

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 6 september 2007¹

I — Inleiding

valt derhalve binnen het kader van het lange proces van erkenning van homoseksualiteit³ als noodzakelijke stap op de weg naar volledige gelijkheid en respect voor alle mensen.

1. Het Bayerische Verwaltungsgericht München heeft het Hof van Justitie krachtens artikel 234 EG vijf prejudiciële vragen voorgelegd omtrent de uitlegging van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.²

3. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de vordering van verzoeker in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt (eerste en tweede vraag); of sprake is van een door die richtlijn verboden ongelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid (derde en vierde vraag) en of de toekenning van het pensioenrecht in de tijd zou moeten worden begrensd (vijfde vraag).

2. Deze zaak vindt zijn oorsprong in de niet-toekenning van een pensioen aan de langstlevende partner van een paar van hetzelfde geslacht dat niet gehuwd was, daar het huwelijk naar nationaal recht is voorbehouden aan heteroseksuele verbintenissen. De zaak

3 — Haggerty, G.E., *Gay Histories and Cultures, An Encyclopedia*, Garland-Publishing, New York en Londen, 2000, blz. 451, schrijft dat de term „homoseksualiteit” voor het eerst in 1869 werd gebruikt door de Duits-Hongaarse auteur en vertaler Karl Maria Kertberry (1824-1882) als reactie op een artikel van het Pruisische strafwetboek dat seksuele betrekkingen tussen mannen strafbaar stelde; Kertberry drong tevergeefs aan op intrekking ervan. De bepaling werd in 1871 opgenomen in het strafwetboek van het Duitse Rijk; zij werd vervolgens ten tijde van het Derde Rijk aangescherpt en had ook nog in de Bondsrepubliek gelding tot 1969. In de jaren 1880 kwam het neologisme van Kertberry onder de aandacht van de bekende seksuoloog Richard von Krafft-Ebing, die het in zijn — in de jaren 1886-1887 zeer populaire — werk *Psychopathia sexualis* opnam, en aan het einde van de negentiende eeuw verbreidde het zich in de kringen van medici en wetenschappers.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — PB L 303, blz. 16.

4. Twee aspecten dienen derhalve te worden onderzocht: dat van de afbakening van het begrip beloning ten opzichte van dat van prestatie van sociale zekerheid, en dat van discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Het eerste aspect is in de rechtspraak veelvuldig onderzocht, het tweede echter slechts in enkele gevallen.

het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.”

6. Bij het Verdrag van Nice⁵ werd aan artikel 13 EG een tweede lid toegevoegd, dat luidt:

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

1. EG-Verdrag

5. Bij het Verdrag van Amsterdam⁴ werd het eerste lid van artikel 13 van het EG-Verdrag vervangen door de volgende tekst:

„1. Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van

„2. Wanneer de Raad communautaire stimuleringsmaatregelen, harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten uitgezonderd, vaststelt ter ondersteuning van de maatregelen die de lidstaten nemen om bij te dragen tot de verwezenlijking van de in lid 1 genoemde doelstellingen neemt hij, in afwijking van lid 1, een besluit volgens de procedure van artikel 251.”

2. Richtlijn 2000/78

7. Op de grondslag van artikel 13 EG werd eerdergenoemde richtlijn 2000/78 vastgesteld, waarvan enkele overwegingen van de considerans niet onvermeld mogen blijven. Zo behelst de dertiende overweging de uitsluiting van „regelingen inzake sociale zekerheid en sociale bescherming waarvan

4 — PB 1997, C 340, blz. 1.

5 — PB 2001, C 80, blz. 1.

de voordelen niet worden gelijkgesteld met een beloning in de betekenis die aan dat woord wordt gegeven bij de toepassing van artikel 141 van het EG-Verdrag [en] enige vorm van uitkering, door de staat verstrekt ter bevordering van de toegang tot of het behoud van de arbeid”. Volgens de tweeëntwintigste overweging laat de communautaire regeling „de nationale wetgevingen inzake burgerlijke staat en de daaraan verbonden voordelen onverlet”.

vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt”. Dit tweede lid laat enkele uitzonderingen toe, onder meer wanneer sprake is van een objectieve rechtvaardiging door een legitiem doel dat met passende en noodzakelijke middelen kan worden bereikt.

10. Artikel 3 betreft de „werkingsfeer”:

8. Luidens artikel 1 heeft de richtlijn tot doel „met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden”.

„1. Binnen de grenzen van de aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, is deze richtlijn zowel in de overheidssector als in de particuliere sector [...] op alle personen van toepassing met betrekking tot:

9. Artikel 2 definieert het „begrip discriminatie” en maakt daarbij in lid 1 onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie. Volgens lid 2 is er „directe discriminatie’, wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden”; en „indirecte discriminatie’, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in

- a) de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van bevorderingskansen;
- b) de toegang tot alle vormen en alle niveaus van beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding en omscholing, met inbegrip van praktijkervaring;

- c) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning;
- d) het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of enige organisatie waarvan de leden een bepaald beroep uitoefenen, waaronder de voordelen die deze organisaties bieden.

[...]

