

Den EG-rättsliga likhetsprincipen versus den europeiska enförsörjarfamiljen

av Anna Christensen

Första stycket i artikel 119 i Romfördraget har följande lydelse.

Varje medlemsstat skall under den första etappen säkerställa och i fortsättningen upprätthålla principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete.

Bestämmelsen är en del av det ursprungliga Romfördraget. Den infördes på begäran av Frankrike, som då hade genomfört likalöneprincipen och fruktade konkurrens inom textilindustrin i form av social dumpning från Benelux-länderna, som inte hade genomfört likalöneprincipen.

Likalöneprincipen – en ny konstitutionell princip

Gabrielle Defrenne var flygvärdinna och anställd hos det belgiska flygbolaget Sabena. Hon hade lägre lön än den manliga kabinpersonalen, som utförde precis samma arbete. Hon kunde, i motsats till den manliga kabinpersonalen, sägas upp från sin anställning vid 40 års ålder utan andra rättigheter än ett avgångsvederlag motsvarande tolv månadslöner. Det fanns en särskild statlig pensionsordning för kabinpersonalen inom civilflyget, dvs. i huvudsak kabinpersonalen hos Sabena, men denna pensionsordning omfattade bara den manliga kabinpersonalen, inte flygvärdinnorna. Inte mindre än tre omtalade mål i EG-rättens historia gäller Gabrielle Defrennes pensions-, löne- och arbetsvillkor. De brukar kallas Defrenne 1, 2 och 3.

Defrenne 2 gällde den direkta lönen för arbetet, som alltså var lägre för kvinnor än för män. EG-domstolens dom i detta mål kom 1976 och slog ner som en bomb i ett Europa, där man på många håll fortfarande tillämpade särskilda kvinnolöner som var lägre än de löner som betalades till män för samma arbete. Visst fanns bestämmelsen i artikel 119 i Romfördraget om lika lön för män och kvinnor för lika arbete. Enligt fördraget skulle medlemsländerna ha genomfört likalöneprincipen redan under den första etappen i upprättandet av

den gemensamma marknaden, men medlemsstaterna och de beslutande EG-organen hade kommit fram till att detta inte var möjligt. Man måste först ena sig om ett direktiv som angav hur och när den skulle genomföras. Direktiv på detta område kräver ett enhälligt beslut av medlemsstaterna i ministerrådet. För säkerhets skull hade statscheferna i de olika medlemsländerna träffats och kommit överens om att ge varandra uppskov med genomförandet av likalöneprincipen i artikel 119.

EG-domstolen förklarade emellertid, att artikel 119, som ju är utformad på ett klart och tydligt sätt, har direkt effekt även mot ett privat rättssubjekt som flygbolaget Sabena. Flertalet artiklar i Romfördraget måste konkretiseras och förtydligas genom annan rättslig lagstiftning som direktiv eller förordningar. Direktiven måste i sin tur "implementeras" i de olika länderna genom nationell lagstiftning. Först därefter kan de EG-rättsliga principerna slå igenom i ett enskilt fall. "Direkt effekt" betyder just det som uttrycket anger, nämligen att regeln skall tillämpas direkt av den nationella domstolen utan mellankommande direktiv och nationell lagstiftning. Den direkta effekten motiverades i detta fall av artikelns dubbla syfte. Dels skulle den hindra att de medlemsländer som lojalt hade genomfört likalöneprincipen fick en konkurrensnackdel i förhållande till de länder som inte hade följt fördraget i denna del. Dels syftade bestämmelsen till att förbättra arbetstagarnas villkor. Detta dubbla syfte gav likalöneprincipen en central plats i Romfördraget som en av de fundamentala bestämmelserna. Därför kunde den också tillämpas direkt även mot ett privat flygbolag.

Flera av medlemsstaterna och även kommissionen hade intervenerat i målet och förklarat att det var allas mening att artikel 119 inte skulle ha någon direkt effekt, men det hjälpte inte. EG-domstolens enda eftergift till den hittills härskande meningen var att domen inte skulle ha retroaktiv effekt, utan bara gälla för framtiden och för de som väckt talan om tillämpning av artikel 119 före domen i målet. Såvitt jag vet var det bara Gabrielle Defrenne som utmanat den rådande ordningen genom att ta detta steg.

Man har diskuterat varför EG-domstolen, denna mycket manliga församling, valde att tillämpa artikel 119 på detta oväntade sätt. Det var nämligen fråga om ett val. Det finns inga vedertagna juridiska principer som ger vid handen att den tolkning av fördraget som EG-domstolen gjorde, nämligen att artikel 119 hade direkt effekt, var mer "juridiskt korrekt" än den tolkning som medlemsländerna och kommissionen hade utgått från, nämligen att artikel 119 inte hade någon sådan effekt. Frågan om hur långt Gemenskapens regler kan sträckas i förhållande till den nationella lagstiftningen framgår inte av Romfördraget och kan inte heller härledas ur några statsrättsliga principer. Den vanliga förklaringen är att EG-domstolen använde Defrenne-fallet och artikel 119 som en murbräcka för att ge EG-rätten ett inflytande över den nationella lagstiftningen även inom det sociala området.

En annan fråga är hur det kunde komma sig att alla, medlemsländerna,

ministerrådet och kommissionen, accepterade domstolens val som gällande rätt, ett val som ställde till sådana problem i medlemsländerna. I ett land som Sverige, där politiken alltid står över juridiken och där en domstol kan åsidosätta en lag endast under förutsättning att den "uppenbart" strider mot grundlagen, ter sig detta nästan obegripligt. Flertalet medlemsländer har emellertid en annan konstitutionell tradition som innebär, både att det finns konstitutionella bestämmelser och principer som kan ha ett bestämmande inflytande över den "vanliga lagstiftningen", och att det finns en författningsdomstol som med bindande verkan för politikerna tolkar den givna konstitutionen. De centrala bestämmelserna i de fördrag som konstituerar den Europeiska Gemenskapen uppfattas som en konstitution och EG-domstolen är den instans som tolkar denna konstitution.

Likalöneprincipen fick genom domen i Defrenne 2 en konstitutionell karaktär och genom den fortsatta rättsutvecklingen har den vuxit ut till en mer generell princip om jämställdhet mellan könen, som inte bara omfattar arbetslönen i snäv bemärkelse, utan även de nationella fördelningssystem som kompletterar arbetslönen, nämligen den statliga socialförsäkringen och de olika yrkes- och företagsbaserade trygghetssystemen, inte minst pensionerna. Det är likhetsprincipens genomslag i dessa kompletterande fördelningssystem som är ämnet för denna uppsats.

Arbetslönen och socialförsäkringen

Men jag måste ändå börja med arbetslönen, arbetslönen som ett sätt att fördela resurser. Vi är vana att se på lönen och arbetet, inte som ett sätt att fördela resurser, utan som en bytesrelation där lönen bestäms av arbetets värde på marknaden. Det är riktigt på den nivå i samhället som utgörs av relationen mellan den enskilda arbetstagaren och det enskilda företaget. Men det aggregerade resultatet av alla dessa bytesrelationer blir på den samhälleliga nivån någonting annat, nämligen ett sätt att fördela resultatet av den gemensamma produktionen. Huvuddelen av produktionsresultatet i ett modernt industrialiserat samhälle fördelas via arbetslöner och andra typer av ersättningar för utfört arbete.

Fördelningen av resurser i det förindustriella samhället var organiserad på ett annat sätt och följde andra normativa mönster. Arbetet var en integrerad del av det sociala livet i den ekonomiska och sociala enhet man tillhörde. Någon egentlig marknad för arbete hade ännu inte uppstått. Den som fördelade resurserna i den givna ekonomiska enheten hade en plikt att sörja för alla som "hörde till" och denna försörjning skulle i åtminstone tillgodose de mest grundläggande levnadsbehoven. Försörjningsplikten omfattade inte bara den

som utförde arbetet utan hela familjen och den omfattade även de perioder i livet då personen ifråga inte kunde utföra något arbete. Husbonden hade en plikt att sörja för de ”lytta och åldersstigna hjon” som troget hade tjänat honom under sin aktiva tid.

Det nya fria arbetsavtalet inom industrin bröt sönder denna fördelnings- och försörjningsordning. Det fria arbetsavtalet innebar för det första att arbetet och ersättningen för arbetet lösgjorde sig från den mera omfattande sociala relationen i det förindustriella samhället och blev just till ett särskilt avtal, och för det andra att det uppstod en marknad för arbete och att lönen storlek bestämdes av arbetets värde på denna marknad. Det var en gradvis process. Försörjningsaspekten var länge en integrerad del av de principer som styrde lönesättningen i industrisamhället. Försörjarlönerna till de vuxna männen, de låga kvinnolönerna och de låga lönerna till ungdomar utan eget hushåll måste förklaras på detta sätt. Dessa löneskillnader mellan olika sociala grupper, skillnader som tidigare var mycket stora, kan inte förklaras utifrån principen om arbetets värde på en marknad. Tvärtom tenderar en fri marknad att utjämna dessa sociala löneskillnader – om än inte helt och hållet. Inte ens den fria marknaden kan helt frigöra sig från andra sociala mönster i samhället.

Den nya principen om arbetsförhållandet som en bytesrelation, där lönen utgår i förhållande till värdet och mängden av utfört arbete, lämnar åtskilliga luckor i försörjningen. Någon lön utgår inte när arbetaren är för sjuk eller för gammal för att utföra något arbete och arbetslönen är inte relaterad till hushållets försörjningsbehov. Principen om lön för utfört arbete måste alltså kompletteras med andra försörjningssystem.

Redan under 1800-talet uppstod i Europa olika typer av ”friendly societies”, frivilliga försäkringsordningar utan vinstsyfte som gav ersättning vid t.ex. sjukdom och dödsfall. De fackliga organisationerna organiserade arbetslöshetskassor. Dessa frivilliga ordningar blev dock aldrig heltäckande. De som bäst behövde dem hade inte råd att vara med. Dessa frivilliga ordningar har nu i stort sett spelat ut sin roll. De har ersatts av den statliga socialförsäkringen, olika yrkes- och företagsbaserade trygghetssystem och av privata försäkringar.

