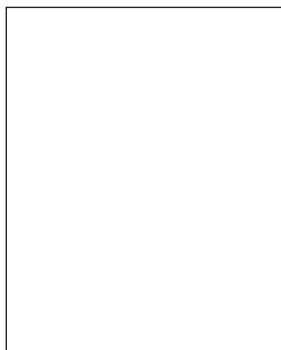


# Coloroll-sagen — forhistorie, betydning og politiske sammenhænge

af **Christen Boye Jacobsen**, adm.dir., cand.jur., Apoteksassistenternes Pensionskasse



Det er ejendommeligt, at sager om forsikring proceduremæssigt hører til de største for EF-domstolen. Det gjaldt co-assurancesagen i 1986 og det gjaldt Coloroll-sagen fra sidste år.

Næppe mange domme har været afventet med så stor spænding som den dom, som EF-domstolen afsagde den 28. september 1994. Var det ulovligt i pensionsordninger at tage hensyn til de aktuarmæssigt betingede forskelle i mænds og kvinders levealder? I UK alene var 50 mia £ på højkant.

Min konklusion af denne analyse er, at ligepensionsproblemet er et politisk problem. Det er et samfundsomfordelingsproblem.

*Christen  
Boye Jacobsen*

Sagens forhistorie er så bizar, at den fortjener at repeteres.

I slutningen af 1980'erne klagede hr. Barber over, at hans arbejdsgiver anvendte en højere pensionsalder for mænd end for kvinder. Han fandt det forbudt efter EF-traktatens art. 119. Domstolen var enig heri, og resultatet synes helt oplagt og banalt — medmindre man da tror, at art. 119 mest virker til fordel for kvinder.

Men netop resultatets oplagthed førte til, at det centrale i dommen blev dens tidsmæssige virkning. Selv om art. 119 i princippet havde været gældende siden 1. januar 1973 i UK, fandt Domstolen, at der forelå undskyldelig retsuvidenhed, og at konsekvenserne af tilbagevirkende kraft ville være et sådant økonomisk kaos, at bydende retssikkerhedshensyn medførte, at dommens resultat ikke kunne

skabe rettigheder før dommens dato, den 17. maj 1990.

En effektiv overholdelse af art. 119 kræver et håndterbart system, og i den forbindelse udtalte Domstolen:

”Med hensyn til måden, hvorpå det efterprøves, om ligelønsprincippet overholdes, må det konstateres, at hvis de nationale domstole var forpligtet til at foretage en vurdering og sammenligning af alle de foreliggende former for ydelser, der alt efter omstændighederne udbetales til mænd og kvinder, ville domstolskontrollen være vanskelig at gennemføre, og som følge heraf ville art. 119's effektive virkning blive svækket. Heraf følger, at virkelig gennemskuelighed, der gør det muligt at udøve en effektiv kontrol, kun opnås, hvis ligeløns-

Foredrag i AIDA, Dansk Forening for Forsikringsret, den 2. februar 1995

princippet gælder for hver enkelt del af den løn, mænd og kvinder modtager.” (præmis 34)

Denne præmis var, hvad man i dag kan undre sig over, basis for påstandene om, at fællesskabsretten forbyder at tage hensyn til de aktuarmæssige faktorer.

I forbindelse med Coloroll-gruppens konkurs søgte dens pensionsfonds trustees ved en række ”representative actions”, altså anerkendelsessøgsmål, at få afklaret en række tvivls spørgsmål i Barber-dommen.

Samtidig med, at EF-Domstolen fik forelagt denne sag, procederedes en række andre sager om art. 119. Den fælles mundtlige procedure var et usædvanligt skue med en række store engelske advokater og 43 af de korte mundtlige indlæg.

Også i Coloroll-sagen var det praktiske hovedspørgsmål, om man kunne begrænse en tidsmæssig virkning til den 17. maj 1990. Det er, som vi ved fra Ambi-sagen ingen selvfølge, men blev i vidt omfang accepteret af Domstolen.

Imidlertid var der også spurgt, om

”det [er] foreneligt med artikel 119 i henhold til en pensionsordning at udbetale ydelser eller andre beløb, der beregnes under henvisning til aktuarmæssige faktorer (herunder navnlig aktuarmæssige prognoser med hensyn til den forventede levealder), som fører til forskellige resultater for mænd og kvinder?”.

Det bør bemærkes, at selv om spørgsmålene var stillet i en ydelsesdefineret ordnings kontekst, gik spørgsmålenes formulering videre.

Både Kommissionen og generaladvokaten lagde op til, at EF-traktatens art. 119 forbød at tage hensyn til aktuarmæssigt begrundede forskelle. I den mundtlige procedure sagde Kommissionen, at man ikke behøvede at argumentere mod de aktuarmæssige antagelsers rigtighed. ”All that needs to be said” var, at de var ”just old traditions and habitual thinking”. Dermed lagde den også op til, at Domstolen erklærede art. 6, stk. 1, litra h og i, i direktivet

af 24. juni 1986 om ligebehandling i de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (86/378, EFT L 225/40) for ugyldige, fordi de udtrykkeligt anerkender de aktuarmæssige faktorer.