2. Het nabestaandenpensioen en het uitbetaalend orgaan

3. Deze richtlijn is niet van toepassing op uitkeringen van welke aard dan ook die worden verstrekt door wettelijke of daarmee gelijkgestelde stelsels, met inbegrip van de stelsels voor sociale zekerheid of voor sociale bescherming.

[...]”

12. § 1 van de Tarifordnung für die deutschen Theater (loonregeling voor het Duitse toneelwezen) van 27 oktober 1937⁸ verplicht alle theaterondernemers een ouderdoms- en nabestaandenverzekering voor de door hen gecontracteerde uitvoerende kunstenaars af te sluiten. Volgens § 4 voldoen de werkgever en werknemer de premie ieder voor de helft.

B — Duits recht

1. Omzetting van richtlijn 2000/78

11. Volgens artikel 18 van de richtlijn eindigde de termijn voor de omzetting ervan

6 — Artikel 18, tweede alinea, maakte voor de bepalingen met betrekking tot het onderscheid op grond van leeftijd en handicap onder bepaalde voorwaarden een extra termijn van drie jaar mogelijk vanaf de genoemde datum van 2 december 2003.

7 — BGBl. I, blz. 1897. Deze wet omvat behalve richtlijn 2000/78, richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (PB L 180, blz. 22); richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 269, blz. 15), en richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (PB L 373, blz. 37).

8 — *Reichsarbeitsblatt* 1937, deel VI, blz. 1080.

13. De met het beheer van de verzekeringen belaste instelling is de Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (hierna: „Vddb”), een publiekrechtelijke rechtspersoon die door de Bayerische Versorgungskammer wordt vertegenwoordigd. Zij heeft haar zetel in München en haar activiteiten bestrijken het hele grondgebied van de Bondsrepubliek. Haar reglement van 12 december 1991⁹ regelt haar samenstelling, haar taken en de door haar te verstrekken uitkeringen.

14. Volgens § 27, lid 2, van het reglement is voor de toekenning van uitkeringen aan nabestaanden vereist dat de verplichte of vrijwillige verzekering onmiddellijk voorafgaand aan de rechtschepende gebeurtenis van kracht was, en dat de wachttijd in acht is genomen.

15. In het bijzonder voorzien § 32 en § 34 van het reglement in het recht op een weduwe- of weduwnaarspensioen voor respectievelijk de „echtgenote” of de „echtgenoot”, op voorwaarde dat het „huwelijk” op de dag van overlijden van de verzekerde nog in stand was.

3. Regeling van het geregistreerd partnerschap

16. Het Lebenspartnerschaftsgesetz (wet inzake het geregistreerd partnerschap;

hierna: „LPartG”) van 16 februari 2001¹⁰ heeft voor personen van hetzelfde geslacht een familierechtelijk instituut geschapen dat het huwelijk dicht benadert.

17. Om een dergelijke verbintenis te doen inschrijven, verlangt § 1, lid 1, een verklaring dat men een partnerschap voor het leven wenst aan te gaan. Tijdens de duur van de relatie zijn de partners elkaar hulp en bijstand verschuldigd (§ 2) en moeten zij aan de gemeenschappelijke behoeften bijdragen, waarbij met betrekking tot de onderhoudsverplichtingen de voorschriften van het burgerlijk wetboek voor echtgenoten gelden (§ 5). Net als echtgenoten leven zij in gemeenschap van goederen, ofschoon een andere regeling kan worden overeengekomen (§ 6). Bovendien worden de partners als elkaars familielid beschouwd (§ 11). In geval van scheiding blijft — eveneens overeenkomstig het bepaalde in het burgerlijk wetboek — de onderhoudsverplichting gelden (§ 16) en vindt een verrekening van de pensioenrechten plaats (§ 20).

18. § 46, lid 4, van boek zes van het Sozialgesetzbuch (sociaal wetboek)¹¹ past de gelijkstelling van het geregistreerd partnerschap met het huwelijk toe op de wettelijke rege-

9 — *Bundesanzeiger* 1991, blz. 8326, en 1992, blz. 546, met latere wijzigingen.

10 — BGBl. I, blz. 266, nadien gewijzigd.

11 — In de versie van het Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (wet ter herziening van het recht inzake het geregistreerd partnerschap) van 15 december 2004 (BGBl. I, blz. 3396), die de vertegenwoordiger van de Vddb niet kent, aangezien hij ter terechtzitting heeft verklaard dat § 46 de gelijkheid bij pensioenen uitsluit.

lingen van de ouderdomsvoorziening, door de rechtssubjecten van beide rechtsinstellingen gelijk te stellen.

van 28 februari 2005 afwees, omdat het reglement niet in dergelijke nabestaandenuitkeringen aan partners van een geregistreerd partnerschap voorzag. Na een vruchteloos bezwaar heeft betrokkene zich tot de rechter gewend.

III — Feiten, hoofdeding en prejudiciële vragen

19. Maruko is op 8 november 2001 met een andere man een geregistreerd partnerschap volgens de LpartG aangegaan.

20. De levensgezel van Maruko was ontwerper van theaterkostuums en sinds 1 september 1959 zonder onderbreking aangesloten bij de Vddb. Ook toen aansluiting niet verplicht was, bleef hij in de periode tussen 1 september 1975 en 30 september 1991 vrijwillig de bijdrage betalen. Hij overleed op 12 januari 2005.