Redan på 1880-talet inrättades i Tyskland ett obligatoriskt trygghetssystem för den nya industriarbetarklassen, som täckte arbetsolyckor, sjukdom, invaliditet och ålderdom. Det utformades som ett försäkringssystem finansierat genom avgifter från arbetsgivare och arbetstagare. Systemet brukar kallas Bismarck-systemet och har sedan stått modell för andra statliga socialförsäkringssystem i Europa. Bismarck-systemet var till en början begränsat till industriarbetarklassen och skulle bara täcka de grundläggande levnadsbehoven. Undan för undan utvidgades systemet till att täcka hela befolkningen och det skedde också en successiv normativ förskjutning genom att ersättningsnivån relaterades till värdet och mängden av tidigare utfört arbete. Samma utveckling ägde rum i de övriga kontinentala länderna och i de nordiska länderna. Inkomstbortfallsprincipen och intjänandeprincipen innebär att socialförsä-

kringssystemet närmar sig de normativa mönster som präglar lönesystemet.

Här skiljer sig det engelska socialförsäkringssystemet från de andra europeiska systemen. Den s.k. Beveridge-modellen täcker bara grundläggande levnadsnivå. Arbetslöshetsersättningen utgår med exakt samma belopp som socialbidraget. Den enda skillnaden är att socialbidraget är behovsprövat. I länder där den obligatoriska statliga socialförsäkringen eller vissa delar av den bara täcker grundläggande levnadsnivå kompletteras den som regel av arbetsmarknadsrelaterade trygghetsordningar och andra försäkringsordningar.

Den nya principen om arbetsförhållandet som en ren bytesrelation utan andra sociala förpliktelser ledde inte bara till social nöd. Den var också ett hot mot industrins behov av en lojal och stabil arbetskraft. Redan under 1800-talet uppstod i Frankrike en motrörelse, där ”de goda arbetsgivarna” slöt sig samman för att skapa en patriarkaliskt styrd arbetsorganisation som också innefattade ett socialt ansvar för de underställda arbetarna. En viss del av lönen var betalning för utfört arbete, en annan del var ”social”, en erkänsla för arbetarens lojalitet och trofasthet. Den sociala delen av lönen var relaterad till försörjningsbehovet och innefattade t.ex. sjuklön och pensioner vid invaliditet. Denna tradition levde vidare långt in på 1900-talet. Det franska barnbidraget började som en ”sursalaire” (överböns) som ”de goda arbetsgivarna” förband sig att betala ut till arbetstagare med barn. Efter någon tid organiserade de en privat försäkringsordning för att utjämna den ekonomiska bördan av överböns. I det tredje steget gick den franska staten in och gjorde denna försäkringsordning obligatorisk för alla arbetsgivare. Först ganska sent frigjordes det franska barnbidraget från anställningsförhållandet och blev en statligt bidrag till alla barnföräldrar. Denna patriarkaliska arbetsgivartradition präglade länge den franska utvecklingen. Efterhand förvandlades den till olika sociala trygghetssystem baserade på kollektivavtal. Det var först efter andra världskriget som Frankrike försökte inrätta en mer sammanhängande statlig socialförsäkring. Det är traditioner av detta slag som är bakgrunden till de olika yrkes- och företagsbaserade trygghetssystem som spelar en så stor roll, inte bara i Frankrike utan också i många andra EU-länder.

Socialförsäkringen är numera det viktigaste av de trygghetssystem som kompletterar den direkta arbetslönen. Det gäller inte minst i Sverige. Men dessa olika system måste ses tillsammans för att man skall få en bild av fördelnings- och försörjningsordningen i ett visst land. För att få en fullständig bild måste man också beakta skattesystemet och den familjerättsliga underhållsskyldigheten. Det kommer jag dock inte att göra i denna uppsats, eftersom dessa system åtminstone tills vidare ligger helt utanför den EG-rättsliga kompetensen.

Försörjning i familjen

Den grundläggande enheten i dessa fördelnings- och försörjningssystem var till en början inte individen, utan familjen. Fördelningen skedde på familjenivå och det förutsattes att familjen sedan fördelade de tilldelade resurserna på ett rättvist sätt. Den idealtypiska familjen bestod av mannen – huvudförsörjaren – hans hustru och barnen, även de vuxna barnen som förutsattes bo kvar i föräldrahemmet tills de själva bildade familj. Hustrun arbetade kanske även utanför hemmet, men hennes lön betraktades inte som en nödvändig del av familjens försörjning, utan som ett extra tillskott. Denna idealtypiska familj svarade ganska väl mot hur folk verkligen levde, även i Sverige så sent som på femtiotalet.

William Beveridge, den man som drog upp riktlinjerna för det universella statliga socialförsäkringssystem som infördes i England efter andra världskriget, hade en genomtänkt teori om "husmödrarna" och deras ställning i socialförsäkringen. Alla teorier och system måste utgå från fakta, skrev Beveridge. Fakta i detta sammanhang var hur folk verkligen levde och försörjde sig, och faktum var vid denna tid att det stora flertalet kvinnor upphörde att förvärsarbota utom hemmet när de gifte sig. I och med äktenskapet får kvinnan en ny "ekonomisk status", skrev Beveridge. Hennes huvuduppgift är nu att ta hand om hem och barn. Det är mannens uppgift att försörja familjen genom arbete utom hemmet. Makarna skall i socialförsäkringshänseende inte längre betraktas som individer utan som ett "team". Den sjukersättning eller pension som utgår till den gifte mannen är en "joint benefit", avsedd för bådars försörjning och följaktligen måste den också vara högre än den ersättning som utgår till den ogifte mannen. Att det är fråga om en *joint benefit* visar sig om makarna separerar. Hustrun skall då ha rätt till halva pensionen. Även om den gifte kvinnan fortsätter att arbeta utom hemmet har hon inte samma behov av ersättning från socialförsäkringen som andra förvärsarbetande om denna inkomst faller bort. Det är ju mannen som är huvudförsörjaren och mannens socialförsäkring är anpassad till att han har en hustru att försörja. Däremot måste den gifte kvinnan skyddas från de särskilda risker som är förknippade med äktenskapet som ett sätt att försörja sig, framför allt mannens död. Alltså måste det finnas änkepensioner.

Även de övriga europeiska socialförsäkringssystemen var från början uppbyggda kring denna familjemodell för arbete och försörjning. Tendensen har visserligen gått i riktning mot en individualisering av försörjningen. Varje vuxen individ skall försörja sig själv, som man brukar säga i Sverige. Men det gamla familjerelaterade mönstret för arbete och försörjning finns fortfarande kvar i många europeiska länder. Det är bara att läsa europeisk arbetsmarknadsstatistik. Förvärsfrekvensen bland kvinnor i ett så genomindustrialiserat land som Tyskland är fortfarande ganska låg och många tyska kvinnor arbetar bara kort deltid. Det betyder inte att de tyska kvinnorna svälter eller ens att de

genomsnittligt lever på en lägre ekonomisk standard än männen. Det betyder att de gifte kvinnorna fortfarande får sin huvudsakliga försörjning genom mannens inkomst. Detta påverkar de övriga systemen. Det tyska skattesystemet är utformat på ett sådant sätt att det är möjligt att försörja en familj på en inkomst. Det tyska socialförsäkringssystemet för arbetstagare omfattar inte arbetstagare som arbetar mindre än 16 timmar i veckan. Denna grupp består i huvudsak av gifte kvinnor. Någon egen rätt till ålderspension får dessa kvinnor inte. De får leva på mannens pension och när mannen dör utgår istället änkepension.

Pensionsåldern i det statliga pensionssystemet i England är fortfarande olika för män och kvinnor, för männen 65 år och för kvinnorna 60. Det beror inte, som man kanske kunde tro, på någon föreställning om kvinnan som det svagare könet som inte orkar arbeta lika länge som mannen. Bakgrunden är istället det sociala faktum att den gifte kvinnan som regel är några år yngre än sin man. 1925 infördes i England en avgiftsfinansierad ålderspension som började utgå vid 65 års ålder. Pensionsåldern var densamma för kvinnor och män, men eftersom pensionen förutsatte tidigare förvärsarbete utgick den som regel bara till män. Mannen var emellertid berättigad till ett hustrutillägg förutsatt att även hustrun uppnått pensionsåldern. Det hade hon som regel inte under de första åren efter det att mannen gått i pension och alltså var familjens försörjning under dessa år otillräcklig. En kampanj, som fördes inte minst från kvinnoorganisationerna, ledde till att pensionsåldern för kvinnor år 1940 sänktes från 65 till 60 år. Det är alltså detta som är bakgrunden till den lägre pensionsåldern för kvinnor i England, som senare har vällat sådana problem i förhållande till likhetsprincipen. Uttrycket *Cherchez la Femme* bör i socialförsäkringssammanhang ersättas med *Cherchez la Famille*.

Sverige och de övriga nordiska länderna är de länder där utvecklingen mot en individualisering av försörjningen gått längst. Förvärsfrekvensen bland svenska kvinnor är nästan lika hög som mannens. Följaktligen är också det svenska socialförsäkringssystemet ett jämställt system som utgår från att varje individ faktiskt försörjer sig själv och också skall försörja sig själv. Försörjartilläggen är avskaffade, likaså änkepensionerna. Även de deltidsarbetande kvinnorna (och männen) omfattas av socialförsäkringen. Det nya svenska pensionssystemet innehåller dock vissa eftergifter till ett kvarstående familjerelaterat drag i förvärsarbetet, nämligen de gifte kvinnornas deltidsarbete under åren när barnen är små. Det är detta som ligger bakom de särskilda reglerna om garantipension utöver grundläggande levnadsnivå och de generösa reglerna om pensionsrätt för barnår i det nya svenska pensionssystemet.

Flertalet EU-länder har dock fortfarande ett socialförsäkringssystem som i viktiga delar bygger på det familjerelaterade försörjningsmönstret och det gällde i än högre grad vid den tidpunkt då den EG-rättsliga likhetsprincipen, eller likabehandlingsprincipen om man så vill, började slå igenom i de nationella systemen. Detta är bakgrunden till den utvecklingsprocess som nu skall beskri-

vas. På ena sidan i denna process står alltså den EG-rättsliga likbehandlingsprincipen, på den andra sidan de familje- och könsrelaterade europeiska trygghetssystemen.

Likbehandlingsprincipen versus den statliga socialförsäkringen

Processen börjar 1971 med det första Defrenne-målet, det som Gabrielle Defrenne förde mot den belgiska staten och som gällde hennes statliga pension. Det var det första målet som gällde likbehandlingsprincipen och socialförsäkringen. Enligt anställningsavtalet var Gabrielle Defrenne skyldig att sluta sin anställning vid fyllda 40 år utan annan ersättning från arbetsgivaren än ett avgångsvederlag motsvarande 12 månadslöner. I den belgiska socialförsäkringslagstiftningen fanns en särskild pensionsordning för kabinpersonalen i civilflyget, men denna ordning gällde inte flygvärdinnorna, bara den manliga kabinpersonalen. Det innebar att kvinnorna även i pensionshänseende hade sämre förmåner än männen.