Men EF-domstolen erklærede ikke de aktuarmæssige faktorer eller 1986-direktivet for ulovlige.

Når Kommissionen tog den holdning, indgik der selvfølgelig et stærkt politisk element. Men der er nok også en undervurdering af de tekniske reservers (forsikringshensættelsernes) betydning. I de samme år, hvor direktiv 86/378 forhandlede, procederedes co-assurancedirektivet. Kommissionen nedtonede også her betydningen af sikre og forsigtige hensættelser i forhold til sine andre hensyn. Synspunktet blev meget klart underkendt af Domstolen. Men den påviselige effekt på Kommissionens juridiske tjeneste udeblev. Der blev dermed et element af substandard jura og forsumpet moral i Kommissionens manglende stillingtagen til de juridisk relevante dele af sagen.

Mange havde håbet eller skråsikkert forudsagt det modsatte resultat, endskønt en række domme i tiden forinden havde ladet resultatet ane. ”Ach, wie kam es nur dazu”, spørger Goethe. Hvorfor tog så mange fejl?. Noget skyldes nok formuleringen af Barber-dommen, der igen kan forklares ved den art procedure, der blev budt Domstolen dengang. Men i Danmark, hvor mænd og kvinder i forsikringsordningerne ligebehandles, er forklaringen til dels politisk farvet ”wishfull thinking” kombineret med uvidenhed om EU-retten og om forsikringsvirksomhed.

Debatten omkring dommen illustrerer, hvor svagt EU-retten og erhvervsretten står som videnskabelige discipliner. Men den viser måske også, at der er en skridning i opfattelsen i samfundet af forsikringens rolle.

Når man ser på den politiserede del af debatten, får man indtryk af en ”baglæns”

slutning: Da aktuarvidenskaben, solvens og rigtig bonusfordeling er hovedhindringer for en pensionsmæssig omfordeling, må de nedtones. Måske skyldes det også en sorgløshed, der følger af, at vi ikke har set rigtige insolvenser som på bankområdet. I stedet dukkede et synspunkt op om, at forsikring er udtryk for noget, der kaldes "solidaritet", mellem folk i usammenlignelige situationer. Det fik et udslag ved erhvervssygdomsforsikringen og i stormflodsordningen i 1982.

Vi griner af ham, der vil tegne brandforsikring hurtigt, fordi huset allerede brænder. Men af somme grunde griner man ikke, når man drøfter at se bort fra den til køn knyttede risiko eller at forbyde gentests, endskønt det i en vis forstand er indtrufne risici på samme måde som ved præmiefastsættelse af et strå-tækt hus. I videnskabelig sprogbrug må man sige, at da går man over fra fordeling mellem *tilfældige* risici til *systematisk* omfordeling mellem forudsigelige risici — og da er vi uden for forsikringslovgivningens forsikringsbegreb.

Hertil kommer, at den finansielle sektor er blevet en politisk kamplads og en politisk sandkasse for politikere og embedsmænd. Som eksempler herpå kan også vi nævne erhvervssygdomsproblematikken og det såkaldte "demokratiudvalg".

Herved bliver ligestillings-problematikken for nogle ikke, eller ikke længere, et spørgsmål om forsikringsaftaleret og forsikringsmatematik, men om fordeling og dermed omfordeling, d.v.s. et led i socialpolitikken. Direktiv 86/378 forhandles fra Kommissionens side udelukkende af folk fra den sociale generaldirektion V.

Hvis denne forskydning søges opnået ved at forsøge at undertrykke eller at fordreje debatten, er det blevet et andet og større samfundsmæssigt problem end det, som forsikringsjuraen selv i bredeste forstand kan løfte. I en forening med videnskabeligt sigte bør

man sige, at først nu, når vi har diagnosticeret dette problem, har det et fremtidsorienteret formål at se på Coloroll-sagen.

For at undersøge dommen vil jeg først se på EF-traktatens art.119 i dens sammenhæng. Dernæst ser vi på dommen, anvendt på de danske pensionssystemer. Til sidst kommer spørgsmålet "hvad så" eller, om I vil, de lege ferenda.

### **EF-traktatens art.119**

EF-traktatens art.119, stk.1 og 2, bestemmer:

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

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

I Coloroll-dommen som i andre domme minder Domstolen om,

"at ligelønsprincippet hører til Fællesskabets grundlag, og at artikel 119 skaber rettigheder for borgerne, som de nationale domstole skal beskytte. Da bestemmelsen er ufravigelig, gælder forbuddet mod forskelsbehandling mellem mandlige og kvindelige arbejdstagere ikke blot for de offentlige myndigheder, men tillige for aftaler mellem borgerne og for alle overenskomster, som kollektivt regulerer lønnet arbejde" (præmis 26).

