvis, dom av den 25 oktober 1988, kommissionen/Frankrike (312/86, EU:C:1988:485, punkt 14), dom av den 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, punkt 56), dom av den 26 mars 2009, kommissionen/Grekland (C-559/07, ej publicerad, EU:C:2009:198, punkt 69) och dom av den 16 juli 2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, punkt 47).

25 Dom av den 30 september 2010, Roca Alvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, punkt 24).

26 Dom av den 19 mars 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, punkt 30).

39. Det är därför nödvändigt att i förevarande mål avgöra huruvida de aktuella nationella bestämmelserna har samband med de särskilda biologiska egenskaperna hos kvinnor i fråga om graviditet, födsel och moderskap (a). Om så inte är fallet, är det nödvändigt att fastställa de objektiva syftena med den aktuella åtgärden för att avgöra huruvida kvinnliga och manliga arbetstagare befinner sig i en jämförbar situation i detta avseende (b).

a) En bestämmelse om skydd på grund av moderskap enligt artikel 4.2 i direktiv 79/7?

40. Enligt artikel 4.2 i direktiv 79/7 ska "likabehandlingsprincipen ... inte påverka de bestämmelser som gäller skydd för kvinnor *på grund av moderskap*". Enligt tredje skälet i det direktivet utgör "[g]enomförandet av likabehandlingsprincipen i fråga om social trygghet ... inget hinder för bestämmelserna om skydd för kvinnor på grund av moderskap" och "i detta avseende får medlemsstaterna anta särskilda bestämmelser för kvinnor för att undanröja existerande fall av olika behandling".

41. Denna bestämmelse kan anses utgöra ett erkännande av bristen på jämförbarhet mellan kvinnor och män med hänsyn till deras biologiska situation, i enlighet med den rättspraxis som angetts ovan i punkt 37 i detta förslag till avgörande.

42. Kan den aktuella åtgärden betraktas som en bestämmelse som "avser skydd för kvinnor på grund av moderskap" i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 79/7?

43. Den spanska regeringen och INSS anför att artikel 60.1 LGSS täcks av artikel 4.2 i direktiv 79/7. INSS anför att åtgärden per definition är förknippad med moderskap, eftersom de kvinnor som omfattas av den är mödrar: utan moderskap uppkommer inte den situation som den nationella bestämmelsen syftar till att avhjälpa. Den spanska regeringen har vid den muntliga förhandlingen gjort gällande att artikel 4.2 i direktiv 79/7 ska förstås så, att den tillåter åtgärder för positiv särbehandling på grund av moderskap och att den ska ges en vid tolkning mot bakgrund av artikel 157.4 FEUF och artikel 23 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).

44. Klaganden och kommissionen anser däremot att åtgärden i fråga inte kan täckas av artikel 4.2 i direktiv 79/7. Berörda parter anser att bestämmelsen ska ges en snäv tolkning i den meningen att den endast täcker de aspekter som är förknippade med kvinnors biologiska situation. Detta skulle bland annat vara fallet med den period som mammaledigheten omfattar.

45. Uttrycket "på grund av moderskap" definieras inte i direktiv 79/7. Såvitt jag vet har artikel 4.2 i det direktivet hittills inte tolkats av domstolen. Domstolen har emellertid vid upprepade tillfällen tolkat liknande bestämmelser i artikel 2.3 i direktiv 76/207/EEG,²⁷ vilka i ordalag som liknar dem i artikel 4.2 i direktiv 79/7 har fastställt att detta direktiv "inte [ska] påverka bestämmelser om skydd för kvinnor, särskilt inte vid graviditet och moderskap".

²⁷ Artikel 2.7 i ändrad lydelse 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 (EGT L 39, 1976, s. 40), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 269, 2002, s. 15). Denna artikel har ersatts av artikel 28 i direktiv 2006/54.

46. Med avseende på artikel 2.3 i direktiv 76/207 har domstolen konstaterat att undantag på grund av ”moderskap” måste tolkas restriktivt.²⁸ Domstolen har konsekvent förknippat artikelns tillämpning med kvinnors biologiska situation och det särskilda förhållande som föreligger mellan en kvinna och hennes barn. Därför har det endast ansetts att åtgärder förknippade med skyddet av kvinnor under graviditet, förlossning och mammaledighet omfattas av den bestämmelsen.²⁹ Det har däremot inte ansetts att åtgärder som inte är strikt förknippade med att skydda kvinnor i dessa situationer omfattas av undantaget på grund av ”moderskap”.³⁰

47. Denna strikta tolkning av begreppet ”moderskap” har även tillämpats av domstolen för att avgöra om situationerna för kvinnliga och manliga arbetstagare är jämförbara vid tillämpningen av principen om lika lön i artikel 157 FEUF på tjänstepensionsområdet. I domen Griesmar fann domstolen att en åtgärd kunde godtas om den syftade till att ”kompensera de kvinnliga tjänstemännen för de yrkesmässiga nackdelar som frånvaron från arbetet under den tid som följer efter förlossningen medför för dem, i vilket fall situationen för en manlig arbetstagare inte kan jämföras med situationen för en kvinnlig arbetstagare”.³¹ Domstolen vägrade dock uttryckligen att betrakta de nackdelar kvinnor kan möta under sina yrkeskarriärer på grund av den framträdande roll de har i vårdnaden om barn såsom kopplad till ”mammaledighet” eller till någon nackdel de får till följd av frånvaro från arbetet efter förlossningen.³² Detta berodde delvis på att tillägget i fråga även beviljades för adoptivbarn utan något villkor för att modern först skulle ha beviljats ledighet för adoption.³³

48. Begreppet ”moderskap”, såsom det har tolkats av domstolen, avser således den specifika biologiska verklighet som gör att kvinnor och män inte kan jämföras med varandra: graviditet, förlossning och mammaledighet. Detta strider mot syftet med detta särskilda skydd, inte enbart i materiellt hänseende (*ratione materiae*) utan även logiskt, av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*), eftersom detta undantag inte kan anses omfatta en eventuell senare händelse (en eller flera) eller en eller flera situationer enbart på grund av egenskapen att ha varit moder. *Moderskap* måste i detta sammanhang därför förstås på ett snävt sätt. Det kan inte likställas med de mer allmänna begreppen moderskap och föräldraskap.

49. INSS och den spanska regeringen har föreslagit att man ska frångå detta synsätt inom ramen för direktiv 79/7 och att det ska omfatta en mer omfattande tolkning av begreppet ”moderskap”. När den spanska regeringen vid förhandlingen tillfrågades om skälen för att föreslå en så bred tolkning, gjorde den gällande att artikel 4.2 i direktiv 79/7, mot bakgrund av artikel 157.4 FEUF och artikel 23 i stadgan, ska tolkas så, att den ger upphov till positiv särbehandling i fråga om moderskap i vid mening.

