

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

DÁMASO. RUIZ-JARABO COLOMER

fremSAT den 6. september 2007¹

I — Indledning

af homoseksualitet³ som en nødvendig fase i opnåelsen af lighed og respekt for alle mennesker.

1. Bayerisches Verwaltungsgericht München har i medfør af artikel 234 EF forelagt Domstolen fem præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv².

3. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om det krav, som er fremsat af sagsøgeren i hovedsagen, kan støttes på direktivet (første og andet spørgsmål), om der foreligger forskelsbehandling på grund af seksuel orientering i strid med direktivet (tredje og fjerde spørgsmål), og om retten til pension eventuelt skal begrænses tidsmæssigt (femte spørgsmål).

2. Sagen er opstået i forbindelse med et afslag på udbetaling af pension til en efterlevende partner i et par bestående af personer af samme køn, der ikke var gift, fordi ægteskab efter national ret er forbeholdt heteroseksuelle par. Sagen skal således ses i sammenhæng med den lange proces hen imod accept

3 — G.E. Haggerty, *Gay Histories and Cultures. An Encyclopedia*, Garland Publishing, New York og London, 2000, s. 451, skriver, at ordet »homoseksualitet« blev anvendt første gang i 1869 af den tysk-ungarske forfatter og oversætter Karl Maria Kertbeny (1824-1882) i et indlæg imod en bestemmelse i den preussiske straffelov, hvorefter seksuelle forhold mellem mænd var strafbare. Kertbeny forsøgte forgæves at få bestemmelsen ophævet. Den blev indsat i det tyske kejserriges straffelovbog i 1871. Senere blev straffebestemmelsen skærpet i tiden under Det Tredje Rige, og den forblev i kraft i Forbundsrepublikken indtil 1969. I 1880'erne blev Kertbenys sproglige nydannelse bemærket af den kendte sexolog Richard von Krafft-Ebing, der brugte ordet i sit værk *Psychopathia sexualis*, som var meget populært i 1886-87, og i slutningen af det 19. århundrede blev ordet almindeligt i medicinske og videnskabelige kredse.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — EFT L 303, s. 16.

4. Det er således nødvendigt at tage stilling til to forhold, nemlig dels afgrænsningen af begrebet løn i forhold til begrebet social sikringsydelse, dels spørgsmålet vedrørende forskelsbehandling på grund af seksuel orientering. Det første forhold er ofte blevet undersøgt i retspraksis, mens Domstolen kun ved enkelte lejligheder har taget stilling til det sidste.

Europa-Parlamentet træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.«

6. Ved Nice-traktaten⁵ blev der føjet et stk. 2 til artikel 13 EF, der lyder således:

II — Retsforskrifter

A — Fællesskabsretten

1. EF-traktaten

5. Ved Amsterdam-traktaten⁴ blev der indføjet en ny udgave af artikel 13, stk. 1, i EF-traktaten med følgende ordlyd:

»1. Med forbehold af denne traktats øvrige bestemmelser og inden for rammerne af de beføjelser, som traktaten tillægger Fællesskabet, kan Rådet med enstemmighed på forslag af Kommissionen og efter høring af

»2. Når Rådet, uden at der er tale om nogen form for harmonisering af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, vedtager fællesskabstilsynsforanstaltninger til støtte for medlemsstaternes aktioner med henblik på at bidrage til virkeliggørelsen af målene i stk. 1, træffer det uanset stk. 1 afgørelse efter fremgangsmåden i artikel 251.«

2. Direktiv 2000/78

7. Dette direktiv er vedtaget med hjemmel i artikel 13 EF og indeholder nogle betragtninger, som er af interesse for sagen. I betragtning 13 hedder det således, at direktivet ikke finder anvendelse på »ordninger for social sikring og social beskyttelse, hvis

4 — EFT 1997 C 340, s. 1.

5 — EFT 2001 C 80, s. 1.

ydelser ikke er sidestillet med løn i den betydning, dette udtryk er anvendt i EF-traktatens artikel 141, eller på udbetalinger af enhver art fra staten, hvor formålet er adgang til eller bibeholdelse af beskæftigelsen«. I betragtning 22 anføres det, at fællesskabsbestemmelserne »[ikke berører] national ret vedrørende civilstand og ydelser, der er afhængige heraf«.

fastsættes i stk. 2 visse undtagelser, således at der f.eks. ikke foreligger forskelsbehandling, hvis en bestemmelse er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

8. Direktivet har ifølge artikel 1 til formål, »med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering«.

10. »Anvendelsesområdet« for direktivet er fastsat i artikel 3:

»1. Inden for rammerne af Fællesskabets beføjelser finder dette direktiv anvendelse både i den offentlige og den private sektor [...] på alle personer for så vidt angår:

9. I artikel 2 defineres begrebet »forskelsbehandling«, og der sondres herved i stk. 1 mellem direkte og indirekte forskelsbehandling. I henhold til stk. 2 foreligger der »direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet«, og »indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer med en bestemt religion eller tro, et bestemt handicap, personer, som tilhører en bestemt aldersgruppe, eller personer med en bestemt seksuel orientering, særlig ufordegnagtigt i forhold til andre personer«. Der

- a) vilkårene for adgang til lønnet beskæftigelse, udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed og erhvervsmæssig beskæftigelse, herunder udvælgelseskriterier og ansættelsesvilkår, uanset branche og uanset niveau i erhvervshierarkiet, herunder i henseende til forfremmelse
- b) adgang til alle typer af og niveauer for erhvervsvejledning, erhvervsuddannelse, erhvervsmæssig videreuddannelse og omskoling, herunder praktisk arbejds erfaring

- c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn bestemmelser i national ret senest den 2. december 2003⁶. Gesetz zur Umsetzung Europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (lov om gennemførelse af EF's direktiver om ligebehandlingsprincippet) blev imidlertid først vedtaget den 14. august 2006⁷.
- d) medlemskab af og deltagelse i en arbejdstager- eller arbejdsgiverorganisation eller en organisation, hvis medlemmer udøver et bestemt erhverv, herunder de fordele, sådanne organisationer giver medlemmerne.

[...]

3. Dette direktiv omfatter ikke udbetalinger af enhver art fra offentlige eller lignende ordninger, herunder offentlige ordninger for social sikring og social beskyttelse eller lignende ordninger.

[...]«

2. Efterladtepensionen og det udbetalende organ

12. Tarifordnung für die deutschen Theater (kollektiv overenskomst for de tyske teatre) af 27. oktober 1937⁸ forpligter i § 1 alle arbejdsgivere til at tegne en pensions- og efterladteforsikring for de scenekunstnere, de ansætter. Ifølge § 4 betaler arbejdsgiveren og arbejdstagerne hver halvdelen af præmien.

B — De tyske bestemmelser

1. Gennemførelsen af direktiv 2000/78

11. I henhold til direktivets artikel 18 skulle medlemsstaterne gennemføre dets

6 — I henhold til artikel 18, stk. 2, kunne medlemsstaterne på visse betingelser få en yderligere frist på tre år fra den 2.12.2003 til at iværksætte direktivets bestemmelser om forskelsbehandling på grund af alder og handicap.

7 — BGBl. I, s. 1897. Denne lov gennemfører foruden direktiv 2000/78 også Rådets direktiv 2000/43/EF af 29.6.2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (EFT L 180, s. 22), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF af 23.9.2002 om ændring af Rådets direktiv 76/207/EOF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 269, s. 15) og Rådets direktiv 2004/113/EF af 13.12.2004 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser (EUT L 373, s. 37).

8 — Reichsarbeitsblatt 1937, del VI, s. 1080.

13. Det organ, som forvalter forsikringsordningen, er Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (herefter »Vddb«), der er en offentligretlig juridisk person under Bayerische Versorgungskammer. Vddb ligger i München, og dets virksomhed omfatter hele Forbundsrepublikken. I dets vedtægter af 12. december 1991⁹ er der fastsat nærmere bestemmelser om organets sammensætning og opgaver og om de ydelser, det skal levere.

14. Ifølge vedtægternes § 27, stk. 2, kan der kun udbetales ydelser til efterladte, hvis den lovpligtige eller frivillige forsikring var i kraft på tidspunktet umiddelbart før forsikringsbegivenhedens indtræden, og karenstiden er udstået.

15. I vedtægternes §§ 32 og 34 bestemmes det konkret, at en efterladt »enke« eller »enkemand« har krav på enke(mands)pension, hvis »ægteskabet« bestod på tidspunktet for den forsikredes død.

3. Bestemmelserne om registreret partnerskab

16. Ved Lebenspartnerschaftsgesetz (lov om registreret partnerskab, herefter »LpartG«)

af 16. februar 2001¹⁰ blev der for personer af samme køn skabt et nyt retsinstitut på det familieretlige område, som minder meget om ægteskabet.

17. I henhold til § 1, stk. 1, kan der indgås registreret partnerskab mellem to personer, som erklærer at ville leve sammen i et livslangt fællesskab. Partnerne skal, så længe partnerskabet består, yde hinanden hjælp og støtte (§ 2). De skal bidrage til den fælles forsørgelse og er hvad forsørgelsespligten angår undergivet de samme bestemmelser, som gælder for ægtefæller i henhold til Bürgerliches Gesetzbuch (§ 5). Registreret partnerskab indgås — ligesom ægteskab — med akkvisitionsfællesskab, medmindre andet aftales (§ 6). En registreret partner anses for at være medlem af partnerens familie (§ 11). Også ved separation gælder det, som efter Bürgerliches Gesetzbuch, at forsørgelsespligten opretholdes (§ 16), og at der foretages en kompenserende deling af partnernes pensionsrettigheder (§ 20).

18. Ved § 46, stk. 4, i sjette bog i Sozialgesetzbuch (lov om social sikring)¹¹ blev registreret

9 — Bundesanzeiger 1991, s. 8326, og 1992, s. 546, med senere ændringer.