Defrenne hävdade i detta mål att även pensioner som grundas på arbete skall betraktas som lön enligt artikel 119 i Romfördraget. Andra stycket i artikel 119 lyder.

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 anställningen.

Defrennes talan var oerhört skickligt upplagd. Hon hävdade att lönen inte bara består av de förmåner som arbetstagaren får ut direkt som ett vederlag för utfört arbete, utan också den "sociala delen av lönen", alltså t.ex. pensionen. Den aktuella pensionen finansierades genom arbetsgivaravgifter och betalades alltså indirekt av arbetsgivaren. Den statliga pensionsordningen för den manliga kabinpersonalen byggde också på samma principer som en privat pensionsordning genom att den utgick i relation till utfört arbete.

Det är i detta mål som EG-domstolen första gången försöker orientera sig och dra upp gränserna inom det område som ligger mellan den direkta lönen för utfört arbete och det statliga socialförsäkringssystemet. Domstolen resonerade på följande sätt. Artikel 119 omfattar inte bara den direkta lönen, utan även förmåner som av avsedda att ge social trygghet, dock inte förmåner som omedelbart grundar sig på lag och inte till någon del på något moment av avtal inom branschen eller yrket, särskilt inte ålderspensioner som gäller för stora arbetstagargrupper. Skälet är att pensionerna i dessa fall mindre grundar sig på arbetsförhållandet och mer på socialpolitiska överväganden.

Så långt i domen kan man tro att Gabrielle Defrenne är på väg att vinna målet. Den aktuella pensionsordningen var inte någon ordning för stora arbetstagargrupper, utan gällde bara för kabinpersonalen i civilflyget. Visserligen fanns det inte något moment av avtal i själva den statliga pensionsordningen, men det är ju inget tvivel om att den särskilda statliga pensionsordningen på detta område hängde samman med avtalsförhållandena i branschen och med en familje- och könsrelaterad syn på försörjningen. Det förutsattes att det stora flertalet av dessa flygvärdinnor, som undantogs från den statliga pensionsordningen, redan var gifta eller skulle gifta sig och därmed bli försörjda genom mannens lön och mannens pension.

Men EG-domstolen hejdade sig i sista stund och förklarade att artikel 119 *inte heller* kunde tillämpas på de delar av det statliga pensionssystemet som innefattar särregleringar för vissa yrkesgrupper. Denna sista del av domen hänger på något sätt i luften. Den hänger inte alls ihop med de skäl som domstolen anger för att de statliga pensionsordningarna inte skall omfattas av artikel 119. Gabrielle Defrenne nådde ganska långt i detta mål, men inte ända fram. Tiden var ännu inte mogen för att utmana en statlig trygghetsordning, även om den var lika könsbunden som de privata ordningarna.

Sedan var det lugnt fram till mitten av 70-talet. 1975 kom likalönedirektivet, men detta direktiv omfattar bara den direkta lönen, inte t.ex. företagsanknutna pensionsordningar och än mindre den statliga socialförsäkringen. 1976 kom det mera vidsträckt likbehandlingsdirektivet om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män ifråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor. Tanken från början var att likbehandlingsdirektivet också skulle omfatta socialförsäkringen, men så blev det inte. Alla medlemsstater var inte beredda att ändra sina familjerelaterade och därmed könsrelaterade socialförsäkringssystem. Direktiv på detta område kan bara genomföras av ett enhälligt ministerråd.

Först 1979 kunde medlemsstaterna enas om ett direktiv om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet. Direktivet är en kompromiss mellan likbehandlingsprincipen och medlemsstaternas familje- och könsrelaterade socialförsäkringssystem. Det handlar inte om att genomföra likbehandlingsprincipen i ett slag, utan att (försöka) genomföra den successivt. Direktivet omfattar enligt artikel 3 de klassiska riskerna i socialförsäkringen, sjukdom, invaliditet, ålderdom etc., dock inte efterlevandeförmåner och familjebidrag. Det är just inom dessa sistnämnda områden som man i de nationella lagstiftningarna finner bestämmelser som direkt relaterar till kön. Sådana familjeförmåner som utgår som "försörjartillegg" till de vanliga socialförsäkringsersättningarna omfattas dock av direktivet. Kvinnor måste alltså ges rätt till sådana förmåner på samma villkor som männen.

Enligt artikel 4 får det inte förekomma "någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äkten-

skaplig status eller familjestatus", när det gäller systemens räckvidd och villkoren för tillgång till dem. Det är alltså inte tillåtet att utesluta kvinnor eller gifta kvinnor från en viss pensionsordning (jfr den särskilda pensionsordningen för kabinpersonalen i Defrenne 1). Dock kan medlemsstaterna från direktivets tillämplighetsområde undanta könsrelaterade regler om pensionsålder, särskilda regler om pensionsrätt för den som uppfostrat barn, särskilda änkepensioner och vissa typer av pensionstillägg för beroende hustru. Här är det för det mesta fråga om regler som formellt sett gynnar kvinnor och därmed formellt missgynnar männen. Enligt min uppfattning kan dessa regler bara förstås som delar av ett mer omfattande försörjningssystem, som bygger på familjen som en försörjningsenhet.

Medlemsstaterna fick sex år på sig att implementera socialförsäkringsdirektivet i den nationella lagstiftningen och direktivet utlöste en febril lagstiftningsaktivitet. Det var åtskilliga länder som hade bestämmelser i socialförsäkringen som på ett mycket direkt sätt särbehandlade gifta kvinnor genom att utesluta dem från vissa typer av sociala förmåner. När implementeringstiden gick ut hade medlemsstaterna tagit bort de regler som var direkt relaterade till kön, fransett på de områden där det fortfarande är tillåtet att ha sådana regler, t.ex. lägre pensionsålder för kvinnor.

Indirekt diskriminering

Rättsutvecklingen i EG-domstolen kom istället att handla om *indirekt diskriminering*. Indirekt diskriminering föreligger eller kan föreligga när en formellt könsneutral bestämmelse i praktiken drabbar långt fler personer av det ena könet. Om man kan konstatera att det föreligger indirekt diskriminering måste medlemsstaten eller arbetsgivaren visa att bestämmelsen syftar till att uppnå ett mål som inte har något samband med diskriminering på grund av kön och även att bestämmelsen är nödvändig och lämplig för att uppnå det avsedda målet. Artikel 4 i socialförsäkringsdirektivet förbjuder all diskriminering på grund av kön, även indirekt diskriminering.

Rinner-Kühn-fallet från 1989 gällde den tyska sjuklönen. Sjukförsäkringssystemet i Tyskland var och är fortfarande så utformat att arbetsgivaren betalar sjuklön de första sex veckorna. Därefter utgår sjukpenning från den statliga sjukförsäkringen. Arbetsgivarens skyldighet att betala sjuklön bygger på lag och fungerar som en integrerad del av socialförsäkringssystemet. Personer som arbetar "kort deltid" ingår inte i den del av det tyska socialförsäkringssystemet som bygger på förvärsarbete. Följaktligen har de inte heller rätt till sjuklön från arbetsgivaren. Denna grupp består nästan helt och hållet av gifta kvinnor. Ett praktfall av indirekt diskriminering kan man tycka. Bestämmelsen är utfor-

mad på ett könsneutralt sätt, men drabbar i praktiken nästan bara kvinnor.

Ingrid Rinner-Kühn var en kvinna som tillhörde denna grupp. Hennes arbetstid var 10 timmar i veckan, dvs. så kort att hon precis inte nådde upp till den gräns som då gällde för att tillhöra den tyska socialförsäkringen. Det var inte någon slump. Så snart man överskrider denna kritiska gräns blir kostnaderna för arbetet betydligt högre genom att man också måste betala socialförsäkringsavgifter och det finns också andra regler, t.ex. inom skatterätten, som gynnar familjen där kvinnan bara arbetar "kort deltid".

Det var hela denna familjerelaterade struktur som stod på spel i målet. Eftersom det var fråga om sjuklön från arbetsgivaren, inte sjukpenning från den statliga försäkringen, bedömdes frågan inte enligt socialförsäkringssystemet utan enligt artikel 119 och likalönedirektivet. Trots att sjuklönen utgår enligt lag och är helt koordinerad med socialförsäkringssystemet betraktades den alltså som en löneförmån. Domstolen konstaterade mycket riktigt att den formellt könsneutrala bestämmelsen i praktiken drabbade långt fler kvinnor än män och att den tyska staten följaktligen måste visa att det fanns andra skäl som är objektiva och inte har något samband med könsdiskriminering, bakom bestämmelsen. Den tyska staten hade anfört att personer som inte arbetade mer än 10 timmar i veckan inte var lika integrerade och lika beroende av sitt arbete som andra anställda. Den tyska staten måste enligt EG-domstolen visa att bestämmelsen var ett sätt att uppnå ett visst socialpolitiskt mål och ett lämpligt och nödvändigt sätt att uppnå detta mål.

Men – den avgörande frågan om det fanns ett sådant legitimt socialpolitiskt mål bakom bestämmelsen överlämnades till den nationella domstolen att bedöma. EG-domstolen insåg förstås lika väl som alla andra att denna bestämmelse var en del av en socialpolitik som bygger på det traditionella familjemönstret med mannen som huvudförsörjare och alltså i högsta grad var relaterad till kön. Men EG-domstolen undvek att uttala sig i frågan om denna socialpolitik är förenlig med likalöneprincipen.

Rinner-Kühn är ett mycket omskrivet fall och det brukar beskrivas som ett djärvt avgörande med stor principiell betydelse, inte minst för att den lagstadgade sjuklönen bedömdes som lön, inte som socialförsäkring. I praktiken har domen emellertid inte fått några konsekvenser för den tyska socialförsäkringslagstiftningen. Den regel som utesluter personer som bara arbetar kort deltid från den del av den tyska socialförsäkringen som bygger på arbete finns fortfarande kvar. Gränsen har t.o.m. höjts och undantaget omfattar nu de som inte arbetar mer än 15 timmar i veckan.

Utgången skulle naturligtvis ha blivit densamma om målet istället hade gällt sjukpenningen och bedömts enligt socialförsäkringsdirektivet. Den slutsats man kan dra är alltså att EG-domstolen tills vidare inte är beredd att på allvar utmana de socialförsäkringssystem som är uppbyggda kring det gamla familjemönstret. Detsamma gäller tydligen kommissionen. Det är ingenting som hindrar kommissionen från att väcka talan mot Tyskland för att landet inte på

ett riktigt sätt implementerat likalönedirektivet. Men det har kommissionen inte gjort.