21. Op 17 februari 2005 diende Maruko een aanvraag in om een weduwnaarspensioen¹², welke aanvraag de Vddb bij besluit

22. Het Bayerische Verwaltungsgericht München heeft vastgesteld dat de Duitse regels betrokkene geen aanspraak op het litigieuze pensioen verlenen, daar volgens § 32 en § 34 van het reglement van de Vddb sprake moet zijn van een huwelijk tussen de verzoeker en de verzekerde, en heeft — gelet op het feit dat het instituut van het geregistreerd partnerschap is voorbehouden aan personen die niet in het huwelijk kunnen treden — afgezien van een ruime uitlegging van de begrippen „weduwnaar”, „weduwe”, „echtgenoot” of „echtgenote”. Bovendien zouden genoemde bepalingen in overeenstemming zijn met andere nationale voorschriften van hogere rang, meer bepaald artikel 3 van de grondwet.¹³

23. In deze omstandigheden heeft het Bayerische Verwaltungsgericht München, van oordeel dat de vordering enkel op grond van de communautaire regelgeving zou kunnen worden toegewezen, de behandeling van de

12 — Het is niet bekend of betrokkene een pensioen van de Duitse sociale zekerheid ontvangt, aangezien zijn vertegenwoordiger op de vraag die ik hem ter terechtzitting stelde, toegaf dat niet te weten.

13 — Uitspraken van het Bundesverfassungsgericht van 29 februari 2000 en van het Bayerische Verwaltungsgerichtshof van 29 juli 2005.

zaak geschorst om het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Is bij een pensioenregeling met beroepshalve verplichte aansluiting — zoals in casu bij de Vddb — sprake van een met een wettelijk stelsel gelijkgesteld stelsel in de zin van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2000/78 [...]?

2) Zijn uitkeringen aan nabestaanden in de vorm van een weduwe- respectievelijk weduwnaarspensioen door een pensioeninstelling met beroepshalve verplichte aansluiting een beloning in de zin van artikel 3, lid 1, sub c, van richtlijn 2000/78?

3) Staat artikel 1, juncto artikel 2, lid 2, sub a, van richtlijn 2000/78 in de weg aan de toepassing van bepalingen in het reglement van een aanvullende pensioenregeling als die welke in casu in geding is, op grond waarvan een geregistreerde levenspartner na het overlijden van diens levenspartner geen nabestaandenpensioen als voor echtgenoten ontvangt, hoewel hij net als echtgenoten in een op zorg en bijstand gerichte gemeenschap leeft die formeel voor het leven is aangegaan?

4) Bij een bevestigend antwoord op de vorige vragen: is discriminatie op grond van seksuele geaardheid toegestaan op grond van de tweeëntwintigste overweging van de considerans van richtlijn 2000/78?

5) Zou in het licht van de Barber-rechtspraak (zaak C-262/88)¹⁴ alleen voor tijdvakken na 17 mei 1990 recht op nabestaandenpensioen bestaan?”

IV — Procesverloop voor het Hof

24. Schriftelijke opmerkingen zijn binnen de termijn van artikel 23 van 's Hof's Statuut ingediend door de Vddb, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie.

25. De Vddb stelt dat zij een publiekrechtelijk socialezekerheidsstelsel beheert en als zodanig niet onder richtlijn 2000/78 valt. Hoe dan ook valt een uitkering aan nabestaanden die een verplichte socialezekerheidsinstelling toekent in de vorm van een weduwe- of

¹⁴ — Arrest van 17 mei 1990, Barber (C-262/88, Jurispr. blz. I-1889).

weduwnaarspensioen, niet onder het begrip „beloning” in de zin van artikel 3, lid 1, sub c, van die richtlijn. Maar zelfs al was de richtlijn van toepassing, dan nog houdt het reglement van de instelling een directe noch indirecte discriminatie in. Bovendien wordt in de tweeëntwintigste overweging van de considerans van de richtlijn naar de burgerlijke staat verwezen, ook al heeft dit in de bepalingen ervan geen neerslag gevonden. De Barber-rechtspraak, tot slot, is irrelevant, aangezien het in die zaak om een andere kwestie ging.

gelijk te stellen met het huwelijk; wanneer een staat echter beide rechtsinstituten gelijkstelt, hetgeen door de nationale rechter moet worden vastgesteld, dient het beginsel van gelijke behandeling te worden geëerbiedigd. Deze premisse sluit een directe discriminatie uit, maar niet een indirecte. Ten slotte behoeft de vijfde vraag geen antwoord, daar het in het arrest Barber om andere aspecten ging dan die welke in de onderhavige procedure aan de orde zijn.

26. Volgens het Verenigd Koninkrijk dient allereerst de vierde vraag te worden onderzocht aan de hand van de bewoordingen van de tweeëntwintigste overweging van de considerans van richtlijn 2000/78, die aan de burgerlijke staat gekoppelde prestaties, zoals die in het voorliggende geval waar het pensioenrecht van het bestaan van een huwelijk afhankelijk is, uitsluit; de overige voorgelegde vragen behoeven dan geen onderzoek.