10 — BGBl. I, s. 266, senere ændret.

11 — Som affattet ved Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (lov om ændring af bestemmelserne om registreret partnerskab) af 15.12.2004 (BGBl. I, s. 3396), som repræsentanten for Vddb dog ser bort fra, idet han under retsmødet anførte, at § 46 udelukker ligestilling for så vidt angår pensioner.

partnerskab sidestillet med ægteskab for så vidt angår den lovbestemte alderspension.

Vddb ved afgørelse af 28. februar 2005 afviste at tildele ham med den begrundelse, at der efter vedtægterne ikke er mulighed for at give efterladteydelse til registrerede partnere. Tadao Maruko har fået afslag på en klage over denne afgørelse og har herefter anlagt sag til prøvelse af denne.

III — De faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

19. Den 8. november 2001 indgik Tadao Maruko og en anden mand registreret partnerskab i medfør af LPartG.

20. Tadao Marukos partner designede teaterkostumer og havde siden den 1. september 1959 uden afbrydelse været forsikret hos Vddb, idet han efter forsikringspligtens ophør fortsatte med at indbetale frivilligt til pensionen i perioden fra den 1. september 1975 til den 30. september 1991. Han døde den 12. januar 2005.

21. Den 17. februar 2005 ansøgte Tadao Maruko om enkemandspension¹², hvilken

22. Bayerisches Verwaltungsgericht München har lagt til grund, at sagsøgeren efter de tyske bestemmelser ikke har krav på enkemandspension, idet det i henhold til §§ 32 og 34 i vedtægterne for Vddb er en betingelse, at der er indgået ægteskab mellem ansøgeren og den forsikrede. Det er i denne forbindelse ikke muligt at foretage en udvidende fortolkning af begreberne »enkemand« og »enke«, »ægtemand« og »ægtehustru«, og registreret partnerskab er forbeholdt personer, som ikke kan indgå ægteskab. Endvidere er de nævnte vedtægtsbestemmelser forenelige med trin højere retsnormer, nærmere bestemt den tyske grundlovs artikel 3¹³.

23. Da sagsøgeren følgelig kun vil kunne få medhold i sagen i henhold til fællesskabsbestemmelserne, har retten udsat sagen og

12 — Det vides ikke, om han oppebærer pension fra den tyske sociale sikringsordning, for hans repræsentant var ikke i stand til at besvare det spørgsmål, jeg stillede ham herom under retsmødet.

13 — Kendelse afsagt den 29.2.2000 af Bundesverfassungsgericht og dom afsagt den 29.7.2005 af Bayerischer Verwaltungsgerichtshof.

forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal en erhvervstilknyttet lovpligtig pensionsforsikringsordning — som pensionsforsikringsordningen for personale ved tyske teatre i det foreliggende tilfælde — sidestilles med en offentlig ordning i henhold til artikel 3, stk. 3, i [direktiv 2000/78]?
- 2) Skal ydelser til efterladte i form af enkeholdsvis enkemandspension fra en erhvervstilknyttet lovpligtig pensionsforsikringsinstitution anses for løn i henhold til artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78?
- 3) Er artikel 1, jf. artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78 til hinder for vedtægtsbestemmelser for en tillægspensionsordning af den her foreliggende art, hvorefter en registreret partner efter sin partners død ikke tildeles efterladtepension ligesom ægtefæller, selv om han ligesom ægtefæller lever i et formelt forpligtende omsorgsfællesskab, der er indgået for resten af livet?
- 4) Såfremt det foregående spørgsmål skal besvares bekræftende, er forskelsbehandling på grund af seksuel orientering da tilladt under henvisning til betragtning 22 til direktiv 2000/78?
- 5) Skal efterladtepension på grund af Barberdommen (sag C-262/88)¹⁴ begrænses til perioder efter den 17. maj 1990?»

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

24. VddB, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg inden for den frist, der er fastsat i artikel 23 i Domstolens statut.

25. VddB har gjort gældende, at det forvalter en offentlig ordning for social sikring, der som sådan ikke er omfattet af direktiv 2000/78. Under alle omstændigheder vil en efterladteydelse, der udbetales som

¹⁴ — Dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889.

enke(mands)pension af en lovpligtig pensionsforsikringsanstalt, ikke være omfattet af begrebet »løn« i dette direktivs artikel 3, stk. 1, litra c). Selv i lyset af direktivets bestemmelser indebærer vedtægterne for organet imidlertid ikke hverken direkte eller indirekte forskelsbehandling. Vddb mener endvidere, at henvisningen til civilstand i betragtning 22 til direktivet er relevant, selv om den ikke gentages i direktivets bestemmelser. Endelig er Barber-dommen efter Vddb's opfattelse ikke relevant, fordi den blev afsagt i en anden sammenhæng.

med ægteskab. Hvis en medlemsstat imidlertid gør dette, hvilket den nationale ret skal afgøre, vil den skulle overholde ligebehandlingsprincippet. På denne baggrund vil direkte, men ikke indirekte forskelsbehandling kunne udelukkes. Endelig skal det femte spørgsmål efter Kommissionens opfattelse ikke besvares, eftersom Barber-dommen vedrørte andre problemer end dem, der er rejst i den foreliggende sag.

26. Det Forenede Kongerige mener, at man først bør undersøge det fjerde spørgsmål i lyset af betragtning 22 til direktiv 2000/78, hvoraf det følger, at direktivet ikke finder anvendelse på ydelser, der afhænger af civilstand, som den i hovedsagen omhandlede, hvor ægteskab er en betingelse for at opnå ret til ydelsen. Det er derfor ikke nødvendigt at besvare de øvrige spørgsmål.

28. Under retsmødet, der blev afholdt den 19. juni 2007, afgav repræsentanterne for Tadao Maruko, Vddb, den nederlandske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen mundtlige indlæg.

27. Efter Kommissionens opfattelse udbetales den omhandlede pension ikke af en offentlig ordning for social sikring eller lignende ordning, idet den opfylder de af Domstolen opstillede betingelser for at kunne betegnes som »løn« og dermed for at være omfattet af artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78. Kommissionen foreslår at besvare det tredje og det fjerde spørgsmål sammen og henviser i denne forbindelse til fortolkningsværdien af betragtning 22 til direktivet, hvoraf det følger, at medlemsstaterne ikke har pligt til at sidestille registreret partnerskab

V — Om anvendeligheden af direktiv 2000/78

29. Først og fremmest skal opmærksomheden henledes på et vigtigt tidsmæssigt aspekt. Direktivet skulle være gennemført i national ret senest den 2. december 2003, men Forbundsrepublikken Tyskland vedtog

først den relevante lov den 14. august 2006¹⁵. Sagsøgeren i hovedsagen ansøgte om ydelsen den 17. februar 2005.

30. Dette leder mig til spørgsmålet om direktivers direkte virkning, som er genstand for en omfattende retspraksis. I henhold til denne praksis kan borgerne i tilfælde, hvor bestemmelserne i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, påberåbe sig disse bestemmelser over for staten, enten når denne ikke rettidigt har gennemført direktivet i national ret, eller når den ikke har gennemført det korrekt¹⁶. En fællesskabsbestemmelse er ubetinget, når den ikke er undergivet betingelser og heller ikke, i henseende til gennemførelse eller virkninger, er gjort afhængig af, at Fællesskabets institutioner eller medlemsstaterne udsteder retsakter i så henseende¹⁷; den er tilstrækkelig præcis, når den utvetydigt fastsætter en forpligtelse¹⁸.

15 — Ved dom af 23.2.2006 i sagen Kommissionen mod Tyskland (sag C-43/05, ikke trykt i Samling af Afgørelser) fastslog Domstolen, at Forbundsrepublikken Tyskland havde tilsidesat sine forpligtelser, idet den ikke havde gennemført direktivet rettidigt.

16 — Dom af 19.1.1982, sag 8/81, Becker, Sml. s. 53, præmis 25, af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 46, af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 40, af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839, præmis 29, af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357, præmis 11, af 11.7.2002, sag C-62/00, Marks & Spencer, Sml. I, s. 6325, præmis 25, og af 5.10.2004, forenede sager C-397/01-C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835, præmis 103.

17 — Dom af 3.4.1968, sag 28/67, Molkerei-Zentrale Westfalen, Sml. 1965-1968, s. 475, org.ref.: Rec. s. 211, af 23.2.1994, sag C-236/92, Comitato di coordinamento per la difesa della cava m.fl., Sml. I, s. 483, præmis 9, af 17.9.1996, forenede sager C-246/94 — C-249/94, Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio m.fl., Sml. I, s. 4373, præmis 18, og af 29.5.1997, sag C-389/95, Klattner, Sml. I, s. 2719, præmis 33.

18 — Dom af 4.12.1986, sag 71/85, Federatie Nederlandse Vakbeweging, Sml. s. 3855, præmis 18.

31. Det bemærkes desuden, at et organ, som — uanset sin retlige form — ved et mandat fra staten har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed under behørigt tilsyn, og som med henblik herpå har særlige beføjelser, hører til de organer, over for hvilke der kan støttes ret på direktivbestemmelser med direkte virkning¹⁹.

32. Det skal følgelig undersøges, om Tadao Maruko — når det er fastslået, at direktiv 2000/78 er gennemført for sent — kan forlange af Vddb, at det overholder direktivet.

33. For det første erklæres det i direktivets artikel 1, at formålet med direktivet er at bekæmpe forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af seksuel orientering, således at princippet om ligebehandling kan slå igennem. I artikel 2 defineres begrebet forskelsbehandling, og i artikel 3, stk. 1, opregnes de aspekter, med hensyn til hvilke der kan være tale om forskelsbehandling. Lønnen er et af disse aspekter. Direktiv 2000/78 indeholder således en ubetinget og præcis bestemmelse, der forbyder enhver lønmæssig forskelsbehandling af arbejdstagere på grund af seksuel orientering.