50. Detta argument övertygar inte mig. Som jag kommer att förklara närmare nedan,³⁴ kan en potentiell rättslig grund för positiv särbehandling inom ramen för förevarande mål eventuellt hittas utanför direktiv 79/7, i artikel 157.4 FEUF. Här är det tillräckligt att konstatera att de åtgärder som möjliggör en skillnad i behandling av kvinnor och män, som på grund av moderskap omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 79/7, grundar sig på ett annat antagande och en annan logik än de

28 Se, till exempel, dom av den 15 maj 1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, punkt 44).

29 Se exempelvis, om mammaledighet, dom av den 18 november 2004, Sass (C-284/02, EU:C:2004:722, punkt 33). om ytterligare period av mammaledighet, dom av den 12 juli 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, punkterna 25 och 26) och om särskilda bestämmelser avseende eventuell användning av ledighet av anställda mödrar eller fäder, dom av den 19 september 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, punkterna 61–65).

30 Se, exempelvis, dom av den 25 oktober 1988, kommissionen/Frankrike (312/86, EU:C:1988:485, punkterna 13 och 14), avseende flera ”särskilda rättigheter för kvinnor” som skyddar kvinnor i deras egenskap av äldre arbetstagare eller föräldrar, och dom av den 30 september 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, punkterna 26–31), avseende en semesterperiod som, trots att den kallas ”amningsledighet”, faktiskt var fristående från amningen och att syftet kunde anses vara barnomsorg. Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, punkt 51), angående föräldraledighet.

31 Dom av den 29 november 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648, punkt 46).

32 Ibidem, punkt 51.

33 Ibidem, punkt 52.

34 Se avsnitt C punkterna 93 och 96–98.

allmänna bestämmelserna om positiv särbehandling i artikel 157.4 FEUF. Att föreslå att allmänna bestämmelser om positiv särbehandling i ett senare skede bör ges tolkningsdata om förståelsen av jämförbarhet hos äldre, särskild särlagstiftning, som faktiskt gör en av dess viktigaste bestämmelser tandlös, förefaller inte vara ett bra recept för tolkning av lagstiftning.

51. Sammanfattningsvis ser jag ingen anledning att ge begreppet ”grund för moderskap” en annan och bredare innebörd inom ramen för direktiv 79/7. Snarare motsatsen, såsom kommissionen helt riktigt varnar för: En bred tolkning av undantaget för mammaledighet skulle göra det möjligt med olika behandling i situationer där arbetande mödrar och fäder befinner sig i en jämförbar situation, vilket skulle motverka direktivets syfte.

52. På grundval av denna relativt snäva tolkning av begreppet ”moderskap”, som enligt min mening även ska tillämpas inom ramen för direktiv 79/7, kan jag inte se hur den aktuella åtgärden kan anses omfattas av undantaget i artikel 4.2 i direktivet.

53. Redan en översiktlig analys av särdragen i den aktuella åtgärden bekräftar denna slutsats. Det moderskapstillägg som avses i artikel 60.1 LGSS är inte kopplat till någon av de särskilda situationerna graviditet, födsel och mammaledighet. Den kräver nämligen inte att någon av dessa situationer föreligger som villkor för att erhålla moderskapspenning.

54. Såsom klaganden har påpekat kan för det första inte alla kvinnliga arbetstagare som har haft tillgång till moderskapstillägg, ha varit mammalediga i praktiken. Eftersom adoptionsledighet enligt nationell rätt kan åtnjutas lika av kvinnor och män,³⁵ kan det mycket väl vara så att en kvinna kan erhålla moderskapspenning trots att hon inte har tagit ut sådan ledighet eller, för den delen, varken varit gravid eller fött barn. För det andra, när ett barn har två mödrar,³⁶ har båda rätt till moderskapspenning, men endast en av dem kanske har tagit ut mammaledighet. Eftersom den omtvistade åtgärden inte innehåller något villkor som innebär att kvinnor måste ha slutat arbeta vid den tidpunkt då de fick barn, saknas det också samband med mammaledighet, till exempel i situationer där en kvinna har fött barn före inträdet i arbetslivet. För det tredje bekräftar den omständigheten att åtgärden inte är tillämplig på mödrar till *ett* barn, att den inte har något samband med skyddet av moderskap.

55. Således är åtgärden som helhet inte tillräckligt inkluderande i situationer som är klart och objektivt förenade med moderskap, samtidigt som den är alltför inkluderande i situationer som inte är det. En sådan utformning av lagstiftningen kan knappast rymmas inom ramarna för artikel 4.2 i direktiv 79/7.

56. Det förefaller också som om både INSS och den spanska regeringen slutligen har medgett att det särskilda syftet med artikel 60.1 LGSS är långt mer omfattande än målet att skydda kvinnor på grund av moderskap enligt den (snäva) mening som anges ovan.

57. Samtliga dessa överväganden bekräftar att artikel 60.1 LGSS inte innehåller någon omständighet som visar att det föreligger ett samband mellan tillägget och de yrkesmässiga nackdelar som är förknippade med begreppet ”moderskap” i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 79/7.

³⁵ Enligt artikel 48.5 i Estatuto de los Trabajadores (lagen om arbetstagare), i dess lydelse enligt Real decreto legislativo 2/2015 (kungligt lagstiftningsdekret 2/2015) av den 23 oktober 2015 (BOE nr 255 av den 24 oktober 2015).

³⁶ Sökanden förklarar att detta är möjligt enligt artikel 44.5 i Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (lag 20/2011 av den 21 juli 2011 om folkbokföring) (BOE nr 175 av den 22 juli 2011, s. 81468).

b) Vilka syften har den omtvistade åtgärden?

58. Enligt artikel 60.1 LGSS infördes moderskapstillägget som ett erkännande av ett ”demografiskt bidrag” till social trygghet. Som kommissionen har påpekat innehåller inte ingressen till rättsakten någon mer specifik motivering än så.³⁷

59. Om man inriktar sig på det uttalade syftet med artikel 60.1 LGSS, skulle det vara svårt att se hur kvinnor och män inte befinner sig i en jämförbar situation när det gäller deras ”demografiska bidrag” till socialförsäkringssystemet, eftersom båda tycks vara nödvändiga för att skapa ett system.³⁸

60. Såsom framgår av förarbetena och det politiska sammanhang som beskrivits av kommissionen, INSS och den spanska regeringen har den omtvistade åtgärden emellertid inspirerats av och eftersträvar ett mycket vidare syfte.

61. Det följer av såväl kommissionens inlagor som det skriftliga svaret från den spanska regeringen på frågan som domstolen ställde, att den ändring från parlamentet som är i fråga pekade på ett behov av att erkänna en könsdimension när det gäller pensioner och eliminera eller åtminstone *minska pensionsklyftan mellan könen*.³⁹ Detta beror på att kvinnor oftare ger upp sitt arbete för att ta hand om barn, vilket direkt påverkar såväl deras inkomster som deras pensioner och ger upphov till ett fenomen som är känt som dubbel bestraffning.⁴⁰ Åtgärden syftar därför till att införa begreppet demografiskt bidrag som ett erkännande av den insats kvinnor gör genom att ta hand om och uppföstra barn till nackdel för deras yrkesverksamhet.⁴¹ Detta ansågs också vara det underliggande syftet med åtgärden enligt den spanska Tribunal Constitucional. Målet är att kompensera mödrar som, trots sin avsikt att ha ett längre yrkesliv, har ägnat sig åt att ta hand om sina barn, vilket innebär att de inte har kunnat betala avgifter lika länge som andra arbetstagare.⁴²

62. INSS lade dessutom fram ett statistiskt underlag som visar att socialförsäkringsavgifterna har ett direkt samband med kön och antalet barn. Pensionsklyftan mellan kvinnor och män har enligt dessa uppgifter en större inverkan på kvinnor som är mödrar till två eller flera barn.