Den nya holländska systemet för ålders och invalidpensioner har prövats mot likabehandlingsprincipen i socialförsäkringsdirektivet i en hel rad fall. Det bygger inte på arbete och avgifter, utan på bosättning och skattskyldighet och skall ge en pension motsvarande grundläggande levnadsnivå. Denna statliga grundpension kompletteras av yrkes- och företagsbaserade pensioner som är relaterade till tidigare inkomst. Den grundläggande levnadsnivån i det statliga systemet anknyter till den lagstadgade minimilönen, men är samtidigt relaterad till hushållets inkomster. När den nya pensionsordningen infördes 1975 var gifta kvinnor direkt uteslutna från pensionsrätt. Denna bestämmelse, som uppenbarligen stred mot socialförsäkringsdirektivet, togs bort 1979. Istället infördes ett nytt, formellt könsneutralt villkor om att den försäkrade året före pensionsfallet måste ha haft inkomster över en viss nivå. Självfallet var det många fler kvinnor än män som inte kunde uppfylla det villkoret. Vidare fanns det vissa regler om beräkning av pensionen för de som visserligen uppfyllde inkomstvillkoret, men som bara arbetat deltid och därför inte kommit upp i en inkomst motsvarande den lagstadgade minimilönen för heltidsarbetande. Deras pensioner skulle istället beräknas på de lägre inkomster de faktiskt hade haft. Denna undantagsbestämmelse gällde *bara* dem som på grund av att de arbetat deltid inte kommit upp till en inkomst motsvarande minimilönen för heltidsarbete, inte t.ex. egenföretagare med inkomster som hade understigit denna nivå. Det var alltså tydligt att bestämmelsen i praktiken först och främst drabbade deltidsarbetande kvinnor.

Fallet Ruzius-Wilbrink från 1989 gällde just denna bestämmelse. R-W var en av de många deltidsarbetande kvinnorna i Holland. Hon hade arbetat 18 timmar per vecka och hennes invalidpension beräknades på den årsinkomst hon hade haft i detta arbete och blev därmed lägre än den lagstadgade minimilönen för heltidsarbete. EG-domstolen hänvisade till Rinner-Kühn, konstaterade att den formellt könsneutrala bestämmelsen i huvudsak drabbade kvinnor och att bestämmelsen alltså stred mot artikel 4.1 i socialförsäkringsdirektivet, såvida den inte kunde rättfärdigas av objektiva skäl utan något samband med könsdiskriminering. Men man upprepade inte den del av domsmotiveringen i Rinner-Kühn, som säger att det ankommer på den nationella domstolen ensam att avgöra denna sistnämnda fråga. Domstolens uppfattning tycks ha varit att denna bestämmelse, som så uppenbart missgynnade just gruppen deltidsarbetande i förhållande till andra grupper, borde tas bort. Men detta innebar ju inte någon mer radikal förändring av det familjebaserade holländska pensionssystemet.

Försörjartilläggen

Teuling-fallet, också från Holland, gällde först och främst det förhållandet att pensionen utgår i relation till försörjningsbördan. Den som har en make/maka (könsneutralt!) utan egen inkomst får invalidpension med 100 procent av minimilönen. För den som har en maka/make med inkomster över en viss nivå är invalidpensionen 70 procent av den lagstadgade minimilönen. Detta ledde i praktiken till att flertalet kvinnor bara fick en invalidpension motsvarande 70 procent av den lagstadgade minimilönen, medan flertalet män fick den högre pensionen. Alltså skulle man pröva om det fanns något annat objektiva skäl, som inte sammanhänger med könsdiskriminering och som rättfärdigar bestämmelsen. I detta mål företog EG-domstolen i praktiken själv denna prövning. Domstolen konstaterade att icke inkomstrelaterade förmåner som syftar till att garantera en grundläggande levnadsnivå är en del av medlemsstaternas socialpolitik och att man vid fastställandet av den grundläggande levnadsnivån också måste kunna ta hänsyn till försörjningsbördan. Visserligen upprepar man formeln att det är den nationella domstolen som ensam prövar fakta och tolkar den nationella lagstiftningen, men det som återstod för den nationella domstolen att pröva i detta fall var endast om försörjartillägget var nödvändigt för att garantera en grundläggande levnadsnivå för hela familjen. Svaret på den frågan är självfallet Ja.

De nya regler som relaterade grundpensionens storlek till makens inkomst innebar en klar försämring för den lilla gruppen av gifta, yrkesarbetande kvinnor, som enligt det tidigare pensionssystemet varit berättigade till pension motsvarande 100 procent av minimilönen. Den andra frågan i målet var om denna försämring stred mot socialförsäkringsdirektivet. Nej, svarade domstolen. En medlemsstat, som vill hålla de sociala utgifterna under kontroll, måste ha rätt att ta hänsyn till det faktum att försäkrade som måste försörja make/maka och barn har större behov än ensamstående.

1991 avgjordes ett mål mellan kommissionen och den belgiska staten. Kommissionen ville testa om den utformning av de inkomstrelaterade socialförsäkringsersättningarna, som innebär att ersättningen också anpassas till den försäkrades försörjningssituation, strider mot direktivet om social trygghet. Denna utformning av socialförsäkringsersättningarna, t.ex. arbetslöshetsersättningen, är mycket vanlig i EU-länderna. Det är bara de nordiska länderna som konsekvent har slopat alla "försörjartillägg" i de inkomstrelaterade socialersättningarna. Målet gällde den belgiska arbetslöshetsersättningen och invalidpensionen. Ersättningen utgick i förhållande till tidigare inkomst men beräknades samtidigt i tre olika klasser. En försäkrad med make/maka (formellt könsneutralt) utan egna inkomster fick invalidpension med 65 procent av tidigare inkomst. En ensamstående fick 45 procent av tidigare inkomst och en person, som bodde tillsammans med en person med egna inkomster, bara 40 procent av sin tidigare inkomst. Arbetslöshetsersättningen var utformad enligt samma

principer. I ett land, där praktiskt taget alla gifta män yrkesarbetar och en stor del av de gifta kvinnorna inte gör det, kommer denna klassindelning att innebära att många fler män än kvinnor får ersättning enligt den högsta klassen och många fler kvinnor än män får nöja sig med ersättning enligt den lägsta klassen. Så var det också i Belgien. Det var helt klart i målet.

Alltså skulle domstolen undersöka om det fanns objektiva skäl, som inte var relaterade till diskriminering på grund av kön, som rättfärdigade denna utformning av reglerna. Skillnaden jämfört med Teuling-fallet var att det här inte gällde en skattefinansierad förmån som skulle garantera en grundläggande levnadsnivå, utan en avgiftsfinansierad inkomst som utgick enligt inkomstbortfallsprincipen. Domstolen konstaterade att beräkningen av ersättningen byggde på olika behov i olika hushållstyper och att ersättningen också var utformad för att undvika ett alltför plötsligt bortfall av den normala hushållsinkomsten. Dessa principer utgjorde enligt EG-domstolen delar av socialpolitik som på EG-rättens nuvarande stadium är en fråga för medlemsstaterna och där de också måste ha ett rimligt mått av frihet när det gäller bestämmelsernas utformning. Det fanns också flera drag i denna inkomstrelaterade försäkring som gav den karaktären av en garanterad social minimiinkomst för familjen och detta var, som man redan hade konstaterat i Teuling-fallet, ett legitimt socialpolitiskt mål.

Molenbroek-fallet från 1992 gällde också det nya holländska pensionssystemet. De tidigare refererade fallen gällde invalidpensionen. Molenbroek-fallet gällde ålderspensionen. I ålderspensionen beaktas familjens försörjningsbehov genom att den som har en beroende maka/make (formellt könsneutralt!), som ännu inte uppnått pensionsåldern och därmed blivit berättigad till en egen pension och inte heller har några andra inkomster, är berättigad till ett tillägg som skall ge hushållet en rimlig levnadsnivå. Om maken/makan har egna inkomster eller egen pension utgår alltså inte något tillägg. Däremot utgår tillägget även i det fallet att den försäkrade själv har andra inkomster, t.ex. en tilläggs pension. Flertalet holländska män är berättigade till en sådan tilläggs pension från någon av de företags- eller yrkesrelaterade pensionsordningarna. Flertalet män kommer alltså upp i en sammanlagd pensionsnivå som är betydligt högre än vad som motsvarar grundläggande levnadsnivå, men även i dessa fall utgår ett tillägg för beroende maka/make.

Det är ju uppenbart att det praktiskt taget bara är män som blir berättigade till detta tillägg för beroende maka/make. För det första är mannen som regel några år äldre än sin hustru och i det omvända fallet, där hustrun blir berättigad till ålderspension före mannen, är det mycket ovanligt att den yngre mannen inte har några egna inkomster från förvärsarbete eller åtminstone en förtidspension. Alltså föreligger en massiv "indirekt diskriminering" av kvinnor. Det är också uppenbart att denna pensionsordning är utformad just med tanke på den vanliga situationen med mannen och hans cirka fem år yngre maka som inte förvärsarbetar. Avsikten med tillägget är att ge just denna van-

liga familjetyp en grundläggande levnadsnivå under de år som återstår innan också hustrun blir berättigad till ålderspension. Det var av precis samma skäl som man i England sänkte pensionsåldern för kvinnor till 60 år.

Man visste redan att EG-domstolen godtar skydd för grundläggande levnadsnivå som ett socialpolitiskt mål som rättfärdigar indirekt diskriminering. Frågan i Molenbroek-målet var om detta socialpolitiska mål kunde åberopas trots att maketillägget utgick även i fall där mannen hade en tilläggs pension som tillsammans med grundpensionen mer än väl räckte till för att ge familjen en grundläggande levnadsnivå. Ja, svarade EG-domstolen och upprepade sin motivering i målet om den belgiska arbetslöshetsersättningen och invalidpensionen. En ersättning motsvarande ett "socialt minimum" är en integrerad del av medlemsstaternas socialpolitik och medlemsstaterna måste ha ett rimligt mått av frihet när det gäller hur reglerna skall utformas. Principen om ett "socialt minimum" gäller även när det är parets sammanlagda behov som beaktas och påverkas inte av att detta sociala minimum utgår även i fall där den av makarna som uppnått pensionsåldern har andra inkomster. Reglerna i den holländska pensionsordningen var enligt EG-domstolen ett lämpligt sätt att uppnå det socialpolitiska målet och "därför rättfärdigade av skäl utan något samband med diskriminering på grund av kön".