19 — Dom af 12.7.1990, sag C-188/89, Foster m.fl., Sml. I, s. 3313, præmis 19, af 14.9.2000, sag C-343/98, Collino og Chiappero, Sml. I, s. 6659, præmis 23, og af 5.2.2004, sag C-157/02, Rieser Internationale Transporte, Sml. I, s. 1477, præmis 24, samt domme af 7.9.2006, sag C-53/04, Marrosu og Sardino, Sml. I, s. 7213, præmis 29, og sag C-180/04, Vassallo, Sml. I, s. 7251, præmis 26, og Fratelli Costanzodomen, præmis 31.

34. For det andet er Vddb en offentlig-retlig juridisk person, som er under tilsyn af myndighederne.

som Tadao Maruko gør krav på, skal kvalificeres som løn i henhold til artikel 3, stk. 1, litra c), eller som en udbetaling fra en offentlig ordning for social sikring i henhold til artikel 3, stk. 3, således at ydelsen enten falder inden for eller uden for anvendelsesområdet for direktivets bestemmelser.

35. Jeg er derfor enig med Verwaltungsgericht og Kommissionen i, at betingelserne for at anerkende den direkte virkning er opfyldt i hovedsagen, med de heraf følgende virkninger.

38. For at kunne svare på dette spørgsmål og præcisere den omhandlede pensions retlige karakter skal det undersøges nærmere, hvad der ligger i de med hinanden uforenelige begreber »social sikringsydelse« og »løn«.

VI — Anvendelsesområdet for direktiv 2000/78

36. Når tvivlen om muligheden for at påberåbe sig den omhandlede fællesskabsbestemmelse således er ryddet af vejen, skal jeg foreslå Domstolen at besvare de to første spørgsmål fra Bayerisches Verwaltungsgericht München samlet, fordi de begge vedrører anvendelsesområdet for direktiv 2000/78.

39. Det fjerde præjudicielle spørgsmål tager sigte på en undersøgelse af rækkevidden af undtagelsen i betragtning 22 vedrørende ydelser, der afhænger af civilstand. Dette spørgsmål er således også relateret til direktivets anvendelsesområde, men da det vedrører et særligt område, skal det behandles særskilt.

A — Sociale sikringsydelser

37. I direktivets artikel 3 afgrænses dets anvendelsesområde positivt og negativt, idet det i stk. 1, litra a)-d), opregnes, hvilke aspekter det omfatter, mens det i stk. 3 anføres, hvilke det ikke omfatter. Den foreliggende ret ønsker oplyst, om den pension,

40. I artikel 3, stk. 3, i direktiv 2000/78 undtages udbetalinger af enhver art fra offentlige eller lignende ordninger, herunder offentlige ordninger for social sikring og social beskyttelse, og i betragtning 13 hedder

det, at direktivet ikke finder anvendelse på »ordninger for social sikring og social beskyttelse, hvis ydelser ikke er sidestillet med løn i den betydning, dette udtryk er anvendt i EF-traktatens artikel 141 [...]«.

43. Denne afgrænsning er ikke særligt præcis, men siger noget om bredden af begrebet og henviser til nogle væsentlige træk ved dette, som f.eks. at ydelserne udbetales af offentlige midler.

41. Social sikring ses altså fortsat som et særligt område, inden for hvilket der gælder særlige regler, som f.eks. Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971²⁰.

44. I forbindelse med afgrænsningen af det saglige anvendelsesområde for forordning nr. 1408/71 henvises der i artikel 4, stk. 1, til »enhver lovgivning om sociale sikringsgrene, der vedrører: [...] d) ydelser til efterladte [...]«. Som følge af denne formulering vil en ydelse ikke være omfattet af forordningen, blot fordi der er tale om en enke- eller enke-mandspension, der skal også være en kobling til den sociale sikring²¹.

1. Sociale sikringsydelser

42. Når direktiv 2000/78 udelukker »udbetalinger af enhver art« fra sit anvendelsesområde, er det med henvisning til alle »ydelser«, »pensioner« og »renter«, som defineret i artikel 1, litra t), i forordning nr. 1408/71, og herunder »samtlige dele af dem, der afholdes af offentlige midler, og samtlige forhøjelser i form af reguleringstillæg eller andre tillæg [...] samt de ydelser i form af kapitalbeløb, der kan træde i stedet for pensioner eller renter, samt udbetalinger, der foretages som refusion af bidrag«.

2. Social sikring

45. Fællesskabslovgiver drister sig ikke til at fastlægge dette begrebs indhold, idet der, som nævnt i tredje og fjerde betragtning til forordningen, er store forskelle mellem

20 — Forordning om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT 1971 II, s. 366), med senere ændringer.

21 — Under alle omstændigheder diskuteres det livligt, hvad der ligger i begrebet »social sikringsydelse«, jf. P. Mavridis, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne. Etude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2003, s. 214.

medlemsstaternes ordninger²². Dette er dog ikke til hinder for en nærmere undersøgelse af begrebet for at kunne belyse den forelæggende rets spørgsmål bedst muligt.

46. Uanset tidligere tiders ordninger af tvivlsom værdi²³ og retorisk og visionær tale²⁴ er den sociale sikring rettet mod almindeligt forekommende risici, som — ligeledes i almindelighed — opfattes som værende et kollektivt og solidarisk anliggende²⁵.

22 — Den manglende fællesskabsretlige definition af begrebet social sikring viser sig i retsakter af enhver art. For eksempel udelukker konventionen af 27.9.1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (EFT 1978 L 304, s. 1, og den ændrede tekst, s. 77; konsolideret udgave i EFT 1998 C 27, s. 1.), social sikring fra sit anvendelsesområde (artikel 1, stk. 2, nr. 3) uden at definere begrebet, som ifølge Jenard-rapporten (EFT 1979 C 59, s. 1) »fortsat udvikler sig«.

23 — A. Montoya Melgar, »Don Quijote, patrono y juez laboral. Apuntes de un profesor de Derecho del Trabajo en el IV Centenario del Quixote«, *Revista española de derecho del trabajo*, nr. 126, april-juni 2005, s. 14, skriver, at selvste Don Quixote af la Mancha sagde til gedevogterne, at »de vandrende ridderes orden [blev] indstiftet for at forsvare jomfruerne, beskytte enkerne og hjælpe de forældreløse og de betrængte« (M. de Cervantes Saavedra, *Den klogtige adelsmand Don Quixote af La Mancha*, første del, kapitel 11, Rosinante Forlag A/S, København 2000, s. 89).

24 — Den sydamerikanske befrielseshelt Simón Bolívar erklærede i sin tale i Angostura den 15.2.1819 (trykt i *Correo del Orinoco*, nr. 19-22, fra den 20.2.1819 til den 13.3.1819), at den bedste styreform er den, som skaber den største samlede mængde lykke, social sikkerhed og politisk stabilitet.

25 — M.R. Alarcón Caracuel og S. González Ortega, *Compendio de Seguridad Social*, 4. rev. udgave, Tecnos, Madrid, 1991, s. 15.

47. Den øgede produktivitet, som fulgte med den industrielle revolution²⁶, betød, at der blev indført særlige dækningsformer for arbejderstanden²⁷. Ordningerne var forskellige, men kan grundlæggende inddeles i to grupper, nemlig bidragsbaserede ordninger, hvor ydelsernes størrelse afhænger af de indbetalte bidrag, og bistandsordninger, hvor ydelserne er uafhængige af bidragsbetalinger.

48. Der er dog træk fra begge typer ved næsten alle gældende ordninger, og der ses en tendens til sammensmeltning²⁸. I denne forbindelse er William Beveridges anden rapport interessant, idet den sociale sikring heri anses for at udgøres af samtlige statslige foranstaltninger, som tager sigte på at beskytte borgerne mod de individuelle risici, som altid vil bestå, uanset hvor udviklet samfundet er²⁹.

26 — Denne blev sat i gang af Watts opfindelse af dampmaskinen i 1769. Blot 15 år senere, i 1784, tilpassede Cartwright denne opfindelse til brug i en af de vigtigste industrier for kapitalismens udvikling, nemlig tekstilindustrien.

27 — Bismarck anfører i det kejserlige budskab til Rigsdagen af 17.11.1881, at »[...] helingen af de sociale skader ikke udelukkende kan ske gennem repression af [...] udskjelser, men samtidig må ske ved at søge positive forbedringer af arbejdernes vel« gennem indførelse af en række socialforsikringer: sygeforsikring (1883), arbejdsulykkesforsikring (1884), invaliditets- og aldersforsikring (1889) og efterladteforsikring (1911).

28 — M.R. Alarcón Caracuel og S. González Ortega, nævnt ovenfor, s. 27 og 28.

29 — *Full Employment in a Free Society*, London, 1944, s. 11. Den første rapport, *Social Insurance and Allied Services*, London, 1942, dannede grundlag for den store reform, som blev gennemført i Det Forenede Kongerige mellem 1945 og 1948.

49. Inden for disse rammer er der visse karakteristiske træk:

- det er det offentlige, som — direkte eller indirekte — stiller beskyttelsesforanstaltningerne til rådighed³⁰
- en person kan opnå status som ydelsesberettiget på grundlag af den blotte omstændighed, at den pågældende er statsborger
- formålet er at afhjælpe sociale ulykker, som det ikke har været muligt at undgå.

50. Hvilke sociale begivenheder der søges afhjulpet, varierer i forhold til tid og land, idet man i enhver given periode i historien har tilstræbt at opnå et bestemt

30 — Netop på grund af den særlige måde, hvorpå beskyttelsen stilles til rådighed, adskiller social sikring sig fra andre former for hjælp, som f.eks. den, der ydes af familien, religiøse organisationer eller fagforeninger.