63. En första preliminär slutsats kan dras av vad som nämns ovan. Det är uppenbart att åtgärden i fråga *inte* syftar till att skydda kvinnor som tar hand om barn. Artikel 60.1 LGSS innehåller nämligen inte något villkor som gör det möjligt att förena den ifrågavarande förmånen med den faktiska barnomsorgen. Det krävs inte att det visas att ledighet har tagits ut, att det har skett ett avbrott i anställningen eller åtminstone en viss arbetstidsförkortning har ägt rum. Även om detta skulle vara det angivna målet, skulle det vara av föga intresse, eftersom det enligt domstolens fasta rättspraxis framgår att fadern och modern befinner sig i en jämförbar situation i fråga om att ta hand om sina barn.⁴³

37 Ley 48/2015 de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (lag 48/2015 om den allmänna spanska statsbudgeten avseende år 2016) (BOE nr 260 av den 10 oktober 2015).

38 Trots viss tveksamhet rörande möjligheten till partenogenes aktivering av oocyter som inleder processen för att utveckla en människa i en obefruktad mänsklig äggcell (se dom av den 18 oktober 2011, Brüstle, C-34/10, EU:C:2011:669, punkt 36, men se även dom av den 18 december 2014, International Stem Cell Corporation, C-364/13, EU:C:2014:2451, punkt 38), verkar det som om båda könen fortfarande är nödvändiga för en befruktning, även enligt unionsrätten.

39 Boletín Oficial de las Cortes Generales – Congreso de los Diputados (1.9.2015, Serie A, n° 163–4, s. 2812–2814).

40 Plan Integral de Apoyo a la familia (PIAF) 2015–2017 (fullständigt familjestödprogram för åren 2015–2017), som godkändes av ministerrådet den 14 maj 2015 (finns på www.msbs.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf).

41 Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas (rapport om moderskapstillägg till avgiftsfinansierade pensioner) skickades i juni 2015 till Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (kommissionen för utvärdering och uppföljning av överenskommelserna enligt Toledopaktens) av den spanska regeringen.

42 Beslut av Tribunal Constitucional (författningsdomstolen i Spanien) av den 16 oktober 2018, n° 3307–2018, ES:TC:2018:114A, punkt 3 b.

43 Se rättspraxis som citeras ovan i fotnoterna 29 och 30.

64. Den andra preliminära slutsatsen är att det verkliga syftet med den omtvistade åtgärden förefaller vara att *minska pensionsklyftan mellan könen*, på grundval av allmänna statistiska uppgifter som visar att kvinnor som är mödrar till fler än ett barn är särskilt missgynnade med avseende på pensionsrättigheter.

65. Det sistnämnda syftet väcker omedelbart frågan huruvida en sådan strukturell situation med brist på jämlikhet är tillräcklig för att kvinnor och män i en given situation inte längre kan jämföras.

66. Enligt min mening kan detta inte vara fallet. Det är sant att domstolens rättspraxis i vissa fall har tagit hänsyn till olikheter som påverkar olika grupper av personer för att avvisa deras jämförbarhet.⁴⁴ Domstolen har emellertid ansett situationen jämförbar för personer som tillhör olika åldersgrupper som påverkades av strukturella problem, såsom arbetslöshet.⁴⁵ Vidare har domstolen uppmanat till försiktighet när det gäller att förlita sig på generaliseringar och statistiska uppgifter just därför att detta sannolikt leder till diskriminerande behandling av kvinnor och män i en given situation.⁴⁶ Det finns nämligen starka statistiska belägg för att strukturella skillnader som påverkar kvinnor inte utesluter att det kan finnas situationer där kvinnor och män befinner sig i en jämförbar situation.

67. Jag ser ingen anledning att inte följa samma synsätt i förevarande mål. Dessutom ska argument som gäller de olika situationer som grupper befinner sig i, under förutsättning att skillnaden mellan dem inte är så stor att grupperna blir helt ojämförbara, bedömas på ett korrekt sätt i samband med motiveringen⁴⁷ eller, i förekommande fall, inom ramen för bedömningen av ”positiv särbehandling”. I synnerhet möjliggör ”positiv särbehandling” ett avsteg från tillämpningen av jämlikhetsprincipen på enskilda för att ta hänsyn till den ofördelaktiga situationen för en grupp i syfte att uppnå grundläggande jämlikhet.⁴⁸

68. Jag måste därför dra slutsatsen att förekomsten av en allmän strukturell ojämlikhet i fråga om pensioner inte utesluter att kvinnliga och manliga arbetstagare som är föräldrar till två eller flera barn befinner sig i en jämförbar situation när det gäller förmånen i fråga, det vill säga tillgång till (ett tillägg till) en avgiftsfinansierad invaliditetspension.

2. Diskriminering

69. På grund av den ifrågavarande åtgärdens karaktär blir analysen av huruvida artikel 60.1 LGSS är diskriminerande nödvändigtvis mycket kortfattad. Bestämmelsen innebär att endast kvinnor får omfattas av tillägget. Det utgör således direkt diskriminering på grund av kön, vilket påverkar beräkningen av förmåner i den mening som avses i artikel 4.1 i direktiv 79/7.

44 Dom av den 1 oktober 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, punkt 37–39).

45 Se dom av den 19 juli 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, punkterna 26 och 27).

46 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 september 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, punkt 38). Se även, vad gäller argument snarlika de argument som anförts av den spanska regeringen och INSS i förevarande mål, dom av den 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, punkt 56).

47 När det gäller intern transitivitet mellan dessa kategorier, se mitt förslag till avgörande i målet Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, punkterna 61 och 62).

48 Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Tesauro i målet Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, punkt 8). Se, för mitt förslag i detta avseende, avsnitt C i detta förslag till avgörande.

70. Såsom kommissionen korrekt påpekar är det inte möjligt att inom ramen för direktiv 79/7 motivera ett sådant exempel på direkt diskriminering.⁴⁹ Ett undantag från förbudet mot direkt diskriminering på grund av kön är möjligt endast i de situationer som uttömmande anges i direktivet.⁵⁰ Det är därför nödvändigt att pröva om åtgärden i fråga kan omfattas av artikel 7.1 i direktiv 79/7.

3. Artikel 7.1 i direktiv 79/7

71. Med hänsyn till att social trygghet är en känslig fråga och på grund av de omfattande skillnaderna i behandling mellan kvinnor och män vid den tidpunkt då direktiv 79/7 förhandlades fram, gav artikel 7.1 medlemsstaterna möjlighet att undanta vissa frågor från direktivets tillämpningsområde. Direktiv 79/7 syftade endast till en ”successiv” tillämpning av principen om likabehandling av kvinnor och män.⁵¹ Därmed kan undantagen i artikel 7.1 inte logiskt kopplas till ett systematiskt försök att skydda kvinnor eller till positiv särbehandling. De syftar snarare till att bevara vissa delar av de sociala trygghetssystem som fanns vid tidpunkten för antagandet av direktivet.⁵²

72. Bland de undantag som medlemsstaterna får utesluta från tillämpningsområdet för direktiv 79/7 tar artikel 7.1 b upp ”förmåner vid ålderspension som beviljas personer som har uppfostrat barn” och ”förvärv av förmåner efter anställningstider på grund av fostran av barn”.