Sammanfattningsvis kan man alltså säga att de familjerelaterade försörjartilläggen i socialförsäkringen inte anses strida mot likabehandlingsprincipen.

Likabehandlingsprincipen versus företagspensionerna

Jag skall nu växla över till ett annat spår i EG-domstolens tillämpning av likabehandlingsprincipen, nämligen avtalspensionerna och andra yrkes- eller företagsbaserade sociala ersättningar. I Sverige spelar dessa försörjningssystem en ganska begränsad roll i förhållande till det universella nationella socialförsäkringssystemet. I många andra EU-länder har de stor ekonomisk betydelse. Gränsen mellan det statliga socialförsäkringssystemet och de yrkes- eller företagsbaserade systemen är flytande. Många statliga socialförsäkringar har börjat som yrkesbaserade trygghetssystem, som undan för undan tagits över och integrerats i det nationella trygghetssystemet. Den franska socialförsäkringen är inte en enda ordning, utan består av flera olika "regimes" för olika yrkesgrupper. Den franska staten har tagit över ordningar som tidigare grundats på kollektivavtal av olika slag genom att göra den avtalade ordningen obligatorisk för hela yrkesgruppen. Arbetsmarknadens parter har fortfarande ett starkt inflytande över administrationen och utformningen av dessa försäkringsordningar. I länder som Holland och Schweiz täcker det nationella pensionssystemet bara

grundläggande levnadsnivå och det förutsätts att denna statliga ordning kompletteras av yrkes- och företagsbaserade ordningar som ger en högre, inkomstrelaterad ålderspension. England har visserligen numera (alltsedan 1975) en statlig tilläggspension, men ersättningsnivån är låg. Dessutom är det möjligt för arbetsgivaren att dra sig ur den statliga tilläggs pensionsordningen genom att istället organisera eller ansluta sig till en privat försäkringsordning som ger motsvarande eller bättre förmåner, s.k. "contracting out". *Contracting out* har blivit så vanligt att det har uppstått problem med att finansiera den statliga tilläggspensionen.

Det finns också ett grundläggande normativt släktskap mellan det statliga och de mer eller mindre privata trygghetssystemen. Det gäller särskilt pensionssystemen. De företags- och yrkesrelaterade pensionssystemen och den statliga tilläggspensionen bygger i huvudsak på samma grundprinciper. Den inkomstgrundade pensionen i det nya svenska pensionssystemet är ett bra exempel på ett statligt pensionssystem som är uppbyggt enligt samma grundprinciper som ett privat pensionssystem. EG-domstolen har i flera mål på socialförsäkringsområdet anfört att den statliga socialförsäkringen bygger på socialpolitiska överväganden och att detta är ett skäl att inte tillämpa den vanliga likabehandlingsprincipen på socialförsäkringsområdet. Men även de pensionsordningar som grundas på kollektivavtal bygger till en del på socialpolitiska överväganden som ofta är av samma slag som i de statliga systemen.

Hur var då rättsläget beträffande avtalspensioner och andra avtalade trygghetsförmåner? Defrenne I från 1971 gällde en statlig pensionsordning, men EG-domstolen uttalade sig i detta mål på ett sådant sätt att det fanns anledning att tro att pensioner och andra trygghetssystem som grundades på avtal omfattades av likalöneprincipen i artikel 119 i Romfördraget. 1982 hade det emellertid kommit en annan dom (Burton-fallet, se nedan), där domstolen valde att *inte* tillämpa artikel 119 på en företagsbaserad pensionsordning och som tycktes visa att domstolen var beredd att acceptera den rådande nationella ordningen vad gällde företagspensionerna. I övrigt hade det varit lugnt. Det hade inte kommit upp några nya, farliga mål och kommissionen och medlemsstaterna var i färd med att utarbeta ett särskilt direktiv om likabehandling av män och kvinnor i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet. Direktivet utfärdades 1986 och medlemsländerna fick tre år på sig för att genomföra direktivet.

Rådets direktiv om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet är uppbyggt på ungefär samma sätt som direktivet om de statliga socialförsäkringsförmånerna. Artikel 5 och 6 förbjuder vissa typer av särbehandling, samtidigt som artikel 9 gör det möjligt för medlemsstaterna att uppskjuta likabehandlingsprincipen på de mest kritiska punkterna, nämligen lägre pensionsålder för kvinnor och särskilda änkepensioner. Här anknyter direktivet till de statliga pensionsordningarna. Så länge de lagstadgade systemen till-

låter olika pensionsålder för män och kvinnor och särskilda änkepensioner är detta enligt direktivet tillåtet även i de avtalade systemen.

Nu började målen att komma in. Det är framför allt två typer av villkor i de avtalade trygghetsordningarna som har varit uppe till bedömning. Det ena är villkor som innebär att deltidsarbetande är uteslutna från vissa typer av förmåner. Det andra är lägre pensionsålder för kvinnor. Båda dessa typer av villkor återfinns i de berörda ländernas statliga socialförsäkringssystem och båda speglar det gamla familjemönstret för arbete och försörjning.

Bilka-fallet 1986 gällde den avtalade pensionsordningen i en varuhuskedja i Tyskland. Pension utgick efter 15 års anställning på heltid. Pension utgick alltså inte till deltidsarbetande. Kvinnan i detta mål hade arbetat 15 år i företaget, de första 11 åren på heltid. Sedan hade hon på egen begäran och säkerligen av familjeskäl gått ner på halvtid och arbetat i snitt 18 timmar i veckan. Hon var alltså inte berättigad till någon pension enligt villkoren i företagets pensionsordning. Som vanligt kunde man fastslå att flertalet av de anställda kvinnorna arbetade deltid, medan flertalet av männen arbetade heltid. Det första kriteriet i bedömningen av om ett visst villkor innefattar en indirekt diskriminering av kvinnor var alltså uppfyllt. Företaget måste visa att det fanns ett objektiva skäl, som inte hade samband med diskriminering av kvinnor, för att utesluta de deltidsanställda från pensionsordningen och dessutom att detta var en nödvändig och lämpligt avvägd åtgärd för att uppnå det avsedda målet. Som skäl till att pensionsordningen var utformad på detta sätt anförde företaget att man ville uppmuntra heltidsarbete. De deltidsarbetande var nämligen inte beredda att arbeta kvällar och lördagar då det ofta var ont om personal. Detta berodde naturligtvis inte på att de arbetade deltid, utan på att de var kvinnor och inte kunde vara borta från hemmet under dessa tider. Kan det verkligen betraktas som ett skäl som inte har något samband med diskriminering? Den frågan fick inget svar i målet. Även i detta fall, liksom i Rinner-Kühn-fallet, överlämnade EG-domstolen den avgörande delen av bedömningen till den nationella domstolen utan att med ett ord kommentera de skäl för särbehandlingen som företaget faktiskt hade anfört i målet.

En annan fråga i Bilka-målet var om en avtalspension av detta slag över huvud omfattades av artikel 119 i Romfördraget. England, som hade anledning att oro sig för sina egna inte så jämställda avtalspensioner, ingrep i målet och drev energiskt linjen att denna typ av avtalade trygghetsersättningar inte omfattades av artikel 119 utan skall behandlas på samma sätt som de statliga socialförsäkringsersättningarna. Men här är domen helt klar. Avtalspensionerna omfattas av artikel 119.

Kowalska-fallet 1990 gällde avgångsvederlag för tyska statstjänstemän. Avgångsvederlag utgick endast till de tjänstemän som arbetat full tid och det hade inte fru Maria Kowalska. Reglerna om avgångsvederlag grundades på kollektivavtal, som i sin tur följde de principer som hade utvecklats i den särskilda lagstiftningen om statligt anställda och som bygger på att den statliga

arbetsgivaren har ett försörjaransvar som omfattar både den anställde och hans familj. Som skäl för den gällande ordningen åberopade arbetsgivaren – uppriktigt men kanske en smula aningslöst – att deltidarbete och deras familjer inte försörjer sig bara på deltidslönen och att arbetsgivaren därför inte har någon förpliktelse att bistå dem under den närmaste tiden efter det anställningen upphört. Just så är det naturligtvis i ett samhälleligt system som bygger på den heltidsarbetande mannen som huvudförsörjare. Kan detta socialpolitiska skäl godtagas när det framförs av en arbetsgivare och inte av nationalstaten? EG-domstolen kommenterade inte med ett ord de skäl arbetsgivaren faktiskt framfört i målet för att utesluta de deltidarbete från den avtalade pensionsordningen, utan överlämnade åt den nationella domstolen att bedöma om det fanns något objektivt skäl utan samband med könsdiskriminering som kunde förklara den rådande ordningen.

Jag övergår nu till den lägre pensionsåldern för kvinnor i de avtalsgrundade pensionssystemen. Avtalspensionerna följer här det mönster som ursprungligen har utvecklats i de statliga pensionssystemen och som bygger på familjen med mannen och hans några år yngre hustru som en försörjningsenhet. Som tidigare sagts är det enligt socialförsäkringsdirektivet tills vidare tillåtet för medlemsstaterna att ha en lägre pensionsålder för kvinnor.

Burton-fallet 1982 gällde den avtalade pensionsordningen vid British Railways. Det var en så kallad *contracted out pension*, som ersatte den statliga tilläggs-pensionsordningen, där pensionsåldern är 65 för män och 60 för kvinnor. Pensionsåldern för vanlig ålderspension i British Railways pensionsordning var densamma som i den statliga ordningen, alltså 65 för män och 60 för kvinnor. Det fanns också särskilda bestämmelser om förtidspension och avgångsvederlag i vissa fall av "frivillig avgång" före den vanliga pensionsåldern när arbetsgivaren vill minska personalen. Dessa bestämmelser byggde inte på lagstiftning, utan hade tillkommit efter förhandlingar med de fackliga organisationerna. Åldersgränsen för "frivillig avgång" med rätt till avgångsvederlag och förtidspension sattes 5 år före den lagstadgade pensionsåldern och var alltså 60 för män och 55 för kvinnor.

Detta var det första målet i EG-rättens historia där *en man* inför domstolen åberopade principen om jämställdhet mellan män och kvinnor. Arthur Burton hade varit anställd hos British Railways sedan han var 16. Nu var han 58 och ville utnyttja reglerna om frivillig avgång med avgångsvederlag och förtidspension. Men han fick nej därför att han inte hade uppnått den åldersgräns som gällde för män, nämligen 60 år. Om han varit kvinna hade han kunnat utnyttja reglerna om frivillig avgång i den gällande pensionsordningen.