»ideelt beskyttelsesniveau«³¹. Imidlertid er den sociale sikring på grund af internationaliseringen på området³² nu indholdsmæssigt præget af en vis stabilitet, og interessen for spørgsmålet er tydeligvis blevet større på fællesskabsplan³³.

51. De tre ovennævnte træk viser også, at social sikring udgør et selvstændigt område i forhold til arbejdsretten³⁴, hvilket kommer til udtryk på flere planer, f.eks. i henseende til, hvem der er omfattet, hvilken beskyttelse der ydes, og hvordan ordningen finansieres og forvaltes³⁵.

52. Denne adskillelse i forhold til det arbejdsretlige område har betydning for begrebet løn, således som dette er defineret af Domstolen.

31 — M. Alonso Olea og J.L. Tortuero Plaza, *Instituciones de Seguridad Social*, 17. rev. udgave, Civitas, Madrid, 2000, s. 21.

32 — I artikel 25, stk. 1, i verdenserklæringen om menneskerettighederne fra 1948 anerkendes det, at »[e]nhver har ret til [...] lægehjælp og [...] tryghed i tilfælde af arbejdsløshed, sygdom, uarbejdsdygtighed, enkestand, alderdom eller andet tab af fortjenstmulighed under omstændigheder, der ikke er selvforskyldt«. Den Internationale Arbejdsorganisations konvention nr. 102, som i 1967 blev suppleret med konvention nr. 128, inddeler på en enklere, men også mere effektiv måde beskyttelsen i ni grupper, nemlig, læge- og hospitalsbehandling, dagpenge under sygdom, arbejdsløshedsunderstøttelse, aldersrente, erstatning for tilskadekomst under arbejdet, familieydelse, moderskabsydelse, invaliderende og efterladteydelse. Stater, der har ratificeret konventionen, skal dog kun overholde bestemmelserne på mindst tre af disse områder. På europæisk plan skal nævnes den europæiske socialpagt (artikel 3 og artikel 11-17), den europæiske kodeks for social sikring fra 1964 og Europarådets europæiske konvention om social sikring fra 1972.

33 — I. González del Rey Rodríguez, »Directrices y orientaciones en materia de seguridad social«, *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, s. 633 ff., særlig s. 639.

34 — Ligesom den juridiske disciplin socialret er selvstændig i forhold til arbejdsret. P. Durand, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, Paris, 1953, var en af de første til at påpege forskellene mellem de to retsområder.

35 — J.M. Almansa Pastor, *Derecho de la Seguridad Social*, 7. oplag, Tecnos, Madrid, 1991, s. 64 og 65.

B — *Begrebet løn*

1. Overordnede bemærkninger

53. Direktiv 2000/78 finder anvendelse på alle personer for så vidt angår »ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn«, men disse begreber defineres ikke i direktivet.

54. Man må derfor henholde sig til definitionen af begrebet »løn« i artikel 141 EF og den retspraksis, hvori denne bestemmelse er fortolket. I henhold til denne bestemmelse skal medlemsstaterne sikre lige løn til mænd og kvinder, og — som det fremgår af direktivets titel, betragtninger og artikel 1 — går direktivet i samme retning med henblik på at bekæmpe forskelsbehandling på arbejdsmarkedet, men dog ikke kun på grund af køn. Endvidere henvises der i betragtning 13 til direktivet udtrykkeligt til artikel 141 EF med henblik på at holde begrebet adskilt fra sociale sikringsydelser.

55. Et afgørende træk i arbejdsforholdet er, at der ydes en modydelse³⁶, hvilket berettiger den vide definition af begrebet løn i artikel 141, stk. 2, EF som »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«.

56. Som jeg har anført i tidligere forslag til afgørelse³⁷, har Domstolen præciseret den retlige definition af begrebet lidt efter lidt. Domstolen har fastslået, at begrebet løn eksempelvis omfatter befordringsgoder, som ydes af en transportvirksomhed til dens mandlige ansatte og deres familiemedlemmer efter overgangen til pension, således at også ydelsesberettigede pårørende til tidligere kvindelige arbejdstagere skulle oppebære dem på samme betingelser³⁸, fortsat udbetaling af løn under sygefravær³⁹, ydelser

36 — Af samme grund beklager Sancho Panza sig til Don Quixote over ikke at have fået de skjorter, som Altisidora havde lovet ham, hvis han kunne helbrede hende: »Herre, jeg må virkelig være den uheldigste læge her i verden. Der er læger, som slår deres patienter ihjel, og alligevel forlanger betaling for deres arbejde, selv om det ikke består i andet end at skrive en recept på noget medicin, som de ikke engang laver selv, men får hos apotekeren, og så er den hjemme. Mens sådan en som mig må lade mit eget blod for andres vé og vel og finde mig i kindhest og niv og nålestik og piskeslag uden at få en klink for det.« (M. de Cervantes Saavedra, jf. fodnote 23, anden del, kapitel 71, s. 472).

37 — Blandt de seneste kan jeg nævne forslag til afgørelse i de sager, hvor der blev afsagt dom den 13.1.2005, sag C-356/03, Mayer, Sml. I, s. 295, punkt 35 og 36, og den 21.7.2005, sag C-207/04, Vergani, Sml. I, s. 7453, punkt 31 og 39.

38 — Dom af 9.2.1982, sag 12/81, Garland, Sml. s. 359.

39 — Dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743.

i forbindelse med afskedigelse af økonomiske årsager⁴⁰, godtgørelse fra arbejdsgiveren til bedriftsrådsmedlemmer i form af tjenestefrihed med løn eller overarbejdsbetaling for deltagelse i kurser, der formidler oplysninger, der er nødvendige for bedriftsrådsarbejdet, også selv om de i kursustiden ikke udøver aktiviteter som nævnt i ansættelseskontrakten⁴¹, retten til at være omfattet af en erhvervstilknyttet pensionsordning⁴², en ydelse, som arbejdsgiveren i henhold til lovbestemmelser eller som følge af kollektive overenskomster udbetaler til en kvindelig arbejdstager under hendes barselsorlov⁴³, en bonus ved årets afslutning, som arbejdsgiveren udbetaler til arbejdstageren i henhold til lov eller kollektiv overenskomst⁴⁴, en fratrædelsesgodtgørelse til arbejdstagere, som bringer deres arbejdsforhold til ophør⁴⁵, et julegratiale, der udbetales på frivilligt grundlag og kan tilbagekaldes, som incitament til fremtidigt arbejde og/eller for loyalitet over for virksomheden⁴⁶, et månedligt løntillæg⁴⁷, medregning af militærtjeneste ved beregning af ansættelsesforholdets varighed, med de heraf følgende økonomiske konsekvenser⁴⁸, og en overgangsydelse, der som supplement til en afskedigelsesgodtgørelse udbetales i forbindelse med en virksomhedsændring⁴⁹.

57. I alle disse domme ses visse fælles træk, som bekræfter, at »løn« omfatter samtlige aktuelle eller fremtidige ydelser, som arbejdstageren modtager i penge eller naturalier, eventuelt indirekte, fra arbejdsgiveren⁵⁰ på grund af arbejdsforholdet⁵¹, men også efter arbejdsforholdets ophør⁵², som følge af en kontrakt, lovbestemmelser eller på frivilligt grundlag⁵³.

2. Pensioner

58. De sædvanlige kriterier for anvendelsen af artikel 141 EF på pensioner er blevet nuanceret i retspraksis.

59. Domstolen har således fastslået, at begrebet løn ikke omfatter pensionsydelse, som er direkte reguleret ved lov — således at der ikke foreligger nogen

40 — Barber-dommen.

41 — Dom af 4.6.1992, sag C-360/90, Bötler, Sml. I, s. 3589.

42 — Domme af 28.9.1994, sag C-57/93, Vroeghe, Sml. I, s. 4541, og sag C-128/93, Fisscher, Sml. I, s. 4583.

43 — Dom af 13.2.1996, sag C-342/93, Gillespie m.fl., Sml. I, s. 475, af 27.10.1998, sag C-411/96, Boyle m.fl., Sml. I, s. 6401, og af 30.3.2004, sag C-147/02, Alabaster, Sml. I, s. 3101.

44 — Dom af 9.9.1999, sag C-281/97, Krüger, Sml. I, s. 5127.

45 — Dom af 14.9.1999, sag C-249/97, Gruber, Sml. I, s. 5295.

46 — Dom af 21.10.1999, sag C-333/97, Lewen, Sml. I, s. 7243.

47 — Dom af 26.6.2001, sag C-381/99, Brunnhofer, Sml. I, s. 4961.

48 — Dom af 8.6.2004, sag C-220/02, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Sml. I, s. 5907.

49 — Dom af 9.12.2004, sag C-19/02, Hložek, Sml. I, s. 11491.

50 — I dommen af 27.6.1990 i Kowalska-sagen (sag C-33/89, Sml. I, s. 2591) fastslås det i præmis 12, at ligelønsprincippet både gælder for private arbejdsgivere og offentlige myndigheder.

51 — Dom af 25.5.1971, sag 80/70, Defrenne I, Sml. 1971, s. 109, org.ref.: Rec. s. 445, præmis 6, af 3.12.1987, sag 192/85, Newstead, Sml. s. 4753, præmis 11, af 22.12.1993, sag C-152/91, Neath, Sml. I, s. 6935, præmis 28, af 9.2.1999, sag C-167/97, Seymour-Smith og Pérez, Sml. I, s. 623, præmis 23, og af 23.10.2003, forenede sager C-4/02 og C-5/02, Schönheit og Becker, Sml. I, s. 12575, præmis 56, samt Barber-dommen, præmis 12, Alabaster-dommen, præmis 42, og Vergani-dommen, præmis 22.