Heraf følger bl.a., at arbejdsgivere, arbejdsmarkedets parter og subsidiært de, der forvalter pensionsordninger, har pligt til at anvende alle de midler, der findes i national ret, for at bringe en ordening på linie med art. 119. De skal anlægge sag for at lovliggøre reglerne for pensionsordningen (præmis 28) eller for at indkræve manglende beløb hos arbejdsgiveren (præmis 97) og for eventuelt at få erklæret modstående nationale regler for uvirksomme (præmis 29). Mest bemærkelsesværdig er

måske Domstolens praksis om,

”at man, fordi art.119 er kædet sammen med udjævningen af arbejdsvilkårene på et stadig stigende niveau, kan se bort fra indvendingen om, at denne artikel kan overholdes på anden måde end gennem en stigning i de laveste lønninger” (præmis 30).

Der er grund til at understrege, at art. 119 har virket takket være Domstolen. Og det har på det egentlige ligelønsområde klart været til fordel for kvinderne. Men på pensionsområdet har man set, at Domstolen snarere har skaffet mændene fordele. For politisk kan ens pensionsalder, som mange sager angår, kun sikres ved nedsættelse af mændenes pensionsalder. Det er dyrt, og det må både mænd og kvinder betale gennem lavere pensioner.

I Coloroll-sagens sammenhæng er det imidlertid vigtigere ved fortolkning af art. 119 at nævne to principper, der gælder ved fortolkning af alle EF-traktatens regler om lige behandling.

Det første er, at art. 119 lige så lidt som de øvrige restriktionsforbud i traktaten er et almindeligt diskriminationsforbud. EF-traktaten befatter sig overhovedet ikke med, om man må kalde franskmænd liderlige, østligere antisemitter, eller om man må straffe kvinders utroskab, men tillade mænds. Bestemmelsen befatter sig ikke med moral. Den befatter sig kun med økonomiske retsforhold.

Det andet er, at traktatens ligebehandlingsregler retter sig mod forskelle, der er skabt af retsordenen. Derimod kan ikke-menneskeskabte forhold — hvad gennemsnitslevealderen må være — ikke rammes af traktatens forbud. Det kan jeg illustrere ved en dom om kabelfjernsyn i Belgien. Den fastslog, at det er ikke en ”restriktion” efter traktaten, at man i visse dele af Belgien (det flade Flandern) kan se udenlandsk fjernsyn uden kabel, mens man i det bjergrigere Wallonien ikke kan se fjernsyn uden kabel-tv. Allerede derfor kunne den belgiske lovgivning om kabel-tv ikke tilsidesættes, ej heller ud fra en

lighedsbetragtning (sag 52/79, Debauve, Saml. 1980 s.833).

Det er også betydningsfuld, at art. 119 ikke er en lighedsgrundsætning i sædvanlig forstand. En sætning om, at mænd og kvinder er lige, og som for at have mening må betyde, at mænd og kvinder er forskellige, men at man skal agere, som om de ikke var det, er art. 119 *ikke*. Den sikrer tværtimod, at noget ens behandles lige. Og dette ”noget” er ikke mænd og kvinder, men ”samme arbejde”. Når traktatens fædre bestemte, at samme arbejde, f.eks. en akkord, skal betales ens for mænd og kvinder, er det et let forståeligt retfærdighedsprincip: du må ikke snyde som arbejdsgiver.

Når man drøfter pensionsspørgsmål, er det afgørende at fremdrage, at art. 119 regulerer arbejdsgiverens aftale med arbejdstageren om løn. Andres aftaler og pligter er udenfor. Den regulerer ikke pensions- og forsikringssselskaber.

Art. 119 indeholder ej heller en pligt for arbejdsgiveren til at have en pensionsordning. Problemet om brug af aktuarmæssige faktorer kunne løses, d.v.s. fjernes, hvis arbejdsgiverne ophævede pensionsordningerne og evt. forhøjede lønnen med arbejdsgiverbidraget. Så måtte den enkelte ansatte selv klare dette. Men da kvinder lever længere end mænd, ville der i realiteternes verden opstå et større problem for den enkelte kvinde og til lige et samfundsproblem.

### **De aktuarmæssige faktorer**

Bedømmelsesforeningens beregninger viser, at kvinder i Danmark i gennemsnit lever fem år længere end mænd. Og hvad der er mere opsigtsvækkende, synes forskellen snarere at øges end at mindskes. Kvinder har også en højere invaliditetsgrad. Alt dette koster penge.

Det er forståeligt, at fortalene for lige månedlig pension forsøger at kortslutte dette insolubium ved at nægte, at der er påviselige

forskelle i mænds og kvinders gennemsnitlige levealder.

En variant af dette er at sige, at statistik ikke har relevans for den enkeltes levetidsforventninger. Det argument accepterede US Supreme Court i *Arizona v. Norris* (1983). Men rent bortset fra, at USA har en almindelig traditionel ikke-diskriminationsregel, er det ikke en lødig argumentationsform. Der er noget Erasmus Montanus over at sige, at statistik er forkert, fordi den ikke passer på alle enkelttilfælde, eller at slutte fra det specielle til det generelle og ikke omvendt. Men det ulødige ligger navnlig i, at man på den måde smyger sig uden om at forklare, at man vil bruge forsikring til at udligne systematiske risici frem for tilfældige risici.

Kommissionen forsøgte at transponere den amerikanske dom om til EU-ret. Men Rådet ændrede dens forslag, og det vedtagne direktiv 86/378 anerkender i art 6 de aktuarmæssige forskelle og tillader den forskelsbehandling, der er nødvendig for at afhjælpe dem. Og Domstolen har udtalt sin forståelse herfor.