73. INSS och den spanska regeringen har i allmänna ordalag gjort gällande att den aktuella åtgärden omfattas av detta undantag.

74. Klaganden har däremot gjort gällande att undantaget i artikel 7.1 b inte är tillämpligt. Detta undantag är enligt klaganden endast tillämpligt på ålderspension och inte på invaliditetspensioner som är i fråga här.

75. Jag ser inga hinder mot att tillämpa artikel 7.1 b på en bestående invaliditet. Även om det i den första delen av denna bestämmelse hänvisas till en ”ålderspension”, så är detta inte fallet med den andra delen, som allmänt avser förvärv av förmåner efter anställningstider på grund av vårdnad om barn. Domstolen har redan tillämpat undantaget i artikel 7.1 b inom ramen för spanska pensioner vid bestående invaliditet.⁵³

76. Artikel 7.1 b är emellertid inte tillämplig i detta fall av ett annat skäl. Såsom klaganden med rätta har påpekat har artikel 60.1 LGSS *inte någon anknytning till ett faktiskt avbrott i sysselsättningen* på grund av vårdnad om barn. Moderskapstillägget beviljas oberoende av om det föreligger ett avbrott i anställningen, oavsett om det sker i form av föräldraledighet eller någon annan form av ledighet.⁵⁴

77. Jag vill för tydlighetens skull tillägga att även om en sådan åtgärd som den ifrågavarande i själva verket skulle ha samband med ett avbrott i anställningen på grund av vårdnad om barn, skulle detta enligt min mening inte betyda att den skulle kunna omfattas av undantaget i artikel 7.1 b.

49 Se, analogt, dom av den 18 november 2010, Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703, punkt 41) och dom av den 12 september 2013, Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, punkt 50).

50 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 juni 2018, MB (Könskorrigering och ålderspension), (C-451/16 P, EU:C:2018:492, punkt 50 och där angiven rättspraxis).

51 Se dom av den 11 juli 1991, Johnson, (C-31/90, EU:C:1991:311, punkt 25), och dom av den 16 juli 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho, (C-537/07, EU:C:2009:462, punkt 60).

52 Såsom framgår av rättspraxis kan det, även om dessa syften inte anges i skälen till direktiv 79/7, härledas från arten av undantagen i artikel 7.1 i direktivet att gemenskapslagstiftaren har avsett att ge medlemsstaterna möjlighet att tillfälligt behålla de förmåner som beviljas kvinnor i fråga om pensionering för att de successivt ska kunna anpassa sina pensionssystem i detta avseende utan att rubba den komplexa ekonomiska jämvikten i dessa system, vars betydelse inte kan förbises”. Se, exempelvis, dom av den 30 april 1998, De Vriendt m.fl. (C-377/96–C-384/96, EU:C:1998:183, punkt 26), och dom av den 27 april 2006, Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, punkt 35).

53 Dom av den 16 juli 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, punkterna 60 och 63).

54 Punkt 63 ovan.

78. Såsom kommissionen och klaganden med rätta anför, var undantagen i artikel 7.1 i direktiv 79/7 anpassade till att *successivt undanröja* olika behandling⁵⁵ och måste tolkas restriktivt.⁵⁶ Även om artikel 7.2 och artikel 8.2 i det direktivet tar upp möjligheten för medlemsstaterna att ”bibehålla” befintliga förmåner har domstolen inte tolkat artikel 7.1 som en strikt ”standstill”-klausul. Enligt rättspraxis kan artikel 7.1 i direktiv 79/7 tillämpas vid senare antagande av åtgärder som inte kan skiljas från redan befintliga åtgärder som omfattas av undantaget, samt ändringar av sådana åtgärder.⁵⁷

79. Den bestämmelse som är i fråga i förevarande mål kan emellertid inte rimligen anses ha samband med en *successiv övergång* till en fullständig tillämpning av principen om jämställdhet mellan kvinnor och män inom området social trygghet. Åtgärden antogs år 2015, flera årtionden efter att direktiv 79/7 trädde i kraft. Den infördes i ett nationellt rättsligt sammanhang där det inte fanns någon liknande bestämmelse som den kunde kopplas samman med. Det är därför inte möjligt att betrakta åtgärden som nödvändig för eller omöjlig att skilja från befintliga regler som utnyttjar det undantag som anges i artikel 7.1 b. Den saknar dessutom samband med det övergripande syftet med artikel 7.1 att bevara den ekonomiska jämvikten i det sociala trygghetssystemet.

80. Härav följer att den åtgärd som är aktuell i förevarande mål inte kan anses omfattas av det undantag som föreskrivs i artikel 7.1 b i direktiv 79/7.

C. Artikel 157.4 FEUF

81. Trots mitt konstaterande att direktiv 79/7 utgör hinder för artikel 60.1 LGSS återstår att undersöka om den aktuella åtgärden ändå kan vara tillåten enligt artikel 157.4 FEUF, en bestämmelse som har diskuterats ingående av de berörda parter som har yttrat sig i detta mål.

82. Artikel 157.4 FEUF föreskriver att ”[i] syfte att i praktiken säkerställa full jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män får principen om likabehandling inte hindra en medlemsstat från att behålla eller besluta om åtgärder som rör särskilda förmåner för att göra det lättare för det underrepresenterade könet att bedriva en yrkesverksamhet eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären”. Den bestämmelsen gör det alltså möjligt att ”rädda” eller göra åtgärder som inte omfattas av de särskilda undantagen enligt sekundärrätten inom området jämställdhet mellan könen förenliga med unionsrätten.⁵⁸

83. Tillämpningsområdet för artikel 157.4 FEUF är dock fortfarande oklart. För det första är det fortfarande oklart huruvida artikel 157.4 FEUF är begränsad till området ”lika lön” eller om den har ett bredare tillämpningsområde (1). För det andra, vilken typ av åtgärder kan anses omfattas av denna bestämmelse, i synnerhet när det gäller åtgärder för att ”kompensera nackdelar i yrkeskarriären”? (2) Efter att ha analyserat dessa två centrala frågor i allmänhet och föreslagit att vissa noggrant utformade nationella åtgärder på området för social trygghet kan omfattas av artikel 157.4 FEUF, tvingas jag ändå dra slutsatsen att den åtgärd som är i fråga i förevarande mål inte är en av dem, eftersom den inte uppfyller de grundläggande kraven på proportionalitet (3).

55 Se, till exempel, dom av den 7 juli 1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, EU:C:1992:297, punkt 14).

56 Se, exempelvis, när det gäller artikel 7.1 a, dom av den 21 juli 2005, Vergani (C-207/04, EU:C:2005:495, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

57 Se domar av den 7 juli 1994, Bramhill (C-420/92, EU:C:1994:280), och dom av den 23 maj 2000, Hepple m.fl. (C-196/98, EU:C:2000:278, punkt 23), samt förslag till avgörande av generaladvokaten Saggio i målet Hepple m.fl. (C-196/98, EU:C:1999:495, punkterna 21–24), och förslag till avgörande av generaladvokaten Mischo i målet Taylor (C-382/98, EU:C:1999:452, punkterna 66–69).