52 — Barber-dommen, præmis 12, Seymour-Smith og Pérez-dommen, præmis 23 og 24, og Hložek-dommen, præmis 35.

53 — Garland-dommen, præmis 10, Barber-dommen, præmis 20, og Lewen-dommen, præmis 21.

overenskomst — hvis de finder anvendelse på almindelige grupper af arbejdstagere, og bidragene fastsættes ud fra socialpolitiske overvejelser⁵⁴.

der udbetales i henhold til erhvervstilknyttede pensionsordninger og afhænger af den stilling, der er beklædt⁶¹ og efterladtepensioner⁶²; i relation til sidstnævnte pensioner er det uden betydning, at ydelsen ikke udbetales til arbejdstageren⁶³.

60. Begrebet løn omfatter derimod virksomhedspensionsordninger, som — uanset at de er oprettet i overensstemmelse med national lovgivning — har deres oprindelse i en overenskomst mellem arbejdsgiveren og repræsentanterne for de ansatte, udgør en integrerende del af arbejdskontrakterne og supplerer sociale ydelser, som skal betales i medfør af de nationale regler, med ydelser, der udelukkende finansieres af arbejdsgiveren⁵⁵, også når pensionsordningen er adskilt fra den almindelige ordning og kun gælder for arbejdstagere, der er ansat i bestemte virksomheder og eventuelt betaler bidrag til ordningerne⁵⁶.

62. Der er således opstillet visse retningslinjer i retspraksis:

— Den omstændighed, at en ordning er fastsat ved lov, indikerer, at de ydelser, der udbetales i henhold til ordningen, er sociale sikringsydelser⁶⁴, men dette er ikke tilstrækkeligt til at udelukke en sådan ordning fra anvendelsesområdet for artikel 141 EF⁶⁵.

— Det er heller ikke afgørende, at en pension er en tillægspension i forhold til en ydelse, der udbetales i henhold til en lovbestemt social sikringsordning⁶⁶.

61. Domstolen har desuden fastslået, at fællesskabsbegrebet løn også omfatter forskellige pensionsordninger for tjenestemænd i Nederlandene⁵⁷, Frankrig⁵⁸, Finland⁵⁹ og Tyskland⁶⁰ samt enke- og enkemandspensioner,

61 — Dom af 6.10.1993, sag C-109/91, Ten Oever, Sml. I, s. 4879, af 28.9.1994, sag C-200/91, Coloroll Pension Trustees, Sml. I, s. 4389, og af 17.4.1997, sag C-147/95, Evrenopoulos, Sml. I, s. 2057.

62 — Dom af 25.5.2000, sag C-50/99, Podesta, Sml. I, s. 4039, og af 9.10.2001, sag C-379/99, Menauer, Sml. I, s. 7275.

63 — Ten Oever-dommen, præmis 12 og 13, Coloroll Pension Trustees-dommen, præmis 18, Evrenopoulos-dommen, præmis 22, og Menauer-dommen, præmis 18.

64 — Defrenne I-dommen, præmis 7 og 8, og Ten Oever-dommen, præmis 9.

65 — Beune-dommen, præmis 26, og Niemi-dommen, præmis 41.

66 — Barber-dommen, præmis 27, Beune-dommen, præmis 37, Griesmar-dommen, præmis 37, og Niemi-dommen, præmis 42.

54 — Defrenne I-dommen, præmis 7 og 8.

55 — Dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, præmis 20-23, og af 10.2.2000, forenede sager C-234/96 og C-235/96, Deutsche Telekom, Sml. I, s. 799, præmis 32.

56 — Barber-dommen, præmis 22-30.

57 — Dom af 28.9.1994, sag C-7/93, Beune, Sml. I, s. 4471.

58 — Dom af 29.11.2001, sag C-366/99, Griesmar, Sml. I, s. 9383.

59 — Dom af 12.9.2002, sag C-351/00, Niemi, Sml. I, s. 7007.

60 — Schönheit og Becker-dommen.

- De nærmere regler for finansieringen og forvaltningen af en pensionsordning skal tages i betragtning ved kvalificeringen af ordningen, men kan ikke tillægges afgørende betydning⁶⁷.

C — Udformningen af den omtvistede efterladtepension

1. Indledende bemærkninger

- Det skal afgøres, om pensionen kun er for en særlig gruppe af arbejdstagere, om dens størrelse afhænger af den tilbagelagte tjenestetid, og om den fastsættes på grundlag af den senest oppebårne løn, idet socialpolitiske, statsorganisatoriske, etiske eller budgetmæssige hensyn i så fald ikke kan tillægges afgørende betydning⁶⁸.
- Den vigtigste faktor er altså ikke den retlige karakter af ydelserne⁶⁹, men om pensionen modtages som følge af et ansættelsesforhold⁷⁰, hvilket er det eneste kriterium, som kan tillægges afgørende betydning, om end det ikke er eneafgørende⁷¹.

63. VddB har henvist til en række tyske domme til støtte for dets anbringende om, at det forvalter en ordning for social sikring, som svarer til en lovbestemt social sikringsordning.

64. Det skal imidlertid afgøres, om den omtvistede pension falder ind under begrebet »løn«, således som dette er afgrænset i fællesskabsbestemmelserne, uden herved at undersøge VddB's ordning som helhed, idet Domstolen skal afgøre de præjudicielle spørgsmål på baggrund af fællesskabsretten og med udgangspunkt i oplysningerne i forelæggelseskendelsen.

2. Undersøgelse af pensionen i forhold til retspraksis

65. Grundlaget for pensionen er Tarifordnung für die deutschen Theater, som svarer til en »kollektiv overenskomst«, en såkaldt »Tarifvertrag«, selv om det ikke lige var det, den var på vedtagelsestidspunktet — den 27. oktober 1937 — idet nationalsocialisterne

67 — Beune-dommen, præmis 38, Griesmar-dommen, præmis 37, og Niemi-dommen, præmis 43.

68 — Beune-dommen, præmis 45, Evrenopoulos-dommen, præmis 21, Griesmar-dommen, præmis 30, Niemi-dommen, præmis 47, og Schönheit og Becker-dommen, præmis 58.

69 — Under retsmødet fastslog Kommissionen ubetinget, at efterladtepensioner udgør løn.

70 — Garland-dommen, præmis 10, dommen i sagen Gillespie m.fl., præmis 12, Alabaster-dommen, præmis 42, Schönheit og Becker-dommen, præmis 56.

71 — Dom af 14.12.2000, sag C-457/98, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 11481, præmis 11, samt Beune-dommen, præmis 43 og 44, Evrenopoulos-dommen, præmis 19 og 20, Podesta-dommen, præmis 26, Griesmar-dommen, præmis 28, og Niemi-dommen, præmis 44 og 46.

havde erstattet overenskomster mellem fagforeninger og arbejdsgivere med bekendtgørelser om arbejdsvilkår, de såkaldte »Tarifverordnungen«.

som dog har uddelegeret tilsynsopgaverne til de kompetente ministerier i delstaten Bayern; bestemmelserne om tilsyn med forsikrings-selskaber, som ikke forvalter lovbestemte sociale sikringsordninger, finder herved tilsvarende anvendelse⁷³.

66. Ligesom de øvrige ydelser, der udbetales i henhold til § 27 i vedtægterne for Vddb — arbejdsophørs-, invalide- og efterladtepensioner — supplerer den omhandlede pension de almindelige ydelser.

69. Disse særlige træk ved pensionsordningen er dog blot indikationer. Det afgørende er ifølge de nævnte domme, hvilken gruppe af arbejdstagere der er omfattet, og hvordan pensionen beregnes.

67. Pensionen finansieres af arbejdsgivernes og arbejdstagernes bidrag, uden tilskud fra hverken forbundsstaten eller delstaterne⁷².

70. For det første forudsætter retten til pension altså, at den afdøde var tilsluttet Vddb inden forsikringsbegivenhedens indtræden. Medlemskab er obligatorisk for scenepersonale ansat ved de tyske teatre, dvs. for en særlig gruppe af arbejdstagere⁷⁴. Medlemskab på frivillig basis er imidlertid også muligt på grund af den usikkerhed og de afbrydelser i ansættelsesforholdet, som er almindelige i branchen. Sagsøgerens partner

68. Ordningen forvaltes af en offentligretlig juridisk person — Vddb — som agerer selvstændigt og i overensstemmelse med de beslutninger, der træffes af dets bestyrelse, som består af 15 arbejdsgiver- og 15 arbejdstagerrepræsentanter, udnævnt af arbejdsgiverorganisationerne og fagforeningerne. Vddb er under tilsyn af Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (forbundsministeriet for arbejds- og socialanliggender),

73 — § 1, andet punktum, i Gesetz über die Beaufsichtigung der Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen und der Versorgungsanstalt der deutschen Kulturorchester af 17.12.1990 (BGBl I, s. 2866), som affattet ved lov af 26.3.2002 (BGBl I, s. 1219).

74 — Domstolen fastslog i Griesmar-dommen og i Schönheit og Becker-dommen, at tjenestemænd skal anses for at udgøre en særlig gruppe af arbejdstagere (henholdsvis præmis 31 og 60). I Niemi-dommen fastslog den, at gruppen af tjenestemænd ved det finske forsvar også udgjorde en sådan særlig gruppe af arbejdstagere (præmis 49).

72 — Verwaltungsgericht har oplyst, at bidragene udgør 9% af lønnen og 16%, når den forsikrede er fritaget for at betale til den lovbestemte ordning.

benyttede sig af denne mulighed og indbetalte frivilligt til pensionen i mere end 16 år.