Vi kan nok antage, at der aldrig kan komme et direktiv, der frakender de aktuarmæssige faktorer betydning. I modsætning til danske love kræver direktiver jo en begrundelse efter traktatens art. 190. Denne begrundelse skal selvsagt være sand. Ellers ville den i øvrigt muligt også støde på informationsfriheden i Den europæiske Menneskerettighedskonvention, (jf. sag C 353/89 Komm mod NL, Saml 1991 I 4069). Derfor har direktiv 86/378 valgt det rigtigere udgangspunkt.

Jeg vil dvæle et øjeblik ved den amerikanske dom, fordi den viser, at nissen flytter med. Inden dommen var afsagt, var konsekvenserne af underlødigheden klare. Staten Arizona afskaffede nemlig løbende livsvarig pension og gik over til kapitalpensioner. Og Arizona kunne med henvisning til Supreme Court sige, at alle fik det samme i US \$, og at levetidsforskelle mellem mænd og kvinder ikke er juridisk relevante. Summa summarum: Det gav

kvinder en dårligere ordening.

Lad os løbe linen ud, tage US Supreme Court på ordet og antage, at mænd og kvinder dør ens. Hvis man derfor antager, at mænd lever lige så længe som kvinder, vil det give store risikosummer og siden enorme ufordelte reserver. Og lader man kvinder dø lige så hurtigt som mænd, vil virkelighedens alvor ironisere. Ingen ordmængde kan redde skabet fra skifteretten. Vi ved, at begge dele er det politiske system imod. Navnlig ser vi, hvordan de *samme* politikere taler om, at forsikringsselskaber er privat virksomhed, at de ikke må gå konkurs, og at den ikke må have for store reserver.

Endelig er der i dette et bevisbyrdeproblem.

200 års aktuarvidenskab har påvist, at mænds og kvinders dødelighed er forskellig. I den læseligste af alle juridiske disputater — Tybjerg: Om bevisbyrden (1904) — er en sund hovedtese, at den, der påstår noget usandsynligt, må selv bevise det. Kommissionen har aldrig anført — og ej heller forsøgt at anføre — noget, der procesretligt kan klassificeres som bevis mod aktuarvidenskabens antagelser. Det ville efter vor retsplejelov give en procesrisiko. Og Domstolen antog allerede før Coloroll-sagen, at der er disse levetidsforskelle, og at aktuarvidenskaben er et lødigt og nødvendigt redskab i så henseende:

”De aktuarmæssige faktorer, der er tale om, er i det væsentlige knyttet til demografiske antagelser. Eftersom kvinder gennemsnitligt lever længere end mænd, er deres pension mere byrdefuld end mændenes, således at arbejdsgiveren må indbetale højere bidrag.” (præmis 73)

### **Dommen anvendt på danske pensionsordninger**

Coloroll-sagen viser, at den aftalemæssige udformning af en arbejdsmarkedspension er afgørende i relation til art. 119. Metodemæssigt betyder det, at man ikke kan behandle eller løse disse problemer for alle forsikrings-

ordninger under ét. Derfor må vi i det følgende gennemgå de tre normale typer ordninger på det danske marked hver for sig:

I den første type loves udbetaling af en løbende pension, der er relateret til lønnen.

I den anden loves indbetaling af et periodisk, lønrelateret bidrag til et pengeinstitut.

I den tredje loves indbetaling af et periodisk, lønrelateret bidrag til en forsikrings- eller pensionsvirksomhed.

Et vigtigt spørgsmål er, hvad er ”pension”. Domstolen definerer det som

”ydelse, som arbejdstagerne som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren, og at de altså må betragtes som løn i artikel 119’s forstand, idet de fuldt ud finansieres af arbejdsgiveren eller af arbejdstagerne i forening, uden at der i noget tilfælde ydes bidrag hertil af det offentlige”.(præmis 87)

I forhold til art.119 gør det således ingen forskel i de kollektive pensionsordninger, fra hvem af parterne bidraget formelt kommer.

Derimod siger dommen, at supplerende ydelser, som den ansatte frivilligt køber sig til i samme pensionsinstitut, som forvalter den kollektive ordning, generelt er uden for art.119. Dette er et vigtigt fortolkningsdatum, fordi det viser, at forsikringsvirksomheder isoleret set ikke er pligtsubjekt under art. 119. Det er de kun, i det omfang de virker som legal fuldmægtig for arbejdsgivere.

Det giver os anledning til at fremhæve, at det proceduremæssige problem ligger i, hvornår pension kan antages at komme *indirekte* fra arbejdsgiveren. Den direkte forskelsbehandling vil enten være åbenbar i form af forskellige procentsatser eller pensionsaldre for mænd og kvinder eller være konsekvens af forskelle i løn.

I enhver pensionsordning er der mindst ét løfte, nemlig arbejdsgiverens løfte til den ansatte om pension eller pensionsydelse. Det omfattes af art. 119, og var der ikke andet, var alt uproblematisk og uinteressant. Rets-

stillingen er klar. Men det forekommer kun i mindre omfang i Danmark uden for tjenestemandspensionen.