58 Se exempelvis, för exempel på att artikel 157.4 FEUF kan gälla situationer där en nationell åtgärd har förklarats oförenlig med de särskilda bestämmelser i unionens sekundärrätt som tillåter positiv särbehandling, dom av den 28 mars 2000, Badeck m.fl. (C-158/97, EU:C:2000:163, punkt 14), av den 6 juli 2000, Abrahamsson och Anderson (C-407/98, EU:C:2000:367, punkterna 40, 54 och 55) och dom av den 30 september 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, punkterna 29–30).

1. Räckvidden av artikel 157.4 FEUF och ”lika lön”

84. Följaktligen omfattas den omtvistade förmånen inte av begreppet lön i den mening som avses i artikel 157.2 FEUF.⁵⁹ Skulle artikel 157.4 FEUF därför rädda en nationell åtgärd som inte omfattas av räckvidden för artikel 157.2 FEUF?

85. När kommissionen tillfrågades angående detta vid förhandlingen, gjorde den gällande att tillämpningsområdet för denna bestämmelse, med hänsyn till att begreppet yrkeskarriär i artikel 157.4 FEUF är mycket omfattande, inte är begränsat till begreppet lika lön. Bestämmelsen skulle således även kunna tillämpas på området social trygghet.

86. Jag delar kommissionens uppfattning att det inte finns någon anledning att begränsa tillämpningsområdet för artikel 157.4 FEUF till området lika lön.

87. Den särskilda bestämmelse som gör det möjligt för medlemsstaterna att vidta ”åtgärder för positiv särbehandling” återfinns visserligen i artikel 157 FEUF, som historiskt sett har samband med ”lika lön”. Flera omständigheter talar emellertid för att punkt 4 i denna bestämmelse omfattar mer än det specifika området ”lika lön”.

88. För det första är ordalydelsen i artikel 157.4 FEUF uppenbart ganska bred. Den anger ett undantag från ”principen om likabehandling” av kvinnor och män, inte ”lika lön”, utan att ange några särskilda begränsningar när det gäller på vilka områden detta ska vara tillämpligt.⁶⁰ De åtgärder som är tillåtna enligt denna bestämmelse beskrivs med den lika breda formuleringen ”åtgärder som rör särskilda förmåner för att göra det lättare för det underrepresenterade könet att bedriva en yrkesverksamhet” eller ”för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären”. Syftet med artikel 157.4 FEUF anges på liknande sätt med hänvisning till det mycket breda målet att ”säkerställa full jämställdhet i arbetslivet”.

89. För det andra förhindras ur systematisk synvinkel en eventuell generell begränsning av artikel 157 FEUF till det specifika området ”lika lön” redan av artikel 157.3 FEUF, som utgör en allmän rättslig grund som går långt utöver principen om lika lön och som inbegriper antagandet av ”åtgärder för att säkerställa tillämpningen av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet”.⁶¹

90. För det tredje gäller att domstolen tidigare har gjort en ”snäv” tolkning av undantaget för positiv särbehandling som tillåts enligt artikel 2.4 i direktiv 76/207 och angett att den bestämmelsen endast utgör ett undantag från principen om likabehandling.⁶² Den ståndpunkten har emellertid successivt övergetts.⁶³ Den tas inte upp i rättspraxis gällande det bredare och övergripande undantaget för positiv särbehandling i artikel 157.4 FEUF. Detta är enligt min mening ingen tillfällighet. Artikel 157.4 FEUF utgör den primära rättsliga konsolideringen av en vision om verklig jämställdhet på området för jämställdhet mellan kvinnor och män, och inte enbart ett undantag som bör tolkas restriktivt.

⁵⁹ Se punkterna 27–31 i detta förslag till avgörande.

⁶⁰ Se Tobler, C., ”Sex Equality Law in the Treaty of Amsterdam”, *European Journal of Law Reform* (2000), vol. 1, nr 1, *Kluwer Law International*, 2000, s. 135–151, s. 142

⁶¹ C. Langenfeld, ”AEUV Art. 157 Gleiches Entgelt für Männer und Frauen” i Grabitz, E., Hilf, M., och Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, Munich, 2019, Werkstand: 66. Rn. 84. Se även Krebber, S., ”Art 157 AEUV” i Callies, C., och Ruffert, M., *EU/VAEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, C.H. Beck, Munich, 2016, Rn. 73.

⁶² Se dom av den 17 oktober 1995, Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:322, punkt 21).

⁶³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 november 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, punkt 32), som inte längre hänvisar till kravet på en ”strikt tolkning”, eller dom av den 19 mars 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, punkt 39) och dom av den 30 september 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, punkt 24). Se även analogt dom av den 22 januari 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, punkt 65).

91. Jag anser därför att artikel 157.4 FEUF ska tolkas så, att den enligt reglerna om ”positiv särbehandling” tillåter åtgärder som annars skulle hindras av den princip om likabehandling som föreskrivs i direktiv 79/7, så länge dessa åtgärder syftar till att säkerställa ”full jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet” och att föreskriva ”särskilda förmåner för att göra det lättare för det underrepresenterade könet att bedriva en yrkesverksamhet” eller ”för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären”.

92. Det finns dock en annan preliminär fråga: Är artikel 157.4 FEUF tillämplig på området social trygghet? Detta område omfattas nämligen av en särskild ordning, som delvis är avskuren från alla andra instrument inom området likabehandling av kvinnor och män i fråga om arbetsvillkor och löner, och som endast omfattas av de ”gamla” direktiv som antagits på grundval av artikel 235 i EEG-fördraget (nuvarande artikel 352 FEUF).⁶⁴

93. Ur ett vidare perspektiv ska det emellertid understrykas att, utesluta det område som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 79/7 från tillämpningsområdet för artikel 157.4 FEUF skulle få den paradoxala följden att området social trygghet isoleras och utesluts från målet med denna bestämmelse att uppnå verklig jämlikhet i sak. Detta beror på att bestämmelserna i direktiv 79/7, som föreskriver en möjlighet till undantag, artikel 4.2 och artikel 7 inte är väl lämpade som medel för positiv särbehandling. Detta beror till största delen på den snäva tolkning som båda förtjänar, men också, och mer specifikt, på deras skilda strukturer och syften.

94. Såsom redan angetts utgör dessutom direktiv 79/7 den sista resten av jämställdhetslagstiftningen från 1970- och 1980-talen som fortfarande finns kvar. Språkets skönhet, klarhet och enkelhet, som med tanke på den rättsliga utformningen i dag endast kan beundras, bör inte förringa det faktum att den sociala verklighet som förelåg och tacklades 1978 med nödvändighet skiljer sig från den vi står inför fyrtio år senare.