D — *Civilstandens betydning*

71. For det andet finansieres udbetalingerne ikke som i et løbende finansieret system, hvor et kalenderårs indbetalinger bruges til at finansiere samme års udbetalinger, men gennem et opsparingsbaseret system, hvor der opsøres en kapital for hver af de forsikrede, som sammen med renterne udbetales, når indbetaleren går på pension. Pensionens størrelse fastsættes i forhold til bidragenes størrelse og ved hjælp af en forrentningssats (§ 32, stk. 2, første punktum, og § 30, stk. 5, i vedtægterne for Vddb)⁷⁵.

72. På denne baggrund konkluderer jeg, ligesom Kommissionen, at den omtvistede pension udbetales som følge af Tadao Marukos partners ansættelsesforhold. Pensionsudbetalingerne er derfor »løn« i artikel 141 EF's forstand og dermed omfattet af artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78. Der er således ikke tale om en udbetaling fra en offentlig ordning for social sikring eller lignende ordning som omhandlet i artikel 3, stk. 3, idet pensionen hverken har de særlige karakteristika eller formål, som kendetegner sådanne udbetalinger.

73. I betragtning 22 til direktiv 2000/78 anføres det, at direktivets bestemmelser »[ikke berører] national ret vedrørende civilstand og ydelser, der er afhængige heraf«. Den forelæggende ret henviser til denne betragtning og er af den opfattelse, at den næppe har betydning for direktivets anvendelsesområde.

74. Efter Det Forenede Kongeriges opfattelse omhandler denne betragtning en klar og generel undtagelse, som også følger af artikel 3, stk. 1, hvori det bestemmes, at direktivet finder anvendelse »[i]nden for rammerne af Fællesskabets beføjelser«, og til disse hører ikke ydelser, der afhænger af civilstand, som den i hovedsagen omhandlede ydelse, der kun kan udbetales, hvis betingelsen om ægteskab er opfyldt. Efter Det Forenede Kongeriges opfattelse er det følgelig ikke nødvendigt at besvare de øvrige præjudicielle spørgsmål.

75. Jeg er ikke enig i disse argumenter, uanset at de måtte forekomme tankevækkende og velbegrundede.

⁷⁵ — Under retsmødet anmodede jeg repræsentanten for Vddb om at redegøre for beregningsformlen, men den forklaring, han gav, var rodet og indeholdt åbenbare selvmodsigelser.

76. For det første beskriver retsakten, som jeg allerede har anført i et tidligere forslag til

afgørelse⁷⁶, fakta, situationer og omstændigheder og knytter visse konsekvenser hertil, og de faktiske forhold og det retlige resultat udgør dermed de to strukturelle elementer i en bestemmelse⁷⁷. Begrundelser, præambler og indledende betragtninger udviser ikke disse to forhold og er blot beregnet til at illustrere, begrunde eller retfærdiggøre lovkomplekset, som de ledsager og normalt er foranstillet. Selv om de fysiske er en del af retsaktens, har de ingen bindende virkning, men er nyttige som fortolkningskriterier — en funktion, som Domstolen ofte har nævnt⁷⁸. Følgelig er betragtning 22 til direktiv 2000/78, lige som de øvrige betragtninger, kun vejledende ved fortolkningen af direktivets bestemmelser og bør ikke tillægges for stor betydning.

fællesskabsretten under udøvelsen af deres kompetence på området⁷⁹.

77. For det andet har Fællesskabet ingen kompetence vedrørende spørgsmål om civilstand, og hvad dette angår er der overensstemmelse mellem direktivets artikel 3, stk. 1, og den nævnte betragtning. Den nationale kompetence på området er således intakt. Fællesskabsretten anerkender de enkelte landes definitioner på begreber som ægteskab, ugift stand, enkestand og øvrige aspekter vedrørende »civilstand«, men medlemsstaterne skal imidlertid overholde

78. For det tredje er retten til ikke at blive udsat for forskelsbehandling på grund af seksuel orientering omhandlet i artikel 14 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder fra 1950⁸⁰ og udtrykkeligt fastsat i artikel 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder⁸¹. På grund af dens karakter af en grundlæggende rettighed⁸² skal Unionen ifølge artikel 6 EU sikre dens overholdelse.

79. For det fjerde vedrører den ufordelagtige behandling, som sagsøgeren i hovedsagen har

76 — Punkt 34 i forslaget til afgørelse i den sag, hvori der blev afsagt dom den 14.4.2005, sag C-110/03, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2801.

77 — J. Guasp, *Derecho*, forlag ikke angivet, Madrid 1971, s. 7 ff., definerer retten som »samtlige de relationer mellem mennesker, som et samfund anser for nødvendige«, og sonder mellem to faktorer, som indeholder essensen af dette begreb, nemlig det materielle, som udgøres af relationerne mellem menneskene, og det formelle, som udgøres af nødvendigheden af sådanne relationer.

78 — Dom af 13.7.1989, sag 215/88, Casa Fleischhandel, Sml. s. 2789, præmis 31, som Det Forenede Kongerige har henvist til.

79 — Jf. hvad angår social sikring dom af 12.7.2001, sag C-157/99, Smits og Peerbooms, Sml. I, s. 5473, præmis 44-46, af 4.12.2003, sag C-92/02, Kristiansen, Sml. I, s. 14597, præmis 31, af 18.3.2004, sag C-8/02, Leichtle, Sml. I, s. 2641, præmis 29, af 27.4.2006, sag C-423/04, Richards, Sml. I, s. 3585, præmis 33, af 16.5.2006, sag C-372/04, Watts, Sml. I, s. 4325, præmis 92, og af 19.4.2007, sag C-444/05, Stamatelaki, Sml. I, s. 3185, præmis 23.

80 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 21.12.1999 i sagen Da Silva Mouta mod Portugal, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-IX, præmis 28, og af 24.7.2003 i sagen Karner mod Østrig, *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-IX, præmis 33.

81 — EFT 2000 C 364, s. 1. Forbuddet kommer også til udtryk i artikel II-81, stk. 1, i traktaten om en forfatning for Europa (EUT 2004 C 310, s. 1).

82 — Denne karakter giver princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af seksuel orientering en anden dimension end den, som ved dommen af 22.11.2005 i Mangold-sagen (sag C-144/04, Sml. I, s. 9981) er tillagt princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder. Kommissionen har lagt dette principps karakter af almindeligt fællesskabsretligt princip (jf. dommens præmis 75) til grund for sin argumentation, som under retsmødet blev kritiseret af Nederlandenes og Det Forenede Kongeriges repræsentanter.

gjort gældende, en rettighed, der er beskyttet efter fællesskabsretten, i dette tilfælde ved forbuddet mod forskelsbehandling på grund af seksuel orientering med hensyn til løn, idet efterladtepensionen har karakter af »løn«, da den udbetales som følge af et ansættelsesforhold og ikke civilstand.

delsesområdet for direktiv 2000/78, må man drage alle konsekvenserne af dette og undersøge, om Vddb's afslag på pensionsansøgningen indebærer en forskelsbehandling på grund af seksuel orientering.

80. Endelig fremgår det af § 27 i vedtægterne for Vddb, at den begivenhed, der udløser den pension, som sagsøgeren i hovedsagen gør krav på, er partnerens død, på samme måde som det for andre pensioner er uarbejdsdygtighed, invaliditet eller pensionering.

81. Der er således ingen grund til, at direktiv 2000/78 ikke skulle finde anvendelse i det foreliggende tilfælde.

VII — Forskelsbehandling på grund af seksuel orientering

82. Hvis Domstolen ligesom jeg er af den opfattelse, at den pension, som Tadao Maruko gør krav på, er omfattet af anven-

A — Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af seksuel orientering på fællesskabsplan

1. Indledende bemærkninger

83. Ligebehandlingsprincippet er — sammen med princippet om fri bevægelighed — det ældste og dybest forankrede princip i Fællesskabets retsorden. Princippet er desuden i tidens løb blevet udviklet, således at det er kommet til at række videre end ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere med hensyn til løn og nu også omfatter andre områder og personer, jf. direktiv 2000/43. Efter at ligebehandlingsprincippet først blev fastslået i traktaten, er det efterhånden blevet udvidet og styrket og er kommet til at udgøre en »generel ramme« for bestræbelserne på at hindre uberettiget forskelsbehandling og fremme faktisk og reel ligebehandling.

84. Undervejs mod målet er moralske fordomme og social afstandtagen til grupper med visse fælles træk vedrørende seksualitet blevet overvundet. Kampen blev indledt for

at forhindre forskelsbehandling af kvinder, men blev senere rettet mod forskelsbehandling af homoseksuelle⁸³ — hvor det første skridt var at afkriminalisere forhold mellem personer af samme køn⁸⁴ — og transseksuelle, herunder også biseksuelle⁸⁵.

85. Med Amsterdam-traktaten ønskede man at udvide princippet, hvilket fremgår af artikel 13, stk. 1, EF, som har fået tilføjet et mål om bekæmpelse af enhver form for forskelsbehandling på grund af seksuel orientering.

86. Indskrivningen af retten til respekt for seksuel orientering i traktaten fremstår særlig vigtig i lyset af, at ikke alle medlemsstater

83 — Starten blev givet med Europa-Parlamentets beslutning af 8.2.1994 om ligeberettigelse for bøsser og lesbiske i EF (EFT 1994 C 61, s. 40). Ifølge R.M. Moliner Navarro, »El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado«, *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Cuadernos de Derecho Judicial, nr. XXVI/2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, s. 219, fik denne beslutning stor betydning og blev et klart vendepunkt i behandlingen af disse aspekter, idet den skabte grobund for visse lovgivningsinitiativer.

84 — Ifølge Amnesty International er homoseksuelle stadig genstand for forfølgelse i mere end 70 lande, og i 8 lande kan homoseksualitet straffes med dødsstraf, nemlig i Afghanistan, Saudi-Arabien, Iran, Mauretanien, Pakistan, Sudan, Yemen og i visse stater i det nordlige Nigeria. Andre steder kan der idømmes livsvarig fængselsstraf for homoseksualitet.