Nogle arbejdsgivere ønsker at begrænse deres risiko. Medarbejderne ønsker at sikre sig mod arbejdsgiverens konkurs. Og finansverdenens organisationer finder, at pensionsydelse omfattes af deres eneret.

Lovgivningsmagten deler disse synspunkter, der gør det muligt at sikre midlerne under særlig lovgivning kombineret med kontrol fra Finanstilsynet. Bortset fra tjenestemandspensioner og direktørpensioner er der derfor skubbet en af arbejdsgiveren uafhængig juridisk person ind: Pengeinstitut, forsikringselskab, tværgående pensionskasse eller firmapensionskasse. Og dermed føjes to løfter til: Løftet fra arbejdsgiveren til instituttet om at betale pensionsbidrag og løftet fra pensionsinstituttet til medarbejderen om til sin tid at udbetale pension.

Det er klart, at der er en sammenhæng mellem de tre løfter. Men det er lige så klart, at de kontraktsretligt er tre selvstændige kontrakter, der til dels reguleres af forskellige retsområder: arbejdsretten, alm. kontraktsret og forsikrings- og pengeinstitutaftaleret. Og som det vil fremgå af den kommende betænkning fra Pensionsoverførselsudvalget (bet. 1293/1995), er der på det område en konflikt om forrang mellem arbejds- og forsikringsretten og familie- og socialretten.

De kontraktsretlige forhold og pensionsinstituttets uafhængighed gør, at man i vort system som udgangspunkt må sige, at pensionen *ikke* kan være en ”indirekte” ydelse fra arbejdsgiveren.

## **De ydelsesdefinerede ordninger**

Betragter vi den typiske ydelsesdefinerede ordning, lover den en procentdel af lønnen på pensioneringstidspunktet som pension. Og man kan derfor sige, at hvis grundlønnen opfylder ligelønskravet, er situationen upro-

blematisk. Enten er der ingen forskelsbehandling, eller også er den helt åbenbar og da uproblematisk.

Nogle situationer er helt uproblematisk. Det gælder tjenestemandsoordninger, hvor arbejdsgiver og pensionsinstitut er identiske. Og Domstolen fastslog med rette, at den omstændighed, at en arbejdsgiver indskyder en forvalter af sit pensionsløfte — som en trust eller f.x. Apotekervæsnets Pensionsordning — ikke i sig selv gør nogen forskel, og ikke kan berettige til at inddrage aktuariemæssige faktorer til at skabe lønforskelle. Det følger for en dansk jurist vel allerede af løfternes karakter.

Men tilsynslovgivningen kræver, at firmapensionsordninger tilnærmes til ”rigtig” forsikring. I så fald bliver der som i de andre situationer tre løfter:

- arbejdsgiverens løfte til den ansatte om udbetaling af en nærmere defineret pension,
- pensionsinstitutets løfte til den ansatte om at udbetale denne pension og
- arbejdsgiverens løfte til pensionsinstituttet om at indbetale fornødne pensionsbidrag.

De to første løfter er identiske, mens det tredje løfte er en konsekvens af de to første.

Som påpeget af aktuarudvalget i betænkningen om pensionskasseloven (bet. 1096/1987), har centrale forsikringsbegreber som udtrædelsesgodtgørelse eller bonus principielt ingen mening i en firmapensionskasseordning. Ikke desto mindre blev det her, slaget stod, på grund af udtrædelsesgodtgørelsen. Efter Coloroll-dommen lever kvinder længere end mænd, og derfor må man give kvinder større udtrædelsesgodtgørelser end mænd, hvis de skal kunne købe sig samme ydelse i et livsforsikringselskab:

”At der tages hensyn til sådanne aktuariemæssige faktorer giver sig, især ved konvertering af en del af pensionen til en engangsydelse og overførsel af optjente rettigheder, udslag i, at de beløb, mandlige arbejdsgivere

har krav på, er lavere end dem, kvindelige arbejdstagere har krav på.(præmis 74)

.....at anvendelse af forskellige aktuariemæssige faktorer for mænd og kvinder i forbindelse med erhvervstilknyttede pensionsordninger, der er funderede og ydelsesdefinerede, ikke falder ind under anvendelsesområdet for traktatens artikel 119.(præmis 76)

... til forskel fra, hvad der gælder for den periodiske udbetaling af pensionen, skal det forhold, at der på grund af anvendelsen af forskellige aktuariemæssige faktorer for mænd og kvinder ikke indbetales samme arbejdsgiverbidrag i forbindelse med funderede ydelsesdefinerede ordninger, ikke bedømmes efter artikel 119.”(præmis 81)

Men hvordan harmonerer denne fortolkning med artikel 119’ ordlyd? Jo, siger Domstolen, det skyldes, at artikel 119 kun regulerer *arbejdsgiverens løfte* og de retlige forventninger, det kan skabe. Den undersøger derfor, hvad der er inden hhv. uden for dette løfte:

”*arbejdsgiveren, efter omstændighederne ensidigt, forpligter sig til at udbetale bestemte ydelser til de ansatte eller til at give dem særlige fordele, og at de ansatte parallelt hermed forventer, at arbejdsgiveren udbetaler dem disse ydelser eller giver dem disse fordele....alt, hvad der ikke følger af denne forpligtelse, og som derfor heller ikke ligger inden for de ansattes forventninger ... (er) begrebet løn uvedkommende (præmis 78)*

*Arbejdsgiveren (har) over for den ansatte påtaget sig en forpligtelse til på et givet tidspunkt at betale en periodisk pension, som fastsættes efter kriterier, der allerede er kendt på det tidspunkt, hvor tilsagnet gives, og som er løn i artikel 119’s forstand. Forpligtelsen vedrører derimod ikke nødvendigvis den finansieringsmåde, der vælges med henblik på at sikre den periodiske udbetaling af pensionen, og finansieringsmåden falder således uden for artikel 119’s anvendelsesområde. (præmis 79)*

*Bidragene fra arbejdstagerne udgør en del af disses løn, idet de indeholdes i vederlaget for arbejdet, som pr. definition er løn ... bidra-*

gene skal således være ens for alle arbejdstagere, både mænd og kvinder. Det forholder sig anderledes med hensyn til arbejdsgiverbidragene, som skal sikre, at der er det nødvendige finansielle grundlag for pensionstilsgagnene, således at pensionerne kan udbetales engang i fremtiden, hvilket er det, arbejdsgiveren har forpligtet sig til.”(præmis 80)

### **Pengeinstitutordningerne**

I pengeinstitutordningerne er der også tre løfter:

- arbejdsgiverens løfte til medarbejderen om løbende at indbetale lønrelateret pensionsbidrag til et pengeinstitut,
- arbejdsgiverens løfte til pengeinstituttet om løbende at indbetale dette bidrag og
- pengeinstituttets løfte til medarbejderen om at forvalte de indbetalte midler og til sin tid at udbetale dem.

Også her er der to løfter af samme indhold. Men her er det arbejdsgiverens to løfter. Pengeinstituttets løfte er selvfølgelig betinget af indbetalinger, men er i øvrigt ikke som i det forrige tilfælde et afledt løfte.

Coloroll-dommen viste, at det er afgørende at fastlægge, hvad arbejdsgiverens løfte går ud på. Arbejdsgiveren har ikke lovet pension. Hans løfte er bidragsbetalingen, og hans pligter er ophørt hermed. Går pengeinstituttet konkurs, er det arbejdsgiveren uvedkommende, hvilket vi bl.a. kan se af indskydergarantifondsloven. Går det omvendt godt, så der tjenes mere end forudsat, er det også arbejdsgiveren uvedkommende. Det skal gå til den ansatte, uden at arbejdsgiverens fremtidige forpligtelser af den grund kan formindskes. Selv om arbejdsgiveren er væk på pensioneringstidspunktet, udbetaler banken en rate- eller kapitalpension. Det betyder, at man ikke kan sige, at pensionens størrelse hidrører fra arbejdsgiverens løfter.

I pengeinstitutordninger er art.119s ”indirekte”-problem skjult af, at der er beløbs-

mæssig lighed mellem mænd og kvinder. Pengeinstitutter kan kun give kapital- og ratepensioner, svarende til den enkeltes indbetaling. Det følger af forsikringsloven, der giver livsforsikringsselskaber eneret på at love ydelser, hvori risici indgår. Hvis der er betalt ens bidrag som forlangt af art.119, medfører pengeinstitutordningen total ligebehandling. Ordningen er juridisk uangribelig, hvad enten man anerkender, at kvinder lever længere end mænd eller ej. Men i virkelighedens verden er der et problem for kvinder og for samfundet.

### **De bidragsdefinerede forsikringsordninger**

I livsforsikringsselskabers og tværgående pensionskassers pensionsordninger er der tre løfter:

- arbejdsgiverens løfte til medarbejderen om løbende at indbetale lønrelateret pensionsbidrag til forsikringsordningen,
- arbejdsgiverens løfte til pensionsinstituttet om løbende at indbetale dette bidrag og
- pensionsinstituttets løfte til medarbejderen om at forvalte de indbetalte midler i overens stemmelse med det tekniske grundlag og til sin tid at udbetale dem med tillæg af bonus.

Om løfternes indhold gælder det samme som ved pengeinstitutordninger. De to løfter af samme indhold er arbejdsgiverens to løfter. Pensionsinstituttets løfte er selvfølgelig betinget af indbetalinger, men er i øvrigt som følge af forsikringsaftaleretten ikke et afledt løfte.

Lighederne mellem pengeinstitut- og forsikringsordningerne er dog større end som så. Et karakteristikon ved forsikringsordningerne er den garanterede mindsterente, men hvis pengeinstitutordningen er et kontant indskud, er der i kraft af obligationsrettens regler om depositum en 0-rente garanti.

Centralt er indholdet af arbejdsgiverens løfte: Arbejdsgiveren har ikke lovet pension.