Frågan i målet var vilken bestämmelse som var tillämplig. Skulle man tillämpa artikel 119 om lika lön för kvinnor och män eller skulle man tillämpa direktivet om likabehandling och – framför allt – vilken betydelse hade det att de skilda åldersgränserna för män och kvinnor anknöt till de skilda åldersgränserna för män och kvinnor i den statliga socialförsäkringen? Enligt social-

försäkringsdirektivet har ju medlemsstaterna rätt att tills vidare behålla skilda pensionsåldrar för män och kvinnor. Domstolen kom fram till att frågan skulle bedömas, inte enligt artikel 119, utan enligt likabehandlingsdirektivet. Men eftersom de olika åldersgränserna uppenbarligen hängde ihop med de olika pensionsåldrarna för män och kvinnor i den statliga ordningen och med hänsyn till att detta är tillåtet enligt socialförsäkringsdirektivet, ansågs de skilda gränserna i företagsbestämmelserna om frivillig avgång inte innefatta någon diskriminering. – Den engelska staten och den engelska pensionsindustrin drog en suck av lättnad.

1986 kom så det särskilda direktivet om yrkes- och företagsbaserade trygghetssystem, som också innehöll ett undantag från likabehandlingsprincipen vad gäller olika pensionsåldrar för män och kvinnor. Nu tycktes det vara klart att man kunde behålla de skilda pensionsåldrarna för män och kvinnor även i de yrkes- och företagsbaserade trygghetssystemen.

Men faran var inte över. Efter Burton-fallet och under tiden som arbetet med att utforma det nya direktivet om företags- och yrkesbaserade trygghetssystem pågick hade domstolen undan för undan utvidgat tillämpningsområdet för artikel 119. Ett viktigt fall var *Bilka-fallet* 1986 (se ovan), där domstolen konstaterade att artikel 119 var tillämplig, inte bara på regler som innebär olika lön för lika arbete, utan även på regler som utesluter en viss grupp från lön eller förmån som skall behandlas på samma sätt som annan lön, t.ex. en företagsbaserad pension.

1990 slog EG-domstolen till igen genom domen i det bekanta Barber-fallet. Douglas Harvey Barber, anställd vid ett stort försäkringsbolag, blev uppsagd på grund av arbetsbrist vid 52 års ålder. Företagets pensionsordning var en s.k. *contracted out scheme*, som ersatte den statliga tilläggs-pensionen och som också gav olika typer av förmåner vid uppsägning på grund av arbetsbrist före den normala pensionsåldern, förtidspension, avgångsvederlag etc. Vissa av dessa förmåner utgick direkt på grund av lag, andra på grund av kollektivavtal och vissa på grund av arbetsgivarens frivilliga åtagande. Åldersgränserna var genomgående olika för män och kvinnor, så att kvinnorna blev berättigade till förmånerna fem år tidigare än männen. Om Barber hade varit kvinna skulle han efter en uppsägning vid 52 års ålder ha varit berättigad till betydligt högre förmåner.

Även i detta mål var huvudfrågan om de förmåner som utgavs enligt den gällande pensionsordningen skulle betraktas som lön enligt artikel 119 i Romfördraget. Ja, sade EG-domstolen denna gång. Lön enligt artikel 119 omfattar alla typer av förmåner som utgår på grund av anställningen, även sådana som följer direkt av lag eller som bygger på ett frivilligt åtagande. En särskild fråga var om detta gällde även *contracted out-schemes*, där de utgående förmånerna ersätter de förmåner som annars utgår enligt den obligatoriska statliga ordningen. Skall inte dessa förmåner behandlas på samma sätt som de statliga socialförsäkringar de ersätter? Nej, sa domstolen. *Contracted out-schemes* gäller inte för generella grupper av arbetstagare, utan bara för anställda inom ett visst

företag. Detta innebär att de är knutna till anställningsförhållandet hos en viss arbetsgivare. EG-domstolen tar alltså upp den linje som man började utveckla i det första Defrenne-målet och den här gången går man ända fram.

Men hur skulle man då se på direktivet om yrkes- eller företagsbaserade trygghetssystem, som ministerrådet utfärdat bara några år tidigare och som ju tills vidare tillåter lägre pensionsålder för kvinnor? Det kunde inte åberopas, så domstolen, eftersom det strider mot den grundläggande bestämmelsen om likalön i artikel 119.

Artikel 119 har direkt effekt och kan åberopas även mot en privat arbetsgivare. Det innebär att Barber blev berättigad till samma förmåner som en kvinna i motsvarande situation skulle ha haft. Av hänsyn till behovet av rättssäkerhet skulle den nya princip som fastslogs i Barber-fallet bara gälla för framtiden och för de arbetstagare som redan före domen väckt talan om tillämpning av likalöneprincipen. Efter Burton-fallet och direktivet om yrkes- och företagsbaserade trygghetssystem hade ju alla haft skäl att tro att EG-rätten tills vidare accepterade olika pensionsålder för män och kvinnor även i dessa system. Barber fick sin förtidspension, men om alla andra män som varit i hans situation retroaktivt hade kunnat kräva samma förmåner som kvinnor i motsvarande ålder hade de engelska pensionsfonderna gått omkull. Men efter Barber måste man göra bestämmelserna könsneutrala. Detta kommer med stor sannolikhet att leda till, inte att männen får samma åldersvillkor som kvinnorna tidigare har haft, utan snarare tvärtom att kvinnorna får samma åldersvillkor som männen tidigare haft.

Denna utvidgning av tillämpningsområdet för artikel 119 har fortsatt och de viktigaste fallen har kommit från Holland. Jag har redan beskrivit de holländska tilläggspensionerna. De bygger ofta på kollektivavtal inom olika yrkesområden, som den holländska staten genom lagstiftning gör obligatoriska för hela yrkesområdet. Pensioner och andra förmåner enligt dessa ordningar skall numera betraktas som lön och får alltså inte innehålla bestämmelser om skilda pensionsåldrar för kvinnor och män.

Allra längst går enligt min mening ett fall från 1994 som gäller pensionssystemet för statsanställda i Holland, Beune-fallet. Detta system har sina rötter i den gamla offentlig-rättsliga traditionen och bygger helt och hållet på lag, inte på kollektivavtal, även om det numera är brukligt att de fackliga organisationerna konsulteras. Självfallet är systemets innehåll starkt influerat av socialpolitiska och även budgettekniska överväganden. Pensionerna finansieras genom en särskild fond, skild från statsbudgeten i övrigt, men om brist uppkommer måste nödvändiga medel skjutas till från statsbudgeten. Den holländska staten gick bl.a. in och betalade de merkostnader som uppstod när skillnaderna i pensionsrätt mellan änkor och änklingar skulle jämnas ut. Ändå betraktades denna ordning inte som en socialförsäkring, utan som lön. Det avgörande var att systemet bara avsåg en viss kategori av anställda, nämligen de statsanställda, och att pensionen utgick i relation till anställningstid och lön. Gabrielle Defrenne,

som i det första Defrenne-målet 1971, hävdade att pensioner av detta slag skulle betraktas som lön, fick alltså rätt till slut. Om hennes mål kommit upp idag skulle hon förmodligen ha vunnit det direkt på artikel 119. Om den lagreglerade pensionsordning som gäller alla statsanställda i Holland betraktas som lön, måste detta i ännu högre grad gälla den lagreglerade ordning som i praktiken bara gällde kabinpersonalen vid flygbolaget Sabena.

Avslutande reflexioner

Vilka slutsatser kan man då dra av denna rättsutveckling som sträcker sig över en period av drygt 20 år? För det första kan man konstatera att likalöneprincipen i artikel 119 verkligen fungerar som en konstitutionell princip som står över både den nationella lagstiftningen och den EG-lagstiftning som består av direktiv utfärdade av ministerrådet. Domen i Barber-målet, där domstolen bestämmer att lägre pensionsålder för kvinnor strider mot likalöneprincipen i artikel 119, går inte bara på tvärs mot tidigare praxis utan åsidosätter också det direktiv som kommissionen och medlemsstaterna till slut lyckats enas om bara tre år tidigare.

Man kan inte undgå att förvånas över den bristande koordinationen mellan de olika EG-organ som har till uppgift att utveckla och tillämpa EG-rätten. Den ena handen tycks inte veta vad den andra gör. Framför allt vet inte kommissionen och ministerrådet vad EG-domstolen kommer att göra *nästa gång*. Denna osäkerhet är delvis en följd av Gemenskapens dynamiska karaktär. Det är tänkt att medlemsstaternas lagstiftning undan för undan skall närma sig varandra och detta innebär att EG-rätten kan få ett allt större inflytande över de nationella rättssystemen på de områden där fördraget ger sådana möjligheter. Även i EG-domstolens domar på det sociala området finner man uttalanden om att en viss fråga "på EG-rättens nuvarande utvecklingsnivå" är en fråga som skall avgöras av medlemsstaterna. Fem år senare kan läget vara ett annat.

Det finns också i denna rättsutvecklingsprocess liksom i andra historiska processer ett stort mått av slump. Redan det förhållandet att likalöneprincipen kom med i det ursprungliga Romfördraget är något av en historisk tillfällighet. Frankrike, men inte Benelux-länderna, hade genomfört likalöneprincipen och Frankrike ville på detta sätt skydda sin inhemska textilindustri mot låglönekonkurrens. Fördraget i övrigt går ut på att upprätta en gemensam marknad och innehåller inte några tvingande bestämmelser på det sociala området frånsett de bestämmelser som skall säkra att en migrerande arbetstagare inte diskrimineras på grund av sin nationalitet och förlorar sina intjänade sociala rättigheter när han flyttar till ett annat land. Dessa bestämmelser hänger samman med grundprincipen om arbetskraftens fria rörlighet och utgör därmed en

naturlig del av upprättandet av den gemensamma marknaden.

Rättsutvecklingen beror också till stor del på vilka mål som kommer upp i EG-domstolen och detta i sin tur beror på skiftande förhållanden i de olika medlemsstaterna. Även enskilda personer, som flygvärdinnan Gabrielle Defrenne och hennes skickliga och framsynta ombud, kan påverka den historiska processen. De tre Defrenne-målen har betytt mycket för utvecklingen av likalöneprincipen. Man kan se hur de argument Gabrielle Defrenne framförde redan på ett tidigt stadium och som då avvisades – tiden var ännu inte mogen – så småningom har trängt igenom i EG-domstolens rättstillämpning.