85 — C. Chacartegui Jávea, *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2001, s. 139.

tog afstand fra denne form for forskelsbehandling⁸⁶, og at den heller ikke er nævnt i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder⁸⁷, selv om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol som nævnt dog har anset den for at være indbefattet i konventionens artikel 14⁸⁸.

87. Domstolen har også flere gange haft lejlighed til at sætte en stopper for forskelsbehandling af par af samme køn.

2. Dommen af 17. februar 1998 i Grant-sagen⁸⁹

88. Efter afsigelsen af Garland-dommen i 1982 var der ikke længere nogen tvivl om,

86 — J.D. Wilets, »The Human Rights of Sexual Minorities: A Comparative and international Law Perspective«, *Fall Human Rights*, nr. 22, 1995, s. 22-25. Woody Allen siger i sin film *Love and Death* fra 1975, at der findes homoseksuelle mennesker, heteroseksuelle mennesker og mennesker, som slet ikke interesserer sig for sex, og de bliver så advokater. Denne sarkastiske bemærkning går på vanskelighederne ved at regulere følelseslivet i juraaen, men dette kan dog gøres i forskelligt omfang.

87 — Samme tvivl kan konstateres i verdenserklæringen om menneskerettighederne af 10.12.1948 og i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder af 16.12.1966. Med hensyn til sidstnævnte konvention har FN's Menneskerettighedskomité udtalt, at henvisningen til »køn« i artikel 2 og 26 må anses for at omfatte »seksuel orientering«, og at en person ikke kan nægtes de rettigheder, som nævnes i bestemmelserne, på grund af den pågældendes seksuelle orientering (Menneskerettighedskomitéen, Toonen mod Australien, § 8.7, meddelelse nr. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), og Young mod Australien, § 10.4, meddelelse nr. 941/2000, U.N., Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003)).

88 — Jf. punkt 78 ovenfor.

89 — Sag C-249/96, Sml. I, s. 621.

at goder, som jernbaneselskaber som følge af ansættelsesforholdet yder ansatte, disses ægtefæller eller personer, over for hvem de ansatte har forsørgerpligt, er »løn« i artikel 141 EF's forstand. Det var sandsynligvis visheden om dette, der fik Lisa Grant, som levede i et fast samlivsforhold med en anden kvinde, til at anlægge sag mod sin arbejdsgiver med påstand om, at denne bestemmelse var tilsidesat på grund af arbejdsgiverens nægtelse af at yde sådanne rejsebegræstigelser for samleveren, som i henhold til ansættelseskontrakten skulle ydes ægtefællen eller den person af modsat køn, som den ansatte levede i et fast samlivsforhold med uden for ægteskab.

89. Lisa Grant gjorde gældende, at nægtelsen udgjorde en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn. Hun gik ud fra det kriterium, som benævnes »but for test«, hvor efter en kvindelig arbejdstager er genstand for en forskelsbehandling på grundlag af køn, hvis ikke hun, når situationen i øvrigt er den samme, nyder de samme fordele som en mandlig arbejdstager. Hun gjorde gældende, at den omstændighed, at hendes mandlige forgænger i stillingen havde fået tildelt rejsebegræstigelser for sin ugifte samleverske, i sig selv viste, at der forelå en forskelsbehandling på grundlag af køn. Hun tilføjede, at en sådan nægtelse udgjorde en forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, som var omfattet af begrebet »forskelsbehandling med hensyn til køn« i artikel 141 EF, idet forskelsbehandlingen på grundlag af seksuel orientering beroede på gamle fordomme.

90. Domstolen fastslog, at en virksomheds afslag på at yde en rejsebegræstigelse for en partner af samme køn til en arbejdstager i virksomheden, når der indrømmes en sådan begünstigelse for en person af modsat køn, som en arbejdstager lever i et fast samlivsforhold med uden for ægteskab, ikke var en forskelsbehandling i strid med fællesskabsbestemmelserne (præmis 50). Der forelå ikke en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn, fordi betingelsen for begünstigelsen gjaldt på lige vilkår for mandlige og kvindelige arbejdstagere, som levede sammen med en partner af samme køn (præmis 27 og 28). Domstolen bemærkede desuden, at faste samlivsforhold mellem to personer af samme køn ikke efter gældende fællesskabsret var ligestillet med forhold mellem gifte personer eller med faste samlivsforhold uden for ægteskab mellem personer af modsat køn (præmis 35).

91. Det ville således være ulovligt at forskelsbehandle på grundlag af køn, men ikke på grundlag af seksuel orientering, idet sidstnævnte form for forskelsbehandling ikke var forbudt efter nogen fællesskabsbestemmelse.

92. Den restriktive fortolkning, som Domstolen valgte, stod i kontrast til f.eks. retspraksis vedrørende forskelsbehandling af kvinder på grund af moderskab⁹⁰ og var

90 — Denne retspraksis blev indledt med domme af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941, og sag C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, »Hertz«, Sml. I, s. 3979, og er blevet fulgt op af dom af 14.7.1994, sag C-32/93, Webb, Sml. I, s. 3567, af 30.6.1998, sag C-394/96, Brown, Sml. I, s. 4185, af 19.11.1998, sag C-66/96, Høj Pedersen m.fl., Sml. I, s. 7327, af 4.10.2001, sag C-109/00, Tele Danmark, Sml. I, s. 6993, af 18.11.2004, sag C-284/02, Sass, Sml. I, s. 11143, af 8.9.2005, sag C-191/03, McKenna, Sml. I, s. 7631, og af 16.2.2006, sag C-294/04, Sarkatzis Herrero, Sml. I, s. 1513.

overraskende, fordi Domstolen selv fastslog, at Rådet i medfør af Amsterdam-traktaten, som var blevet undertegnet nogle måneder tidligere, havde fået beføjelse til træffe foranstaltninger til afskaffelse af forskellige former for forskelsbehandling, herunder forskelsbehandling på grund af seksuel orientering (præmis 48).

3. Senere retspraksis

93. Efter Grant-dommen er visse former for forskelsbehandling på grund af seksuel orientering blevet kendt ulovlige i andre afgørelser. Jeg skal i denne forbindelse omtale de to sager, som der er henvist til i de skriftlige indlæg i sagen.

94. I dommen af 31. maj 2001 i sagen D og Sverige mod Rådet⁹¹ traf Domstolen afgørelse i en appelsag, hvor en tjenestemand i De Europæiske Fællesskaber havde fået afslag på tildeling af et husstandstillæg, som var tiltænkt ægtepar. Tjenestemanden havde ganske vist indgået registreret partnerskab med en anden mand i Sverige, men vedtægten for tjenestemænd i De Europæiske Fællesskaber gav ikke mulighed for at side stille et sådant partnerskab med et ægteskab. Domstolen fastslog, at der inden for Fællesskabet findes mange forskellige ordninger for

registrering af papirløse forhold, der adskiller sig fra ægteskab (præmis 36 og 50), hvilket komplicerer spørgsmålet om sidestilling (præmis 37), og at det tilkommer lovgiver at træffe foranstaltninger med henblik på at ændre dette forhold (præmis 38)⁹².

95. Dommen af 7. januar 2004 i sagen K.B.⁹³ vedrørte et kønsskifte⁹⁴. En kvindelig britisk arbejdstager krævede, at hendes partner, som havde gennemgået en kønsskifteoperation fra kvinde til mand, skulle kunne oppebære den enkemandspension, han ville have ret til som efterlevende ægtefælle, men efter national lovgivning kunne en transseksuel ikke indgå ægteskab i overensstemmelse med sit nye køn. Domstolen fulgte mit forslag til afgørelse af 10. juni 2003 og fastslog, at den ulige behandling ikke angik anerkendelsen af retten til enkemandspension, men en ufravigelig forudgående betingelse for tildelingen af denne, nemlig muligheden for at gifte sig (præmis 30), og at artikel 141 EF er til hinder for en lovgivning, som — fordi den hindrer transseksuelle i at indgå ægteskab i overensstemmelse med deres nye køn — medfører, at de ikke kan oppebære enke(mands)pension (præmis 34)⁹⁵.

92 — Som repræsentanten for Tadao Maruko påpegede under retsmødet, blev ændringen foretaget ved Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 723/2004 af 22.3.2004 om ændring af vedtægten for tjenestemænd i De Europæiske Fællesskaber og af ansættelsesvilkårene for de øvrige ansatte i Fællesskaberne (EUT L 124, s. 1).

93 — Sag C-117/01, Sml. I, s. 541.

94 — Inden da havde Domstolen i dom af 30.4.1996, sag C-13/94, P. mod S., Sml. I, s. 2143, fastslået, at det er i strid med fællesskabsretten at afskedige en transseksuel på grundlag af den pågældendes kønsskifte.

95 — I overensstemmelse hermed blev det i Richards-dommen fastslået, at fællesskabsbestemmelserne var til hinder for en lovgivning, hvorefter en transseksuel, der var blevet kvinde, ikke kunne tildeles pension ved det 60. år, men skulle vente, til hun fyldte 65 år, som var pensionsalderen for mænd.

91 — Forenede sager C-122/99 P og C-125/99 P, Sml. I, s. 4319.

B — Forskelsbehandlingen på grund af seksuel orientering i hovedsagen

96. Tadao Maruko er blevet nægtet efterladtepension, fordi han ikke var gift med sin partner og ikke er »enkemand«. Status som enkemand opnås efter loven kun af ægtefællen til en afdød, og så vidt det kan konstateres, er pensionen ikke blevet tildelt andre i den samme eller en tilsvarende situation. Nægtelsen er ikke baseret på den berørte persons seksuelle orientering, og der foreligger således ikke en direkte forskelsbehandling som omhandlet i artikel 2 i direktiv 2000/78.