Hans pligt er alene bidragsbetalingen, d.v.s. at han ikke har påtaget sig en risiko for det senere livsforløb. Går pensionsinstituttet konkurs, er det arbejdsgiveren uvedkommende. Går det omvendt godt, så der tjenes mere end forudsat, er det også arbejdsgiveren uvedkommende. Det går til den ansatte i form af bonus, uden at arbejdsgiverens fremtidige forpligtelse af den grund kan formindskes. Selv om arbejdsgiveren er væk på pensioneringstidspunktet, udbetaler forsikringsskabet pension. Og på grund af forsikringsordningernes tekniske opbygning med bonus kan man end mindre end ved pengeinstitutorordninger sige, at pensionens størrelse hidrører fra arbejdsgiverens løfter. Og Domstolen har netop fastslået, at finansieringsordninger, d.v.s. forsikringsordninger som sådan, er uden for art.119. De reguleres af traktatens art. 52-66 og de direktiver, der vedtages under de regler.

På ét punkt er der muligvis en forskel mellem forsikringsselskaber og banker. Tilsyneladende har forsikringsselskaber og pensionskasser en vis opsynspligt i relation til art. 119.

Det kan komme frem omkring deltidsansatte. Her kendes i Danmark mange ordninger, der giver deltidsansatte en anden/mindre beskyttelse end andre. Udgangspunktet har ofte været funktionærlovens 15-timers regel.

EF-domstolen har for nylig om deltidsansattes adgang til pensionsordningen udtalt:

”Når deltidsbeskæftigede arbejdstagere udelukkes fra ordningen, er [artikel 119] kun tilsidesat, såfremt foranstaltningen rammer et meget større antal kvinder end mænd, medmindre arbejdsgiveren godtgør, at den kan forklares ved andre — objektivt begrundede — faktorer end forskelsbehandling på grundlag af køn”. (Sag C-57/93 ”Vroege”, dom 28.9.1994, præmis 17).

I Coloroll-sagen fastslog Domstolen, at også den, der forvalter en pensionsordning, kan have pligt til at gøre alt for at få art. 119 overholdt. Pensionsordningen må f.eks. an-

lægge sag for at få ulovlige regler kendt uvirkelige, eller for at få de ”manglende” midler indkrævet fra arbejdsgiveren.

Her kunne man standse. Men det gør debatten ikke. Jeg vil derfor drøfte de aktuarmæssige faktorer med udgangspunkt i antagelserne om pengeinstitutprodukterne. De samme produkter (kapital- og ratepensioner) er også blandt forsikringsbranchens klassiske opsparingsprodukter. Og der er i praksis tale om ens produkter. I koncerner med både bank og livsforsikringsselskab, kan kunden få tilbud om at anbringe opsparingsdelen det ene eller det andet sted.

Om mænds og kvinders kapital- og ratepensioner i forsikringsselskaber kan vi sige det samme som for ordningerne i pengeinstitutter: Der er beløbsmæssig lighed mellem mænd og kvinder, bortset fra eventuelle bidrag til døds- og invaliditetsrisiko. Det følger af reglerne for disse ordninger, hvis der er givet ens bidrag på grundlag af lige løn.

*Men herefter kan vi konstatere, at også ved den løbende livsvarige ydelse får mænd og kvinder det samme, og at det netop er aktuareren, der sikrer det.* Alle tre forsikringsformer er jo reelt kapitalforsikringer, fordi de beregnes på grundlag af opsparingsdelens reserve. Og aktuareren beregner den selvfølgelig efter samme principper for mænd og kvinder. Forskellen ligger alene i det tidsrum, hvorover man skal strække udbetalingen. At det er rigtigt, kan bedst illustreres ved, at tilsagnet om en løbende livsvarig ydelse kan afløses af en engangssum i form af udtrædelsesgodtgørelse. Og det kan ikke seriøst hævdes, at nogle af dem, der har — endsige har valgt — udbetalingsformen løbende livsvarig ydelse, derved kan generere sig et retskrav på større reserver på kollektivets bekostning. Udbetalingsformen (betalingsretshandlen) kan ikke påvirke debitorens forpligtelse efter hovedydelsen.

Men at den valgte udbetalingsform bør for-

øge hovedydelsen er, hvad de, der er uenige, reelt kræver, når det oversættes til juraens sprog. Herved kommer det også meget klart frem, at det ikke er en juridisk eller forsikringsrelateret argumentation. Det er en tilbage-slutning fra en påstand om, at afgørende for, hvad man skal have, skal være det, andre får pr. måned, uanset anden risiko- og opsparingsprofil. Det er en negation af forsikringstanken. Død er den eneste sikre begivenhed, man kan forsikre sig imod. Andre kendte risici som sandsynlige levetid eller stråtag kan derfor kun udliges ved højere præmie — og det er netop det, lovgivningsmagten har sagt i 1986-direktivets art. 6.