95. Med beaktande av samtliga dessa tillägg anser jag emellertid fortfarande att det ur systematisk och logisk synvinkel är att föredra att artikel 157.4 FEUF under vissa förhållanden kan godtas som motivering för snävt utformade åtgärder inom området social trygghet som omfattas av direktiv 79/7, men som synbarligen strider mot dess bestämmelser, framför det alternativ som förespråkas av INSS och den spanska regeringen, det vill säga att börja tolka och i praktiken ändra begreppen i direktiv 79/7 mot bakgrund av artikel 157.4 FEUF och någon sorts vision om jämlikhet (i sak).⁶⁵

96. Såsom redan tagits upp ovan godtas det enligt artikel 4.2 i direktiv 79/7 att män och kvinnor inte kan jämföras när det handlar om just moderskap, men den föreskriver inte i sig någon specifik möjlighet till ”positiv särbehandling”.⁶⁶ De begreppsmässiga grunderna för positiv särbehandling delar visserligen vissa element med resonemanget som ligger grund för besluten om att moderskap inte är jämförbart just på grund av den särskilda situation som innebär en nackdel för en av de

64 Övriga ”gamla” direktiv inom detta område har antingen omarbetats genom direktiv 2006/54 – vars rättsliga grund är artikel 157.3 FEUF – eller ändrats genom rättsakter som antagits på samma rättsliga grund (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), direktiv 76/207, 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) och rådets direktiv 86/613/EEG av den 11 december 1986 om tillämpningen av principen om likabehandling av kvinnor och män med egen rörelse, bland annat jordbruk, samt om skydd för kvinnor med egen rörelse under havandeskap och moderskap (EGT L 359, 1986, s. 56)).

65 Punkt 50 ovan.

66 Jämför punkterna 41 och 50 i detta förslag till avgörande.

identifierade grupperna och för målet att uppnå jämlikhet i sak.⁶⁷ Åtminstone inom området könsdiskriminering betraktas emellertid dessa två begreppskategorier – moderskap som en av de faktorer som utesluter jämförbarhet och möjlighet att tillämpa positiv särbehandling för att avhjälpa eller kompensera nackdelar som drabbar kvinnor – som separata i lagstiftning och rättspraxis.⁶⁸

97. Detta är ingen tillfällighet. Logiken bakom de båda undantagen skiljer sig åt: Ett undantag för att skydda kvinnor på grund av moderskap, såsom artikel 4.2 i direktiv 79/7, bygger på bristande jämförbarhet med avseende på en mycket specifik biologisk verklighet som aldrig kommer att förändras. Det syftar inte till att avhjälpa eller kompensera en befintlig obalans eller strukturell nackdel, som kan komma att försvinna med sociala framsteg. Artikel 4.2 i direktiv 79/7 gäller oberoende av eventuell tidigare ogynnsam behandling eller underrepresentation.

98. Åtskillnaden är dessutom av stor betydelse med hänsyn till den funktion och de mål som eftersträvas med undantaget och positiv särbehandling. Många av de nackdelar som kvinnor drabbas av härrör från en socialt konstruerad roll som tillskrivs dem, och en vid tolkning av undantaget för moderskap, som omfattar ”moderskap” generellt, kommer sannolikt att befästa och ytterligare stärka dessa roller, vilket strider mot själva syftet med positiv särbehandling.

99. När det gäller artikel 7 i direktiv 79/7 utgör dess begränsade tillämpningsområde, som är kopplat till direktivets progressiva karaktär, en viktig invändning mot denna bestämmelse som en lämplig väg för positiv särbehandling inom området social trygghet. Såsom redan har konstaterats är syftet med denna bestämmelse inte så mycket kopplat till idén om verklig jämlikhet, utan till syftet att bibehålla vissa befintliga skillnader till ”förmån” för kvinnor, samtidigt som den finanspolitiska balansen i de sociala trygghetssystemen bevaras.⁶⁹

100. Att utesluta social trygghet från tillämpningsområdet för artikel 157.4 FEUF skulle sammanfattningsvis innebära att direktiv 79/7 skulle vara det enda särskilda sekundärrättsliga instrument på det socialpolitiska området som genomför den unionsrättsliga principen om jämställdhet mellan kvinnor och män och som inte omfattas av den materiella likabehandlingsprincipen enligt artikel 157.4 FEUF som den allmänna bestämmelsen om ”positiv särbehandling” på grund av kön.

101. Jag anser att denna konsekvens är svår att anamma. Således bör artikel 157.4 FEUF också tjäna till att motivera en nationell åtgärd som i annat fall skulle vara diskriminerande inom den särskilda rättsliga ram som fastställs i tillämplig sekundärrätt, däribland direktiv 79/7, eftersom en sådan åtgärd uppfyller kraven i denna bestämmelse i fördraget, nämligen att dessa åtgärder syftar till att säkerställa ”full jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män” och föreskriva ”särskilda förmåner för att göra det lättare för det underrepresenterade könet att bedriva en yrkesverksamhet” eller ”förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären”.

⁶⁷ Se, till exempel, dom av den 18 mars 2004, Merino Gómez (C-342/01, EU:C:2004:160, punkt 37), där artikel 2.3 i direktiv 76/207 är kopplad till syftet att ”åstadkomma jämställdhet i sak snarare än i form”. Se även dom av den 30 april 1998, Thibault (C-136/95, EU:C:1998:178, punkt 26).

⁶⁸ Detta bekräftas av det faktum att åtgärderna för skydd av kvinnor på grund av moderskap och positiv särbehandling omfattas av olika rättsliga grunder, vilket kommissionen gjorde gällande vid förhandlingen. Undantaget avseende mammaledighet föreskrivs i artikel 28.1 i direktiv 2006/54, medan den allmänna bestämmelsen om positiv särbehandling återfinns i artikel 3 i direktivet. Detta var även fallet med direktiv 76/207, där två olika bestämmelser även avsåg dessa olika kategorier (artikel 2.3 och 2.4 – efter ändring, artikel 2.7 och 2.8). Olika bestämmelser avser även undantaget ”moderskap” och ”positiv särbehandling” (artikel 4.2 och artikel 6) i rådets direktiv 2004/113/EG av den 13 december 2004 om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster (EUT L 373, 2004, s. 37). Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Tesouro i målet Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, punkt 17), som verkar beskriva artikel 2.3 i direktiv 76/207 som en åtgärd för ”positiv särbehandling”.

⁶⁹ Se fotnot 52 ovan och där angiven rättspraxis.

2. Kompensation för nackdelar i yrkeskarriären

102. Kommissionen har, trots att den har godtagit att artikel 157.4 FEUF eventuellt kan tillämpas på området social trygghet, gjort gällande att den åtgärd som är i fråga i förevarande mål inte kan omfattas av det undantag för ”positiv särbehandling” som föreskrivs i den artikeln på grund av den tolkning som domstolen har gjort av artikelns föregångare i domarna Griesmar och Leone.