97. Direktivet forbyder imidlertid også indirekte forskelsbehandling, og en sådan foreligger, når en tilsyneladende neutral bestemmelse stiller personer med en bestemt seksuel orientering ringere end andre, medmindre der er et legitimt mål med forskelsbehandlingen, den er objektivt begrundet, og midlerne til at opfylde målet er hensigtsmæssige og nødvendige.

98. I den i sagen omhandlede situation er det ikke muligt at indgå ægteskab. Det tilkommer imidlertid ikke Domstolen at beskrive karakteren af forhold mellem

personer af samme køn — et i øvrigt meget omdiskuteret spørgsmål⁹⁶ — eller at udtale sig om de virkninger, som registreringen af sådanne forhold er tillagt efter hver enkelt lovgivning⁹⁷. Som jeg anførte i forslaget til afgørelse i sagen K.B., »[er der] ikke tale om, at der skal indføres en »europæisk ægteskabslovgivning«, men om at sikre, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn får fuld virkning« (punkt 76).

99. Hovedsagen vedrører forskelsbehandling mellem gifte par og par, der har indgået partnerskab i henhold til en anden retlig form. Det centrale i sagen er derfor ikke muligheden for at blive gift, men virkningerne af de to samlivsformer.

100. Det skal således undersøges, om disse to former for forbindelse skal sidestilles, og i denne forbindelse skal den nationale ret afgøre, om ægtefællers retsstilling svarer

96 — I dommen i sagen D og Sverige mod Rådet bemærkede Domstolen, at ordet »ægteskab« i almindelighed betegner en forening af to personer af forskelligt køn, og at et stigende antal medlemsstater siden 1989 har indført lovregler om forskellige former for forening mellem personer af samme køn eller af forskelligt køn, der er blevet tillagt visse retsvirkninger, som er identiske med ægteskabets eller kan sammenlignes hermed, såvel mellem partnerne som i forhold til tredjemand (præmis 34 og 35). R.M. Moliner Navarro, nævnt ovenfor, s. 221 ff., inddeler landene i fire store grupper efter måden, hvorpå de regulerer homoseksuelle parforhold: lande, hvor sådanne forhold ikke er anerkendte, lande, som har vedtaget love om registreret partnerskab — enten efter en model med få regler eller efter en model med en omfattende regulering (som den tyske lov) — lande, som har vedtaget bestemmelser om borgerlig vielse af homoseksuelle, og lande, som har givet homoseksuelle mulighed for at indgå ægteskab.

97 — D. Alonso Herreros, »Funcionamiento y eficacia de los Registros de uniones civiles de hecho en España y en otros países europeos«, *Cuadernos de derecho público*, nr. 15, januar-april 2002, s. 103 ff., redegør for forskellene mellem den svenske, den norske, den danske, den nederlandske og den franske model.

til retsstillingen for partnere i et registreret partnerskab. Hvis dette ikke er tilfældet, er sammenligningsgrundlaget ikke anvendeligt.

mens dommen i sagen K.B. vedrørte en transseksuel, som ikke havde mulighed for at indgå ægteskab, hvilket rejste et helt specifikt problem⁹⁹.

101. Verwaltungsgericht har imidlertid allerede tilkendegivet sin opfattelse, som Kommissionen i øvrigt deler, nemlig at et registreret partnerskab i henhold til LPartG medfører rettigheder og forpligtelser svarende til ægteskabets⁹⁸.

104. Det er således godtgjort, at der foreligger en forskelsbehandling, og der kan ikke af sagen udledes noget objektivt element, som kan begrunde denne, hvilket i øvrigt heller ikke er blevet gjort gældende under den præjudicielle procedure.

102. I denne situation medfører nægtelsen af retten til pension med den begrundelse, at der ikke er indgået ægteskab — hvilket to personer af samme køn ikke kan — men et partnerskab med tilsvarende virkninger, en indirekte forskelsbehandling på grund af seksuel orientering som omhandlet i artikel 2 i direktiv 2000/78.

VIII — Tidsmæssig begrænsning af enke(mands)pensionen

105. Det sidste spørgsmål, som Bayerisches Verwaltungsgericht München har stillet, vedrører en eventuel tidsmæssig begrænsning af pensionen til kun at skulle udbetales for perioder efter den 17. maj 1990 som følge af Barber-dommen.

103. Denne opfattelse er ikke uforenelig med den nævnte retspraksis, som har en anden retlig og faktisk baggrund: Grant-dommen blev afsagt før vedtagelsen af direktiv 2000/78, og i præmis 48 gives der implicit udtryk for, at vedtagelse af bestemmelser, som forbyder forskelsbehandling på grund af seksuel orientering, ville tale for at besvare det præjudicielle spørgsmål i sagen anderledes. I dommen i sagen D og Sverige mod Rådet var den retlige baggrund vedtægten for tjenestemænd i De Europæiske Fællesskaber,

106. Barber-sagen vedrørte ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere med hensyn til løn. Domstolen erindrede om, at EF-traktatens artikel 119 — forgængerens

98 — Afsnit II, punkt 4.3, i forelæggelseskendelsen.

99 — I punkt 25 i mit forslag til afgørelse i sagen bemærkede jeg, at transseksualitet »[klart] adskiller sig [...] fra de forskellige tilstande, der har at gøre med den seksuelle orientering (heteroseksualitet, homoseksualitet eller biseksualitet), og hvor individet fuldstændigt accepterer sit køn«.

for artikel 141 EF — havde direkte virkning, men at den direkte virkning ikke kunne påberåbes til støtte for krav om tilkendelse af pensionsret for perioder forud for afsigelsen af dommen, medmindre den pågældende arbejdstager forinden havde anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage i henhold til gældende national ret, idet den »finansielle ligevægt« i mange pensionsordninger ellers kunne blive forstyrret¹⁰⁰.

107. Denne opfattelse tager således, som anført af Kommissionen, udgangspunkt i de økonomiske konsekvenser, hvorimod den pågældende fællesskabsbestemmelses karakteristika ikke, som den forelæggende ret og Vddb mener, er afgørende.

108. Med diskussionens fokus på plads skal det herefter bemærkes, at en begrænsning ifølge fast retspraksis kun er mulig i undtagelsestilfælde¹⁰¹, hvor der foreligger en risiko for alvorlige økonomiske følger, navnlig fordi der er stiftet mange retsforhold i god tro i henhold til de pågældende retsforordninger,

som er blevet anset for at være lovligt i kraft¹⁰².

109. Ved vurderingen af denne risiko skal der tages hensyn til forskellige faktorer, som f.eks. antallet af berørte personer, størrelsen af de beløb, der skal udbetales, og konsekvenserne for den udbetalende institutions levedygtighed. Der er i denne præjudicielle sag ikke fremlagt oplysninger, der godtgør, at en sådan risiko skulle foreligge¹⁰³. Under disse omstændigheder har Domstolen to muligheder, nemlig enten udtrykkeligt at fastslå, at de tidsmæssige virkninger af dens dom ikke skal begrænses, eller at undlade at besvare det præjudicielle spørgsmål.

110. Med den første løsning ville usikkerheden blive afklaret én gang for alle, men på et ikke særligt solidt grundlag. Den anden løsning — som Kommissionen foretrækker, og som jeg også selv hælder til — synes mere fornuftig, fordi den giver mulighed for en ny præjudiciel forelæggelse med de oplysninger, som mangler i sagen her¹⁰⁴.

100 — Efter Barber-dommen blev der ved Maastricht-traktaten i 1992 indsat en protokol nr. 17 ad artikel 141 i EF-traktaten, hvori det bestemmes, at ydelser i medfør af en erhvervstilknyttet social sikringsordning med henblik på anvendelsen af traktatens artikel 141 ikke skal anses for løn, hvis de kan henføres til beskæftigelsesperioder, der ligger forud for den 17.5.1990, medmindre arbejdstagerne eller deres ydelsesberettigede pårørende inden denne dato har anlagt søgsmål eller indbragt en dertil svarende klage i overensstemmelse med national ret.

101 — Dom af 15.3.2005, sag C-209/03, Bidar, Sml. I, s. 2119, præmis 67, og af 6.3.2007, sag C-292/04, Melicke m.fl., Sml. I, s. 1835, præmis 35, og Richards-dommen, præmis 40.

102 — Bidar-dommen, præmis 69, og Richards-dommen, præmis 42.

103 — Den tyske regering — som kunne have afklaret dette spørgsmål — deltager ikke i sagen. Vddb har heller ikke oplyst de relevante tal, men anført, at Barber-dommen efter dets opfattelse ikke kan anvendes på hovedsagen.

104 — Begge løsninger indebærer, at man ikke — som begæret af Det Forenede Kongeriges repræsentant under retsmødet — behøver at genåbne den mundtlige forhandling for at give de øvrige medlemsstater lejlighed til at gøre deres synspunkter gældende vedrørende de tidsmæssige virkninger af den dom, der afsiges i sagen.

IX — Forslag til afgørelse

111. Herefter foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål fra Bayerisches Verwaltungsgericht München således:

- »1) En efterladtepension som den i hovedsagen omhandlede, der udbetales som følge af den afdøde persons ansættelsesforhold, er omfattet af anvendelsesområdet for Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv og udgør ikke en ydelse, der udbetales af en offentlig ordning for social sikring eller en lignende ordning.

- 2) En nægtelse af at udbetale en sådan pension, fordi to personer af samme køn ikke har indgået ægteskab — hvilket alene er muligt for personer af forskelligt køn — men et formelt registreret partnerskab med virkninger, som i det væsentlige svarer til ægteskabets, udgør en indirekte forskelsbehandling på grund af seksuel orientering i strid med direktiv 2000/78; det tilkommer den nationale ret at afgøre, om ægtefællers retsstilling svarer til retsstillingen for partnere i et registreret partnerskab.

- 3) Det er ufornødent at tage stilling til det femte præjudicielle spørgsmål.«