28. Ter terechtzitting van 19 juni 2007 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door de vertegenwoordigers van Maruko, de Vddb, de Nederlandse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie.

27. Volgens de Commissie vloeit het gevorderde pensioen niet voort uit een wettelijk of daarmee gelijkgesteld stelsel van sociale zekerheid, daar het op grond van de door het Hof gestelde voorwaarden als „beloning” kan worden gekwalificeerd en bijgevolg onder artikel 3, lid 1, sub c, van richtlijn 2000/78 valt. Met betrekking tot de derde en de vierde vraag, die de Commissie tezamen beantwoord zou willen zien, wijst zij op de interpretatieve betekenis van de tweeëntwintigste overweging van de considerans van de richtlijn, waaruit zij afleidt dat de staat niet verplicht is het geregistreerd partnerschap

V — De mogelijkheid om zich op richtlijn 2000/78 te beroepen

29. Voordat we aan enige verdere overweging toekomen, is er een belangrijke temporele kwestie, nu het nationale recht uiterlijk op 2 december 2003 aan de richtlijn moest zijn aangepast en Duitsland de betrokkenen

wet eerst op 14 augustus 2006¹⁵ heeft vastgesteld, terwijl verzoeker de uitkering op 17 februari 2005 heeft aangevraagd.

30. Aldus doet het begrip van de rechtstreekse werking van richtlijnen zijn intrede. Over dit begrip bestaat een omvangrijke rechtspraak op grond waarvan particulieren, mits de bepalingen ervan inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, zich op een richtlijn kunnen beroepen tegenover de staat die heeft verzuimd zijn nationale recht binnen de gestelde termijn aan te passen of dit op onjuiste wijze heeft gedaan.¹⁶ Een gemeenschapsbepaling is onvoorwaardelijk wanneer zij een verplichting oplegt die aan geen enkele voorwaarde is gebonden en die voor haar uitvoering of werking niet afhangt van een handeling van de instellingen van de Gemeenschap of van de lidstaten¹⁷; een bepaling is voldoende nauwkeurig wanneer de erin vervatte verplichting in ondubbelzinnige bewoordingen is geformuleerd.¹⁸

15 — In het arrest van 23 februari 2006, Commissie/Duitsland (C-43/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie), heeft het Hof de niet-nakoming van de lidstaat vastgesteld, omdat de richtlijn niet tijdig was omgezet.

16 — Arresten van 19 januari 1982, Becker (8/81, Jurispr. blz. 53, punt 25); 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723, punt 46); 20 september 1988, Beentjes (31/87, Jurispr. blz. 4635, punt 40); 22 juni 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Jurispr. blz. 1839, punt 29); 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357, punt 11); 11 juli 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Jurispr. blz. I-6325, punt 25), en 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01–C-403/01, Jurispr. blz. I-8835, punt 103).

17 — Arresten van 3 april 1968, Molkerei-Zentrale (28/67, Jurispr. blz. 211); 23 februari 1994, Comitato di coordinamento per la difesa della Cava e.a. (C-236/92, Jurispr. blz. I-483, punt 9); 17 september 1996, Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio e.a. (C-246/94–C-249/94, Jurispr. blz. I-4373, punt 18), en 29 mei 1997, Klatner (C-389/95, Jurispr. blz. I-2719, punt 33).

18 — Arrest van 4 december 1986, Federatie Nederlandse Vakbeweging (71/85, Jurispr. blz. 3855, punt 18).

31. Voorts vallen onder de entiteiten tegenover welke een richtlijn kan worden ingeroepen de lichamen die, ongeacht hun rechtsvorm, krachtens een overheidsmaatregel zijn belast met de uitvoering, onder toezicht van de overheid, van een dienst van openbaar belang en daartoe over bijzondere bevoegdheden beschikken.¹⁹

32. Bijgevolg moet worden onderzocht of Maruko, gezien het feit dat richtlijn 2000/78 niet tijdig is omgezet, van de Vddb mag verlangen dat zij deze richtlijn naleeft.

33. Enerzijds blijkt uit artikel 1 van de richtlijn, dat deze tot doel heeft met betrekking tot arbeid en beroep uitsluitingen op grond van seksuele geaardheid te bestrijden teneinde toepassing van het beginsel van gelijke behandeling te bewerkstelligen; artikel 2 definieert het begrip discriminatie en artikel 3, lid 1, noemt de gebieden waarop personen getroffen kunnen worden, waaronder ook dat van de beloning. Richtlijn 2000/78 verbiedt derhalve onvoorwaardelijk en nauwkeurig elke ongelijkheid in de beloning van werknemers op basis van seksuele geaardheid.