Jeg vil godt afslutte dette med at nævne, at mange tilsyneladende tror, at et forsikrings-selskabs midler er en stor ufordelt masse. Det skinner også igennem i dommen, og er muligt korrekt i de ydelsesdefinerede ordninger. Men det er ikke rigtigt i pengeinstitutordningerne. Og det er ej heller rigtigt i moderne pensions- og livsforsikringsvirksomhed. Det meste er fordelt, hvad enhver kan se på sit årlige pensionstilsagn. Det hænger selvfølgelig sammen med, at det er centralt, at risiko og bonus er korrekt og ”rimeligt” fordelt, d.v.s. fordelt i overensstemmelse med opsparingen. Og det vil blive mere udtalt i den kommende tid gennem de såkaldte medlemskonti for de ufordelelige midler. Og denne stadige produktudvikling er både selvfølgelig og vigtig i vor økonomi.

### **Løsning og fremtidsudsigter**

Hvad jeg hidtil har sagt, fortæller os, at der netop i kraft af aktuarvidenskaben gives ligebehandling også uden for art. 119's område, og hele denne diskussion er derfor noget uvirkelig.

Det betyder ofte, at problemet er noget andet. Men når man vil tale om reelle problemer, bør man altid lige spørge, om der blot er ét.

I en vis forstand er svaret nej. Der er ikke noget problem for forsikringsbranchen i Danmark. Den respekterer både art. 119, de tre livsforsikringsdirektiver og 1986-direktivet.

Men der kan være et politisk problem i et indkomstniveau for kvinder, der hænger sammen med, at reserven skal fordeles over en længere tid. Hvis det er et problem, at kvinder er sundere end mænd, er det vanskeligt at klassificerede det som et forsikringsproblem eller et forsikringsretligt problem.

Men hvorfor kan man ikke løse det i forsikringsbranchen. Ofte henviser man til ATP og til unisex-grundlaget. De to eksempler er dog af meget forskellig karakter.

ATP er indstiftet ved lov og opkræver bidrag af arbejdsgiveren, som fordeles efter specielle kriterier i loven, der ikke er helt proportionelle med indbetalingen for den enkelte. Her foretages lovbestemte omfordelinger. ATP må karakteriseres som en parafiskal afgift, der bruges til social støtte efter EF-traktatens art. 92, stk.2, litra b. De i loven nedlagte principper for ydelser ville ikke kunne gennemføres uden lov. De har et så platonisk forhold til forsikringsbegrebet, at ATP ikke kunne få koncession efter lov om forsikringsvirksomhed. Hvis den blev søgt karakteriseret som forsikring, ville ATP ikke blot støde på tekniske problemer, men også på grl. § 73 på grund af tvungen omfordeling, jf. sagen om ”lex Ritt”.

Unisex-grundlaget hviler ikke på, at mænd og kvinder lever lige længe, men tværtom på, at der er mænd i ordningen, fra hvem 10-15% kan omfordeles til kvinderne. Dernæst forudsætter det, at det vedtages af medlemmerne selv på generalforsamlingen. En større omfordeling fra en gruppe til en anden er dog ikke problemfri i ordninger med tvungent medlemskab i relation til grl. § 73 og kan også kræve en højere majoritet på generalforsamlingen end 2/3. Den almindelige selskabsretlige grundsætning, der kan udledes af

aktieselskabslovens §§ 79 og 80 og anparts-selskabslovens §§ 60 og 61, ligger i intervallet fra 9/10 til samtlige.

Der er to grunde til at nævne det nu. Den ene er, at samtidig med unisex-debatten begrænses ægtefælledækningen, som de mandlige medlemmer trækker mere på på grund af levetidsforskellen. Den anden er, at dette gør pensionsordningerne meget sårbare i konkurrencen med de individuelle bank- og forsikringsordninger om mandlige kunder. De almindelige regler om rådgivningsansvar må medføre, at der inden en aftales indgåelse *skal* oplyses om systematiske omfordelinger. Og principperne om informations- og ytringsfrihed kræver, at det her *skal* lægges til grund, at der er tale om systematisk omfordeling.

### **Afslutning**

Min konklusion af denne analyse er, at ligestillingsproblemet er et politisk problem. Det er et samfunds-omfordelingsproblem.

Det kunne vi løse ved at give kvinder højere bidrag. Det er 1986-direktivets løsning. Men det gør kvinder dyrere i konkurrencen, hvor de i forvejen kan have handicap.

Man kunne også lave store udligningsordninger. Vi kender det fra arbejdsskade, og vi drøftede det for helbredsforskelle generelt i Pensionsoverførselsudvalgets 2. betænkning. Desværre må man sige, at rent bortset fra juridiske problemer er slige bureaukratiske mastodonter uattraktive. De forudsætter også monopoler og tvangsanvisning af medlemskab ved lov og giver ikke-målelige problemer i den grænseoverskridende konkurrence.

Staten kunne imidlertid også selv fralægge sig den windfall-gain, den får på grund af kvinders bedre sundhedstilstand i forhold til mænds. Hvad med ikke at belaste kvinders reserver med realrenteafgift i de første fem år af pensionisttilværelsen? Eller at føre indkomstskatten af pensionen for de første fem års pension tilbage til reserven?

Men én metode burde i vort land være udelukket: Man bør ikke fordreje eller fortie sig til en gang window-dressing. Det er uværdigt, og man kan være evigt forvisset om sandheden af Kierkegaards ord om, at livets alvor vil ironisere over den slags forsøg, omend de synes at lykkes for øjeblikket.