103. I domen Griesmar tolkade domstolen artikel 6.3 i avtalet om socialpolitik⁷⁰ i ett mål som gällde en barnkredit som tilldelades kvinnliga tjänstemän inom ramen för ett tjänstepensionssystem. Domstolen fann att denna åtgärd inte omfattades av de åtgärder för positiv särbehandling som avses i artikel 6.3 i avtalet om socialpolitik. Åtgärden föreföll inte utgöra ”en kompensation för de nackdelar som kvinnliga tjänstemäns karriärer utsätts för, genom att stödja dessa kvinnor i yrkeslivet”. Domstolen observerade i stället att ”[d]enna åtgärd ger däremot endast kvinnliga tjänstemän som är mödrar ett ökat antal tjänsteår då de pensioneras, utan att underlätta de problem de kan stöta på under sin yrkeskarriär”.⁷¹ Detta bekräftades i domen Leone,⁷² liksom i flera domar avseende fördragsbrott gällande vissa fördelar som kvinnliga tjänstemän har fått när det gäller pensionsålder och antalet tjänsteår som krävs för att få rätt att gå i pension.⁷³

104. Vid första anblicken är även övervägandena i dessa domar fullt giltiga för diskussionen om artikel 157.4 FEUF i förevarande mål. Moderskapstillägget påverkar nämligen pensionsrättigheterna efter det att bestående invaliditet konstaterats och inte under klagandens yrkeskarriär.

105. En närmare granskning avslöjar emellertid att det finns två problem med en sådan analogi: ett som är mer tekniskt och ett som är principbaserat.

106. Först det mer *tekniska* argumentet: rättspraxis i domarna Griesmar och Leone behöver inte nödvändigtvis tolkas så, att den helt utesluter möjligheten att tillämpa artikel 157.4 FEUF i varje situation som har samband med behovet av att kompensera tidigare nackdelar. Uttalandena i dessa domar ska bedömas mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet. Om den *enda åtgärd* som finns för att åtgärda ett strukturellt problem som klyftan mellan könen består av kompensation efter pensioneringen, är det faktiskt berättigat att påpeka att de nationella bestämmelserna inte löser de problem som kvinnor ställs inför under sin yrkeskarriär. Under sådana omständigheter skulle ett tillhandahållande endast av kompensation efter pensioneringen kunna bidra till att vidmakthålla en traditionell fördelning av kvinnors och mäns roller genom att ge män en underordnad roll i förhållande till kvinnor i fråga om utövandet av deras föräldransvar,⁷⁴ där kvinnor faktiskt endast får en ”betalning” i slutet av sin karriär.

107. Situationen är enligt min uppfattning ganska annorlunda när en nationell åtgärd, såsom den som är i fråga i förevarande mål, ingår i ett *mer omfattande* system med nationell rätt som omfattar olika åtgärder som syftar till att faktiskt avhjälpa de problem som kvinnor ställs inför under sin yrkeskarriär. Om det finns ett allmänt rättsligt sammanhang som syftar till att kompensera de nackdelar som kvinnor utsätts för genom att stödja dem *under deras yrkesliv* kan det i princip inte uteslutas att en åtgärd vars verkan är att *kompensera tidigare nackdelar* med rätta kan utformas i enlighet med

70 Ursprunget till artikel 157.4 FEUF är artikel 6.3 i avtalet om socialpolitiken mellan Europeiska gemenskapernas medlemsstater med undantag av Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland (EGT C 191, 1992, s. 91) som har integrerats i gemenskapsrätten genom protokoll nr 14 om socialpolitik, bilagt till Maastricht-fördraget.

71 Dom av den 29 november 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648, punkt 65). Min kursivering.

72 Dom av den 17 juli 2014 (C-173/13, EU:C:2014:2090, punkterna 100–103).

73 Dom av den 13 november 2008, kommissionen/Italien, (C-46/07, ej publicerad, EU:C:2008:618, punkt 57) och dom av den 26 mars 2009, kommissionen/Grekland, (C-559/07, ej publicerad, EU:C:2009:198, punkt 66–68).

74 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 mars 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, punkt 41) och dom av den 30 september 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, punkt 36).

artikel 157.4 FEUF. En sådan åtgärd skulle faktiskt vara *underordnad* det huvudsakliga systemet med kompensationsåtgärder under yrkeslivet. Det skulle vara en avhjälpande och tillfällig åtgärd för att med tanke på rättvisan mellan generationerna ta itu med situationen för dem som inte har kunnat dra nytta av utvecklingen mot jämlikhet i det sociala trygghetssystemet.

108. Om en sådan rimlig och rent materiell tolkning av tillämpningsområdet för artikel 157.4 FEUF inte omfattades skulle det, enligt min uppfattning, vara dags att ompröva domstolens tillvägagångssätt på principiell nivå.

109. För det första har vi ordalydelsen i artikel 157.4 FEUF. Den syftar tydligt på målet att säkerställa jämlikhet i praktiken genom att inte endast omfatta åtgärder som syftar till att underlätta *tillträdet* och förhindra nackdelar,⁷⁵ utan även att *kompensera* för dessa nackdelar. Denna bestämmelse har, enligt min mening, företrädare framför det kanske inte helt ändamålsenliga motsatsförhållandet mellan lika möjligheter och jämlikhet i avgöranden som till stor del har dominerat den tidigare rättspraxisen avseende tolkningen av olika rättsliga bestämmelser.⁷⁶

110. För det andra måste tolkningen av tillämpningsområdet för artikel 157.4 FEUF logiskt anpassas till det berörda områdets särdrag. Om artikel 157.4 FEUF är tillämplig på det område som omfattas av direktiv 79/7, måste kompensation för nackdelar i yrkeskarriären med nödvändighet omfatta konsekvenserna av tidigare nackdelar. Jag kan inte se hur det skulle kunna vara på annat sätt på socialförsäkringsområdet, där nackdelarna med pensioner främst kommer att bli kännbara när personen lämnar arbetsmarknaden. Det är svårt att se hur frågan om den *nuvarande* pensionsklyftan mellan kvinnor och män skulle kunna lösas genom att kvinnor lättare får tillträde till arbetsmarknaden eller genom åtgärder som viddas medan de fortfarande är aktiva på arbetsmarknaden (dessa åtgärder skulle i *framtiden förhindra en potentiell* pensionsklyfta mellan kvinnor och män), samtidigt som man kategoriskt utesluter alla åtgärder som skulle bli tillämpliga när de lämnar arbetsmarknaden (där det verkliga och mer akuta problemet finns).

111. För det tredje skulle ett sådant synsätt enligt artikel 157.4 FEUF leda till ett alltför snävt och utestängande resultat, eftersom det skulle medföra en förlängning av de nackdelar som kvinnor drabbas av under hela yrkeskarriären fram till pensionen.⁷⁷ Det praktiska resultatet skulle vara moraliskt tveklaktigt, eftersom full jämlikhet i praktiken endast gäller lika möjligheter *under arbetslivet* kan ingen efter det att de lämnat arbetsmarknaden någonsin kompenseras, även om nackdelen klart följer av ojämlikhet under arbetslivet och logiskt sett kommer att ske senare. I ett sådant scenario skulle principen om lika möjligheter endast vara användbar om den innebar en lika stor möjlighet att förändra det förflutna.

112. Jag föreslår därför att inte bara artikel 157.4 FEUF kan åberopas för att motivera en nationell åtgärd som i annat fall skulle vara diskriminerande inom den särskilda rättsliga ram som fastställs i unionens sekundärrätt, däribland direktiv 79/7, utan att den också kan åberopas för åtgärder som syftar till att kompensera nackdelar under yrkeskarriären som, även om de har sitt ursprung i ojämlikhet under yrkeslivet, endast visar sig senare, efter det att personen i fråga har lämnat arbetsmarknaden.