19 — Arresten van 12 juli 1990, Foster e.a. (C-188/89, Jurispr. blz. I-3313, punt 19); 14 september 2000, Collino en Chiappero (C-343/98, Jurispr. blz. I-6659, punt 23); 5 februari 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Jurispr. blz. I-1477, punt 24), en 7 september 2006, Marrosu en Sardino (C-53/04, Jurispr. blz. I-7213, punt 29) en Vassallo (C-180/04, Jurispr. blz. I-7251, punt 26), alsook het reeds aangehaalde arrest Fratelli Costanzo, punt 31.

34. Anderzijds is de Vddb een publiekrechtelijke rechtspersoon en onderworpen aan het administratieve toezicht van de overheid.

of het door Maruko gevorderde pensioen als een beloning in de zin van artikel 3, lid 1, sub c, dan wel als een uitkering in het kader van een stelsel voor sociale zekerheid in de zin van artikel 3, lid 3, is aan te merken, en of het derhalve al dan niet onder de regeling van de richtlijn valt.

35. Ik ben daarom met het Verwaltungsgericht en de Commissie van mening, dat in het hoofdgeding is voldaan aan de voorwaarden om de rechtstreekse werking van de richtlijn te erkennen en de daaruit voortvloeiende consequenties te aanvaarden.

38. Om deze vragen te beantwoorden en het rechtskarakter van het litigieuze pensioen te bepalen, moeten we de — onverenigbare — begrippen „prestatie van sociale zekerheid” en „beloning” nader bekijken.

VI — Werkingssfeer van richtlijn 2000/78

36. Nu duidelijk is dat een beroep op de gemeenschapsregeling kan worden gedaan, stel ik het Hof voor de eerste twee vragen van het Bayerische Verwaltungsgericht München tezamen te beantwoorden, daar zij beide de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 betreffen.

39. De vierde prejudiciële vraag betreft de reikwijdte van de uitzondering die de tweentwintigste overweging van de considerans van de richtlijn maakt voor prestaties die afhankelijk zijn van de burgerlijke staat. Deze vraag houdt dus wel verband met de werkingssfeer van de richtlijn, maar verdient afzonderlijke aandacht omdat hij een geheel eigen domein betreft.

A — Prestaties van sociale zekerheid

37. Artikel 3 omschrijft de werkingssfeer van de richtlijn in positieve en negatieve zin: lid 1, sub a tot en met d, somt namelijk alle onder de richtlijn vallende gebieden op, terwijl lid 3 de daarvan uitgesloten gebieden vermeldt. De verwijzende rechter wenst te vernemen

40. Artikel 3, lid 3, van richtlijn 2000/78 sluit uitkeringen van welke aard dan ook uit die worden verstrekt door wettelijke of daarmee gelijkgestelde stelsels, met inbegrip van de stelsels voor sociale zekerheid of voor sociale

bescherming, en de dertiende overweging van de considerans bepaalt dat de richtlijn niet van toepassing is „op regelingen inzake sociale zekerheid en sociale bescherming waarvan de voordelen niet worden gelijkgesteld met een beloning in de betekenis die aan dat woord wordt gegeven bij de toepassing van artikel 141 van het EG-Verdrag”.

41. De bijzondere positie van de sociale zekerheid, waarvoor specifieke voorschriften als verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 gelden, blijft aldus gehandhaafd.²⁰

1. Prestaties van sociale zekerheid

42. Met de uitsluiting van „uitkeringen van welke aard dan ook” zijn in richtlijn 2000/78 alle in artikel 1, sub t, van verordening nr. 1408/71 omschreven „uitkeringen”, „pensioenen” en „renten” bedoeld, met inbegrip van „alle bedragen ten laste van de openbare middelen, verhogingen in verband met aanpassing aan het loon- of prijsniveau of aanvullende uitkeringen [...], alsmede de als afkoopsom uitgekeerde bedragen welke in de plaats kunnen treden van de pensioenen of renten, en de terugstortingen van premies of bijdragen”.

20 — Verordening betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PB L 149, blz. 2), met latere wijzigingen.

43. Deze afbakening is weliswaar niet erg nauwkeurig, maar geeft wel blijk van de beoogde ruime opzet en bevat ook een wezenlijk kenmerk, namelijk de „openbare” herkomst van de betaalde bedragen.

44. Verordening nr. 1408/71 verwijst bij de bepaling van haar materiële werkingsfeer in artikel 4, lid 1, naar „alle wettelijke regelingen [...] van sociale zekerheid: [...] d) uitkeringen aan nagelaten betrekkingen”. Deze formulering houdt in dat voor toepassing van deze verordening niet volstaat dat het om een weduwe- respectievelijk weduwnaarspensioen gaat; tevens dient een verband met de sociale zekerheid te bestaan.²¹

2. Sociale zekerheid

45. Gelet op de verscheidenheid van de stelsels van de lidstaten, waarnaar de derde en de vierde overweging van de considerans verwijzen, waagt de verordening zich

21 — In ieder geval is het begrip „prestatie van sociale zekerheid” onderwerp van levendige discussies; Mavridis, P., *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne. Etude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, Bruylant, Brussel, 2003, blz. 214.

niet aan een definitie van hun inhoud.²² Het ontbreken daarvan vormt evenwel geen beletsel om het genoemde instituut aan een nadere analyse te onderwerpen, teneinde de vragen van de verwijzende rechter zo goed mogelijk te beantwoorden.