Den direkta effekten av artikel 119 kan slå ner som en bomb på den nationella nivån och riva upp de trygghetssystem som alla har inrättat sig efter. Ett slående exempel på detta är domen i Barber-målet. Den lägre pensionsåldern för kvinnor i de företagsbaserade yrkessystemen följer det mönster som utvecklats i det nationella trygghetssystemet, vilket i sin tur bygger på försörjningssituationen för den engelska pensionären och hans några år yngre hustru, som den gången regeln kom till ofta inte hade några förvärvsinkomster av betydelse. Om man på grund en dom i EG-domstolen tvingas ändra en del av systemet så rubbas den ömtaliga balansen i hela systemet. Man kan inte ha olika pensionsåldrar i det statliga systemet och i de kompletterande företagsbaserade systemen. Det är oerhört svårt att genomföra ändringar i de stora pensionssystemen, även om ändringarna är rationella. Alltid finns det någon grupp som inte är beredd att ge upp sina historiska privilegier. EG-domstolen klampar in som en elefant i denna nationella porslinsbutik.

EG-domstolen tycks inte bekymra sig om de praktiska och ekonomiska effekterna av likalöneprincipen. Man finner i domskälen inte ens några försök att bedöma de praktiska och ekonomiska konsekvenserna av ett visst domslut. Domstolen dömer utifrån sin tolkning av likalöneprincipen och sedan får medlemsstaterna ta hand om de praktiska och ekonomiska konsekvenserna av denna principfasthet. Nationella ändringar i de gällande pensionssystemen sker aldrig utan grundliga förberedelser, där man kostnadsberäknar ändringarna och noga undersöker konsekvenserna för olika grupper.

Den direkta effekten av artikel 119 har blivit det viktigaste verktyget för att bryta in i den nationella rätten. Direktiven, som på detta område kräver enhällighet i ministerrådet och alltså måste följa den minsta gemensamma nämnarens princip, medför sällan några mer radikala ändringar i de nationella systemen. Likalöneprincipen i artikel 119 har utvidgats från sitt ursprungliga kärnområde till att omfatta även företagspensioner. Den börjar t.o.m. tränga in i de statliga trygghetssystemen. Artikel 119 omfattar nu även lagstadgade pensionsystem för statsanställda och den lagstadgade sjuklönen, som enligt min uppfattning utgör en integrerad del av den statliga sjukpenningförsäkringen. Tills vidare har dock EG-domstolen avhållit sig från att använda artikel 119 för att på ett mer direkt sätt gripa in i de generella statliga systemen. De delar av socialförsäkringen, som inte finansieras med avgifter utan med skatter och som

grundas på behovsprincipen, ligger klart utanför likalöneprincipens område. Även vid tillämpning av likabehandlingsprincipen i socialförsäkringsdirektivet har EG-domstolen varit försiktig och markerat att medlemsstaterna ”på EG-rättens nuvarande utvecklingsstadium” har ett rimligt mått frihet av att själva avgöra hur långt likabehandlingsprincipen här sträcker sig.

Likalöneprincipen och andra från denna härledda principer om likabehandling omfattar både direkt och indirekt särbehandling. På det här behandlade området är det dock i praktiken bara de nationella regler som innefattar en direkt särbehandling som har måst vika för den EG-rättsliga likabehandlingsprincipen, t.ex. regler som utesluter gifta kvinnor från pension eller som stadgar olika pensionsåldrar för män och kvinnor. När det handlar om indirekt diskriminering, som t.ex. då deltidsarbetande utesluts från vissa trygghetsförmåner, har EG-domstolen överlämnat det avgörande ledet i bedömningen till den nationella domstolen. Detta motiveras med att det bara är den nationella domstolen som kan fastställa fakta i målet och därmed avgöra om åtgärden har ett sådant syfte och är utformad på ett sådant sätt att den kan godtas trots att den särskilt drabbar kvinnor på ett negativt sätt. Det är ju riktigt att det bara är den nationella domstolen som kan avgöra målet och att EG-domstolens uppgift enligt artikel 177 i Romfördraget är att besvara de rättsfrågor som den nationella domstolen ställer. Men EG-domstolen väljer själv hur långt den vill gå i besvaret av de ställda frågorna. I flera fall som rör indirekt diskriminering av deltidsarbetande har sakfrågorna och motiven bakom bestämmelserna varit fullständigt klarlagda i målet. EG-domstolen har ändå underlåtit att ge den nationella domstolen någon form av vägledning om hur den avgörande rättsfrågan i målet skall bedömas. Enligt min uppfattning visar en närläsning av EG-domstolens domar rörande indirekt diskriminering i socialförsäkringen att EG-domstolen har använt den frihet som förfarandet enligt artikel 177 ger till att låta den nationella domstolen avgöra hur långt man kan driva likhetsprincipen på det nationella planet. EG-domstolen är (ännu) inte beredd att riva upp det familjerelaterade tyska socialförsäkringssystemet, som bygger på att den gifta deltidsarbetande kvinnan försörjs av sin make och får sin sociala trygghet genom makens socialförsäkring.

Likalöneprincipen och den från likalöneprincipen härledda likabehandlingsprincipen, brukar beskrivas som ett förbud mot diskriminering på grund av kön. I alla direktiven återfinns man en central bestämmelse som förbjuder all ”diskriminering på grund av kön”. Diskriminering kallas också för ”negativ särbehandling”. Men genom att själva likhetsprincipen är könsneutral förbjuder den också positiv särbehandling. Det finns bara två kön och positiv särbehandling av det ena könet innefattar alltid negativ särbehandling av det andra. Negativ särbehandling och positiv särbehandling är två sidor av samma sak, nämligen ett brott mot den överordnade likhetsprincipen. På detta sätt skiljer sig likhetsprincipen i artikel 119 från regler som förbjuder diskriminering på grund av t.ex. etnisk tillhörighet eller handikapp. Dessa regler riktar sig bara

mot den negativa särbehandlingen av en viss grupp och syftar alltid till att förbättra villkoren för denna grupp. Den ur artikel 119 härledda likhetsprincipen slår åt båda hållen. Den innebär inte att den tidigare eftersatta gruppen skall få det bättre. Likheten kan också uppnås genom att den tidigare privilegierade gruppen får det sämre. Det är själva likheten som är det överordnade värdet. Detta framträder särskilt tydligt när likhetsprincipen överförs till socialförsäkringsområdet. Ett genomförande av likabehandlingsprincipen vad gäller pensionsåldern kommer att leda till att pensionsåldern höjs för kvinnorna, inte att den sänks för männen. Ett genomförande av likabehandlingsprincipen vad avser efterlevandepensioner kommer inte att innebära att männen får "änklingspensioner" som motsvarar de gamla änkepensionerna, utan snarare att de gamla änkepensionerna försvinner.

Diskrimineringsbegreppet leder alldeles fel när det tillämpas på de könsrelaterade reglerna i socialförsäkringen. Den lägre pensionsåldern för kvinnor i England missgynnade inte den man som man hade i tankarna när regeln kom till, nämligen den gifte mannen med en fem år yngre hustru, som var "housewife". Regeln kom till för att ge denna vanliga engelska familj en tillräcklig försörjning under de första åren sedan mannen gått i pension. Änkepensionerna, sedda i detta sammanhang innebär inte någon diskriminering av den stora gruppen av män. När man bedömer änkepensionerna kan man inte bortse från att socialförsäkringen är en del av ett mer omfattande samhälleligt fördelningssystem, som också innefattar arbetslönerna. Änkepensionerna är en del av ett system som bygger på familjen som den grundläggande försörjningsenheten, en familj där mannen förvärvsarbetar och hustrun tar hand om hemmet och barnen. Den gifte mannen har alltså – typiskt sett – tjänat ihop en egen pension och behöver inte någon änklingspension. Den gifte kvinnan däremot, måste som Beveridge uttryckte det, skyddas mot den särskilda risk för förlust av försörjning som livet som *housewife* innebär, nämligen mannens död. Ojämlighet i lönearbetet kräver ojämlikhet i socialförsäkringen. Visst är änkepensionerna ojämlika, men de är inte diskriminerande i förhållande till den stora gruppen gifta, förvärvsarbetande män.

Likabehandlingsprincipen på socialförsäkringsområdet har vuxit fram ur likalöneprincipen. Likalöneprincipen är inte någon allmän likhetsprincip av samma karaktär som principen om alla människors lika värde. Likalöneprincipen innebär inte att män och kvinnor skall ha lika löner, utan att de skall ha *lika lön för lika arbete*. Likalöneprincipen bygger på grundprincipen i det moderna lönearbetet, nämligen att lönen skall relateras till arbetsmängden och arbetets värde, inte till familj, försörjning och status. Det är denna grundprincip som bestämmer vad som är "lika lön". Det strider inte mot likalöneprincipen att den halvtidsarbetande kvinnan bara tjänar hälften så mycket som den heltidsarbetande mannen. Tvärtom, det är precis vad som följer av principen att lönen skall vara relaterad till arbetets mängd. Annars är den inte "lika". Alltså innebär inte det förhållandet att den stora gruppen av deltidssarbetande

kvinnor tjänar mindre än den stora gruppen av heltidsarbetande män någon "indirekt diskriminering" av kvinnor. Även begreppet indirekt diskriminering måste vid tillämpning av likalöneprincipen relateras till den grundprincip som bestämmer vad som är "lika".

Likalöneprincipen i lönesystemet har vuxit ut till en mer generell likabehandlingsprincip som också skall gälla i socialförsäkringsystemet och andra sociala trygghetssystem. Den första uppgiften är då att avgöra vad som menas med "lika" i dessa system. Annars har likabehandlingsprincipen inget innehåll. Man måste alltså börja med att fastställa de grundläggande principerna för fördelning inom dessa system. Först därefter kan man undersöka om dessa principer tillämpas lika på män och kvinnor.

Inom socialförsäkringen kan man urskilja två helt skilda grundmönster för tilldelning av resurser. Det ena grundmönstret kommer till uttryck i de socialförsäkringsersättningar som bygger på tidigare förvärvsarbete och där ersättningens storlek är relaterad till värdet och mängden av tidigare förvärvsarbete. I dessa ersättningssystem innebär likhetsprincipen att pensionen eller arbetslöshetsersättningen skall utgå i proportion till tidigare förvärvsarbete, alltså en likhetsprincip som ligger mycket nära den likhetsprincip som gäller i lönesystemen. Det strider inte mot denna likhetsprincip att män som regel får högre pensioner än kvinnor. Att det förhåller sig på det sättet innefattar inte ens någon "indirekt diskriminering" av kvinnor, eftersom det bara är en konsekvens av den grundprincip som bestämmer vad som är "lika".