⁷⁵ Det bör även noteras att artikel 23 i stadgan förefaller omfatta inte enbart det ekvationsled som gäller "tillträde" utan att den omfattar mer än så: "Principen om jämställdhet utgör inget hinder för att behålla eller besluta om åtgärder som innebär särskilda förmåner för det underrepresenterade könet."

⁷⁶ Se, särskilt när det gäller uteslutande av strategier för "positiv särbehandling" som kan innefatta en "resultatorienterad" strategi som syftar till att kompensera det förflutna, förslag till avgörande av generaladvokaten Tesouro i målet Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, punkt 9). Se även, när det gäller denna diskussion, förslag till avgörande av generaladvokaten Poirares Maduros i målet Briheche (C-319/03, EU:C:2004:398, punkterna 48–50).

⁷⁷ Överensstämmer på denna punkt med förslag till avgörande av generaladvokaten Jääskinen i målet Amédée (C-572/10, EU:C:2011:846, punkterna 58 och 59), och förslag till avgörande av generaladvokaten Jääskinen i målet Leone (C-173/13, EU:C:2014:117, punkt 57).

113. Enligt EU-lagstiftningen är det dock uppenbart att åtgärder för positiv särbehandling omfattas av proportionalitetstestet, vilket kräver att undantagen håller sig inom gränserna för vad som är lämpligt och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet. Likabehandlingsprincipen ska i så stor utsträckning som möjligt förenas med de sålunda eftersträvade målen.⁷⁸

114. Jag ska nu behandla dessa krav inom ramen för förevarande mål.

3. Förevarande mål

115. INSS och den spanska regeringen har insisterat på att den omtvistade förmånen ska anses vara av kompletterande karaktär. Enligt de berörda parterna överensstämmer ”moderskapstillägget” med den bredare rättsliga ram som syftar till att kompensera effekterna på pensionerna av de nackdelar som kvinnor drabbas av under sitt yrkesliv. Flera åtgärder har beskrivits, bland annat åtgärder för att kompensera för bidrag under perioden efter förlossning, mammaledighet och föräldraledighet samt åtgärder på sysselsättningsområdet, t.ex. garantier för längre perioder av pappaledighet. Dessa åtgärder gäller dock inte retroaktivt och kan därför inte avhjälpa situationen för äldre generationer som inte kunde dra nytta av dem. Med hänsyn till dessa åtgärder har den spanska regeringen dessutom gjort gällande att behovet av att bibehålla ”moderskapstillägget” i framtiden kommer att omprövas med jämna mellanrum.

116. Samtliga dessa omständigheter skulle behöva prövas av den nationella domstolen för att bedöma om den omtvistade åtgärden verkligen har en kompletterande kompensatorisk karaktär inom ramen för ett mer omfattande system, som i själva verket syftar till att kompensera de nackdelar som kvinnor drabbas av under sitt yrkesliv.

117. Även om det är teoretiskt möjligt att tillämpa artikel 157.4 FEUF på förevarande mål, måste jag emellertid dra slutsatsen att den aktuella förmånen, såsom den har presenterats för domstolen i sin nuvarande form, under alla omständigheter inte uppfylla det proportionalitetskrav som föreskrivs i denna bestämmelse. På denna punkt delar jag kommissions uppfattning att åtgärden i fråga inte är förenlig med proportionalitetsprincipen.

118. För det första ska det, med avseende på den omtvistade åtgärdens lämplighet, påpekas att den inte är tillämplig på icke-avgiftsfinansierade pensioner som kan sägas påverkas mer av skillnader mellan könen, med tanke på att kvinnor av äldre generationer löper större risk att inte ens uppnå det antal år som krävs för att göra anspråk på avgiftsfinansierade pensioner.

119. För det andra gäller åtgärden, vilket kommissionen noterar, endast de pensioner som började betalas ut under 2016, vilket innebär att kvinnor från generationer som med största sannolikhet påverkas av klyftan mellan könen inte omfattas. Enligt min mening skapar denna omständighet en så stark dissonans mellan åtgärdens (officiellt angivna) syfte och de medel som valts för dess förverkligande att den blir olämplig för att uppnå det angivna målet.⁷⁹

⁷⁸ Se, med avseende på artikel 2.4 i direktiv 76/207, dom av den 19 mars 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, punkt 39) och dom av den 30 september 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, punkt 24). Se generellt mitt förslag till avgörande i Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, punkt 111).

⁷⁹ Faktum är att det rimligen kan antas att en sådan socialpolitisk åtgärd inte avhjälper följderna av det förflutna men att den dessutom snarare skulle leda till att den traditionella rollfördelning vars effekter den är avsedd att avhjälpa i framtiden, i stället befasts.

120. För det tredje uppfyller åtgärden i fråga inte kravet på nödvändighet. Artikel 60.1 LGSS är beroende av ett enda automatiskt kriterium, nämligen könstillhörighet. Direktivet är endast tillämpligt på kvinnor och beaktar inte över huvud taget mäns situation i jämförbara situationer. Det finns ingen möjlighet att tillämpa samma åtgärd på män som har drabbats av avbrott i karriären eller minskade bidrag i samband med vårdsnaden om sina barn.⁸⁰

121. Det är på sin plats med en avslutande anmärkning. Varken legitimiteten i det mål som eftersträvas med den nationella åtgärden eller det statistiska bevismaterial som de nationella myndigheterna har lagt fram som bevis på att klyftan mellan könen är ett strukturellt problem har ifrågasatts. Jag anser dessutom att de nationella bestämmelser på området social trygghet som syftar till att undanröja klyftan mellan kvinnor och män genom kompensation skulle kunna eftersträvas med stöd av artikel 157.4 FEUF. Artikel 60.1 LGSS uppfyller emellertid inte kraven på vare sig lämplighet eller nödvändighet, vilket krävs för att uppfylla proportionalitetsprincipen, som ska iaktas för att en sådan åtgärd ska vara tillåten enligt artikel 157.4 FEUF.

122. Dessa överväganden leder till slutsatsen att den åtgärd som är i fråga i förevarande mål inte är tillåten enligt artikel 157.4 FEUF och att den därför är oförenlig med unionsrätten.

V. Förslag till avgörande

123. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska besvara den fråga som hänskjutits av Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (arbets- och socialförsäkringsdomstol nr 3, Girona, Spanien) på följande sätt:

Artikel 4.1 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 trygghet ska tolkas så, att den utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse som den som är i fråga i förevarande mål, som beviljar kvinnor som är mödrar till två eller flera barn och som beviljats rätt till en avgiftsfinansierad pension vid bestående invaliditet efter dess ikraftträdande ett pensionstillägg, men som däremot inte föreskriver någon möjlighet att bevilja denna rättighet till män i någon situation.

⁸⁰ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 november 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, punkt 57). När det gäller funktionen för "undantagsregler" som öppnar för positiv särbehandling och särskilda åtgärder för män under särskilda förhållanden, se dom av den 11 november 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, punkt 33), dom av den 28 mars 2000, Badeck m.fl. (C-158/97, EU:C:2000:163, punkt 36) och dom av den 19 mars 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, punkt 45).