46. Discutabele voorlopers²³ en manende retorische formuleringen²⁴ daargelaten, gaat het bij de sociale zekerheid om risico's die zich kenmerken door het feit dat zij zich algemeen voordoen en door de door allen gedeelde overtuiging dat die risico's collectief en gezamenlijk moeten worden gedragen.²⁵

22 — Het ontbreken van een communautair begrip is vast te stellen in regelingen van allerlei aard. Zo sluit bijvoorbeeld het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1972, L 299, blz. 32; geconsolideerde tekst in PB 1998, C 27, blz. 1), de sociale zekerheid uit van zijn toepassingsgebied (artikel 1, tweede alinea, punt 3), zonder het begrip te definiëren, daar dit volgens het rapport Jenard (PB 1979, C 59, blz. 1) „voortdurend in ontwikkeling” is.

23 — Montoya Melgar, A., „Don Quijote, patrono y juez laboral. Apuntes de un profesor de Derecho del Trabajo en el IV Centenario del Quijote”, *Revista española de derecho del trabajo*, nr. 126, april-juni 2005, blz. 14, herinnert eraan dat Don Quichot van La Mancha zelf de geitenhoeders toevertrouwde dat „de orde der dolende ridders” werd ingesteld „teneinde maagden te verdedigen, weduwen te beschermen en wezen en noodlijdenden bij te staan” (M. de Cervantes Saavedra, *De vernuftige edelman Don Quichot van La Mancha*, deel I, hoofdstuk XI, vertaald door Barber van de Pol, uitgever Atheneum-Polak & van Genneep).

24 — Simón Bolívar, voorvechter van de Amerikaanse onafhankelijkheid, verklaarde in zijn toespraak van 15 februari 1819 te Angostura (gepubliceerd in *Correo del Orinoco* nr. 19-22 van 20 februari tot 13 maart 1819) dat het meest perfecte bestuursstelsel het stelsel is, dat tot een zo groot mogelijk welzijn, een zo groot mogelijke sociale zekerheid en een zo groot mogelijke politieke stabiliteit leidt.

25 — Alarcón Caracuel, M.R., en González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, 4e herziene uitgave, Tecnos, Madrid, 1991, blz. 15.

47. De stijging van de productiviteit ten gevolge van de Industriële Revolutie²⁶ leidde tot de invoering van speciale procedés ter bescherming van de arbeidersklasse.²⁷ De modellen zijn van plaats tot plaats verschillend, maar in wezen kunnen we twee modellen onderscheiden: het bijdragemodel, waarbij de omvang van de prestaties afhangt van de vooraf betaalde bijdragen, en het bijstandmodel, dat losstaat van die bijdragen.

48. Niettemin vertonen nagenoeg alle vigerende systemen kenmerken van beide modellen en valt een tendens naar convergentie waar te nemen.²⁸ In dit verband is het tweede rapport van William Beveridge interessant, waarin de sociale zekerheid wordt beschouwd als het geheel van door de staat vastgestelde maatregelen ter bescherming van de burgers tegen risico's van individuele aard die nimmer te voorkomen zijn, hoe geavanceerd de maatschappij waarin zij leven ook is.²⁹

26 — Deze begon met de uitvinding door Watt van de stoommachine in 1769. Slechts vijftien jaar later, in 1784, paste Cartwright die uitvinding toe in een van de industrieën die aan de kapitalistische ontwikkeling ten grondslag hebben gelegen, namelijk de textielindustrie.

27 — Bismarck verkondigde in de keizerlijke boodschap op de Rijksdag van 17 november 1881 dat „[...] herstel van de sociale schade niet uitsluitend dient te worden bewerkstelligd door het tegengaan van excessen, maar ook door middel van een positieve bevordering van het welzijn van de arbeiders”, waarop een serie sociale verzekeringen het licht zag: de ziektekostenverzekering (1883), de arbeidsongevallenverzekering (1884), de arbeidsongeschiktheid- en ouderdomsverzekering (1889) en de nabestaandenverzekering (1911).

28 — Alarcón Caracuel, M.R., en González Ortega, S., op. cit., blz. 27 en 28.

29 — *Full Employment in a Free Society*, Londen, 1944, blz. 11; het eerste rapport, *Social Insurance and Allied Services*, Londen, 1942, vormde de basis voor de grote hervorming die in het Verenigd Koninkrijk plaatsvond tussen 1945 en 1948.

49. In deze context vallen enkele kenmerken op:

— het staat aan de overheid om de direct of indirect beschermende maatregelen vast te stellen³⁰;

— de hoedanigheid van begunstigde vloeit voort uit het loutere feit dat men burger is;

— men tracht onvermijdelijke schadegevallen te voorkomen en te verhelen.

50. Deze elementen variëren naar tijd of land, omdat iedere periode in de geschiedenis een eigen „beschermingsideaal” nastreeft.³¹ De materiële inhoud van de sociale zeker-

30 — De bijzondere wijze waarop bescherming wordt geboden, verschilt specifiek van andere wijzen van bijstandverlening, zoals die door de eigen familie of door religieuze instellingen en vakverenigingen.