Däremot strider det mot denna likhetsprincip att som t.ex. i Tyskland helt utesluta de som bara arbetar deltid från pensionsrätt och andra inkomstrelaterade socialersättningar. Enligt den likhetsprincip som gäller inom detta system borde de vara berättigade till en proportionell pension baserad på mängden arbete de utfört. Eftersom det i huvudsak är kvinnor som arbetar kort deltid föreligger alltså en "indirekt diskriminering" av kvinnor. EG-domstolen har dock tills vidare valt att inte ingripa mot denna form för indirekt diskriminering.

Andra delar av socialförsäkringssystemet är uppbyggt kring ett helt annat grundmönster, nämligen fördelning efter behov. Det gäller t.ex. grundpensioner, bostadsbidrag och olika typer av bidrag till ensamföräldrar. Dessa ersättningar skall säkra försörjningen för de grupper som inte får en tillräcklig försörjning genom lönearbetet och/eller de socialförsäkringar som bygger på samma grundprincip som arbetslöshetslönen. Likhetsprincipen innebär här någonting helt annat än den likhetsprincip som gäller för arbetslöshetslönen, nämligen *lika ersättning vid lika behov*. En bredare formulering av denna princip innebär att ersättningen skall vara proportionell i förhållande till behovet.

Många fler kvinnor än män kommer att bli berättigade till garantipension i det nya svenska pensionssystemet. Detta innebär inte någon "indirekt diskriminering" av männen, som sedan måste rättfärdigas med att kvinnor som grupp har större behov av garantipension. Behovet är här den grundläggande princip som ger likhetsprincipen dess konkreta innehåll.

I svensk socialförsäkringsrätt har man försökt att renodla de båda grundmönster som socialförsäkringen bygger på. Vissa system bygger på intjänandeprincipen/inkomstbortfallsprincipen, andra system på behovsprincipen. I andra europeiska socialförsäkringssystem är det fortfarande mycket vanligt att man kombinerar dessa båda principer i en och samma ersättningsform. Ersättningsens storlek relateras *både* till tidigare inkomst *och* till familjens försörjningsbehov. Det kan ske på många olika sätt. Det vanligaste är de s.k. försörjartilläggen. Försörjartilläggen har varit uppe till bedömning i flera olika mål. EG-domstolens ståndpunkt har varit att dessa försörjartillägg, som i allmänhet utgår till männen, visserligen innefattar en "indirekt diskriminering" av kvinnor, men att denna diskriminering kan rättfärdigas genom att den avser att säkra "ett socialt minimum" för familjen. Enligt min uppfattning måste man här redan i det första ledet i bedömningen beakta att ersättningen också bygger på behovsprincipen. Alltså innebär det inte olika behandling att den som har en större försörjningsbörda också får en högre ersättning.

Men visst påminner försörjartilläggen om de gamla försörjarlönerna, inte minst det gamla franska systemet med den vanliga lönen som utgår i relation till arbetet och en "överlön" som utgår i relation till de sociala behoven. Vad skulle EG-domstolen göra om försörjarlönen kom tillbaka i en öppen och formellt könsneutral form, utformad som ett lönetillägg till den arbetstagare som lever tillsammans med en make/maka utan egen inkomst? Fler män än kvinnor skulle bli berättigade till detta lönetillägg. EG-domstolen skulle först konstatera att lönetilläggen innebär en "indirekt diskriminering" av kvinnorna och därefter att behovskriteriet *inte* kan rättfärdiga denna skillnad. Enligt likalöneprincipen skall lönen nämligen utgå i relation till värdet och mängden av det utförda arbetet, vilket innebär att den *inte* får relateras till försörjningsbördan hos den som utför arbetet. Udden i likalöneprincipen är riktad mot de försörjningsrelaterade lönerna. Att låta försörjningsbördan rättfärdiga olika löner till män och kvinnor skulle vara detsamma som att upphäva det som är likalöneprincipens grundläggande innehåll.

Varför bedöms då inte försörjartilläggen i de inkomstrelaterade socialförsäkringsersättningarna på samma sätt? Skälet är helt enkelt att det inte finns någon EG-rättslig norm som anger vad som är likabehandling i socialförsäkringen. Det finns inte i socialförsäkringsdirektivet eller någon annanstans en princip som motsvarar principen om lika lön för lika arbete och som anger (t.ex.) att socialförsäkringen skall utgå i förhållande till värdet och mängden av tidigare utfört arbete *eller* att den skall utgå i förhållande till behov. Alltså måste man vid bedömningen av vad som är likabehandling utgå från de grundprinciper för tilldelning av resurser som gäller i de nationella socialförsäkringssystemen. Behovsprincipen är, som EG-domstolen har konstaterat, en av dessa grundprinciper.

Vad skall man då säga om änkepensionerna, det mest ojämlika inslaget i den europeiska socialförsäkringen? Socialförsäkringen måste, som Beveridge sa,

utgå från sociala fakta. Det gäller även om man ogillar dessa sociala fakta. Socialförsäkringen har uppstått ur lönearbetet och inte tvärtom. Socialförsäkringen är ett system som skall komplettera och/eller kompensera den fördelning av resurser som sker via arbetslönerna. Det betyder inte att socialförsäkringen är eller måste vara helt neutral till de sociala mönster som präglar lönearbetet. Bara genom att finnas till som ett kompenserande och kompletterande system tenderar den att bevara givna mönster i lönearbetet. Änkepensionerna gör det möjligt för kvinnor att fortsätta att leva på det traditionella sättet. Socialförsäkringen kan genom att utformas på det ena eller det andra sättet påverka de sociala mönster som präglar förvärvsarbetet. Det är dock en påverkan på marginalen. Socialförsäkringen förblir den underordnade strukturen. Så länge förvärvsarbetet följer ett köns- och familjerelaterat mönster kommer också socialförsäkringen vara ojämlik. I Sverige är änkepensionerna avskaffade. Men detta skedde först vid en tidpunkt (1990), då praktiskt taget alla kvinnor redan hade lämnat hemmafrulivet och gått ut i förvärvslivet. Så länge en stor del av de gifta tyska kvinnorna bara arbetar kort deltid kommer änkepensionerna att finnas kvar. Vad man kan göra är att förvandla dem till formellt könsneutrala efterlevandepensioner, men det kommer fortfarande att i stort sett vara kvinnorna som uppbär dessa efterlevandepensioner.

Den EG-rättsliga likhetsprincipen har dock haft social betydelse genom att upphäva den direkta negativa särbehandlingen av kvinnorna i de europeiska socialförsäkringssystemen. Direkt särbehandling bygger på att *alla* kvinnor och *alla* män lever enligt ett bestämt könsbundet socialt mönster. Så är det inte och så har det aldrig varit. Men direkt särbehandlande regler konserverar givna mönster, inte bara genom att göra det möjligt att leva på det traditionella sättet, utan också genom att direkt missgynna de individer som väljer att leva på ett annat sätt. Det var denna effekt av direkt, könsbunden särbehandling som drabbade Gabrielle Defrenne. Gabrielle Defrenne levde inte enligt det givna mönstret. Hon var inte gift. Även i den sista Defrenne-domen från 1978 kallas hon "fröken Defrenne". Hon var då 50 år. Förbudet mot direkt diskriminering öppnar för icke-traditionella val av liv och försörjning. Det är så all förändring börjar.

Källor och litteratur

Den europeiska socialförsäkringen är ett fångslande område. Det är få rättsområden som så tydligt avspeglar den normativa grundstrukturen i ett givet samhälle. En bra introduktion till den europeiska socialförsäkringsrätten är Koehler/Zacher, *The Evolution of Social Insurance 1881-1981* (London: Francis Pinter Publishers, 1982). Den finns också på tyska och heter då *Ein Jahrhundert*

Socialversicherung, 1981 mit Beiträgen über Deutschland, Österreich, Frankreich, Grossbritannien und die Schweiz. Beveridge-rapporten, *Social Insurance and Allied services* (1942 Cmnd 6404) var på sin tid en riktig bästsäljare och är fortfarande ytterst läsvärd, inte minst för att den ger en autentisk bild av hur man den gången såg på kvinnans roll i samhället. En bra modern framställning om engelsk socialförsäkring är Ogus, Barendt & Wikeley's *The Law of social Security*. Ett av de viktigaste europeiska teoretiska arbetena om socialförsäkringen är Francois Ewald, *L'État providence* (Grasset, 1986). Huvudtemat i detta arbete är konflikten mellan den liberala rättsordningen och socialförsäkringen. Arbetet finns också i en något förkortad pocket-version, men är tyvärr inte översatt till något annat språk. Ett arbete på svenska, som behandlar jämställdhetsfrågorna ur ett feministiskt perspektiv publiceras 1999, nämligen Karin Lundström, *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten*.

När det gäller EG-rätten på området är det bäst att gå till själva källan, alltså EG-domstolens avgöranden. De är skrivna i en resonerande och (ganska) lättillgänglig stil och fullt läsbara även för icke-jurister. Genom att läsa dessa domar får man en konkret inblick i hur de europeiska socialförsäkringssystemen ser ut och hur de slår i det enskilda fallet och hur domstolen resonerar. Domarna finns på alla EU-språk, dock endast de domar som meddelats efter den tidpunkt då respektive land anslöt sig till EES-avtalet/EU. De domar jag refererar till finns alltså inte på svenska. Följande domar har kommenterats i uppsatsen:

Barber C 262/88 [1990] ECR 1889

Bilka C 170/84 [1986] ECR 1607

Beune C 7/93 [1994] ECR 4471

Burton C 19/81 [1982] ECR 555

Defrenne 1 C 80/70 [1971] ECR 445

Defrenne 2 C 43/75 [1976] ECR 455

Defrenne 3 C 149/77 [1978] ECR 1365

Kowalska C 33/89 [1990] ECR 2591

Molenbroek C 226/91 [1992] ECR 5943

Rinner-Kühn C 171/88 [1989] ECR 2743

Ruzius-Wilbrink C 102/88 [1989] ECR 4311

Unemployed Heads of Household, Commission versus Belgium C 229/89 [1991] ECR 2205

Det s.k. NORMA-programmet är ett forskningsprogram som förestås av professor Ann Numhauser-Henning i Lund och finansieras av Riksbankens jubileumsfond. En allmän beskrivning av forskningsprogrammet finns i Normaskriften *Normative Development within The Social Dimension* (Norma 1996:1), som kan beställas från Juridiska institutionen i Lund. Flera olika arbeten med anknytning till socialförsäkring och/eller jämställdhetsfrågor har publicerats inom detta forskningsprogram.