31 — Alonso Olea, M., en Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 17e herziene uitgave, Civitas, Madrid, 2000, blz. 21.

heid is thans echter vanwege de internationalisering ervan³², relatief stabiel, en in communautair opzicht staat deze inhoud in toenemende mate in de belangstelling.³³

51. De drie genoemde punten laten tevens zien dat de sociale zekerheid ten opzichte van het arbeidsrecht autonoom is³⁴, wat op verschillende vlakken tot uiting komt: de beschermde subjecten, de geboden bescherming, alsook de financiering en het beheer van het stelsel³⁵.

52. Deze afbakening met het arbeidsrecht heeft gevolgen voor het door het Hof ontwikkelde begrip beloning.

32 — Volgens artikel 25, lid 1, van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 1948 heeft „een ieder [...] recht op [...] geneeskundige verzorging en [...] voorziening in geval van werkloosheid, ziekte, invaliditeit, overlijden van de echtgenoot, ouderdom of een ander gemis aan bestaansmiddelen, ontstaan ten gevolge van omstandigheden onafhankelijk van zijn wil”. Op een meer bescheiden, doch efficiënter niveau deelt Verdrag nr. 102 van de Internationale Arbeidsorganisatie, dat in 1967 is aangevuld door Verdrag nr. 128, de beschermingsmaatregelen in negen gebieden in: geneeskundige verzorging, uitkeringen bij ziekte, werkloosheid, ouderdom, arbeidsongevallen en beroepsziekten, gezinsuitkeringen, uitkeringen bij moederschap, invaliditeit en aan nabestaanden; de ratificerende staten zijn evenwel niet gehouden om dekking voor meer dan drie van deze gebieden te bieden. In Europees verband zijn het Europees Sociaal Handvest (artikelen 3 en 11-17), de Europese Code inzake sociale zekerheid van 1964 en het Europees Verdrag inzake sociale zekerheid van 1972 vermeldenswaard.

33 — González del Rey Rodríguez, I., „Directrices y orientaciones en materia de seguridad social”, in *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, blz. 633 e.v., met name blz. 639.

34 — Net als de juridische discipline die de sociale zekerheid bestudeert. Durand, P., *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, Parijs, 1953, was een van de eersten die de verschillen tussen deze twee rechtsgebieden in kaart bracht.

35 — Almansa Pastor, J.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 7e uitgave, Tecnos, Madrid, 1991, blz. 64 en 65.

B — *Begrip beloning*

kunnen spreken³⁶, hetgeen rechtvaardigt dat artikel 141, lid 2, EG het begrip beloning zo ruim opvat dat dit „het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt”, omvat.

1. Algemeen

53. Richtlijn 2000/78 is op alle personen van toepassing met betrekking tot „werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning”, maar definieert geen van deze begrippen.

54. We moeten daarom teruggrijpen op de omschrijving van „beloning” in artikel 141 EG en de rechtspraak waarin dit begrip is uitgelegd. Volgens deze bepaling moeten de lidstaten verzekeren dat werknemers van beide seksen gelijk worden beloond. Ook de richtlijn gaat, blijkens haar titel, haar considerans en artikel 1, in dezelfde richting om discriminatie in de werkomgeving te bestrijden, ook al beperkt zij zich niet tot discriminatie op grond van geslacht. Bovendien verwijst de dertiende overweging van de considerans uitdrukkelijk naar artikel 141 EG ter afbakening met de voordelen van de sociale zekerheid.

55. Het bestaan van een tegenprestatie is essentieel om van een arbeidsrelatie te

56. Zoals ik in eerdere conclusies heb opgemerkt³⁷, heeft het Hof gaandeweg de wettelijke definitie afgebakend. Zo heeft het als beloning aangemerkt: reisfaciliteiten die een spoorwegonderneming aan haar werknemers toekent na hun pensionering en die tevens voor hun gezin gelden, zodat ook de gezinsleden van voormalige werknemers onder dezelfde voorwaarden van die reisfaciliteiten gebruik kunnen maken³⁸; doorbetaling van loon bij ziekte³⁹; in verband met gedwongen

36 — Om die reden klaagde Sancho Panza bij Don Quichot dat hij niet de hemden had gekregen die Altisidora hem had beloofd, indien hij haar zou genezen: „Echt, heer, ik ben de slechtst bedeelde dokter van de hele wereld, want je hebt er die zelfs als ze de zieke die ze behandelen vermoorden, betaald willen worden voor hun moeite, al bestaat die alleen maar uit het zetten van een handtekening onder een stukje papier met wat geneesmiddelen die zo iemand niet eens zelf bereidt maar de apotheker, en dat varkentje is weer gewassen; en aan mij, die voor het welzijn van een ander heb betaald met bloeddruppels, neusgeplet, knepen, prikken en geselslagen, geven ze geen mallemoer” (M. de Cervantes Saavedra, op. cit., deel II, hoofdstuk LXXI; vertaling van Barber van de Pol).

37 — Zie, voor de meest recente conclusies, de conclusies bij de arresten van 13 januari 2005, Mayer (C-356/03, Jurispr. blz. I-295, punten 35 en 36), en 21 juli 2005, Vergani (C-207/04, Jurispr. blz. I-7453, punten 31 en 39).

38 — Arrest van 9 februari 1982, Garland (12/81, Jurispr. blz. 359).

39 — Arrest van 13 juli 1989, Rinner-Kühn (171/88, Jurispr. blz. 2743).

ontslag toegekende uitkeringen⁴⁰; de door leden van de ondernemingsraad ontvangen vergoeding in de vorm van betaald verlof of betaalde overuren, voor deelneming aan vormingscursussen waarbij voor de werkzaamheid van de ondernemingsraad noodzakelijke kennis wordt overgedragen, ofschoon zij tijdens de duur van de vormingscursussen de in hun arbeidsovereenkomst vastgelegde werkzaamheid niet verrichten⁴¹; het recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling⁴²; de uitkering die de werkgever op grond van de wettelijke bepalingen of uit hoofde van de collectieve overeenkomsten aan een vrouwelijke werknemer tijdens haar zwangerschapsverlof betaalt⁴³; de kerstgratificatie die de werkgever krachtens een wet of een collectieve arbeidsovereenkomst uitkeert⁴⁴; de ontslagvergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding⁴⁵; de kerstgratificatie, die vrijwillig is en kan worden ingetrokken, betaald als stimulans voor toekomstige arbeid en om de verbondenheid met de onderneming te bevorderen⁴⁶; een maandelijkse salaristoelage⁴⁷; de metelling van de duur van de militaire dienst voor de berekening van de anciënniteit, met de daaruit voortvloeiende financiële consequenties⁴⁸, of het overbruggingspensioen dat in aanvulling op de ontslagvergoeding na herstructurering van een onderneming wordt toegekend.⁴⁹

57. In al deze arresten zijn bepaalde gemeenschappelijke elementen te onderscheiden die bevestigen dat het begrip „beloning” alle tegenwoordige en toekomstige, in geld of in natura betaalde vergoedingen omvat die de werkgever, zij het indirect, aan de werknemer betaalt⁵⁰ uit hoofde van diens dienstbetrekking⁵¹, ook al is deze reeds beëindigd⁵² op grond van een overeenkomst, op grond van wettelijke bepalingen of op vrijwillige basis.⁵³

2. Pensioenen

58. Bij de toepassing van artikel 141 EG op pensioenen heeft het Hof de criteria die het gewoonlijk hanteert, genuanceerd.

59. Zo heeft het ouderdomspensioenen die rechtstreeks bij de wet worden vastgesteld — hetgeen iedere vorm van overleg uitsluit — voor zover zij verplicht van toepassing zijn

40 — Arrest Barber, reeds aangehaald.

41 — Arrest van 4 juni 1992, Bötöl (C-360/90, Jurispr. blz. I-3589).

42 — Arresten van 28 september 1994, Vroege (C-57/93, Jurispr. blz. I-4541), en Fisscher (C-128/93, Jurispr. blz. I-4583).

43 — Arresten van 13 februari 1996, Gillespie e.a. (C-342/93, Jurispr. blz. I-475); 27 oktober 1998, Boyle e.a. (C-411/96, Jurispr. blz. I-6401), en 30 maart 2004, Alabaster e.a. (C-147/02, Jurispr. blz. I-3101).

44 — Arrest van 9 september 1999, Krüger (C-281/97, Jurispr. blz. I-5127).

45 — Arrest van 14 september 1999, Gruber (C-249/97, Jurispr. blz. I-5295).

46 — Arrest van 21 oktober 1999, Lewen (C-333/97, Jurispr. blz. I-7243).

47 — Arrest van 26 juni 2001, Brunnhofer (C-381/99, Jurispr. blz. I-4961).

48 — Arrest van 8 juni 2004, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-220/02, Jurispr. blz. I-5907).

49 — Arrest van 9 december 2004, Hložek (C-19/02, Jurispr. blz. I-11491).

50 — Het arrest van 27 juni 1990, Kowalska (C-33/89, Jurispr. blz. I-2591, punt 12), herinnert eraan dat het beginsel zowel geldt voor particuliere werkgevers als voor de overheid.

51 — Arresten van 25 mei 1971, Defrenne I (80/70, Jurispr. blz. 445, punt 6); 3 december 1987, Newstead (192/85, Jurispr. blz. 4753, punt 11); 22 december 1993, Neath (C-152/91, Jurispr. blz. I-6935, punt 28); 9 februari 1999, Seymour-Smith en Pérez (C-167/97, Jurispr. blz. I-623, punt 23); 23 oktober 2003, Schönheit en Becker (C-4/02 en C-5/02, Jurispr. blz. I-12575, punt 56), en reeds aangehaalde arresten Barber (punt 12), Alabaster e.a. (punt 42) en Vergani (punt 22).

52 — Arresten Barber (punt 12); Seymour-Smith en Pérez (punten 23 en 24) en Hložek (punt 35).

53 — Arresten Garland (punt 10); Barber (punt 20) en Lewen (punt 21).

op algemene categorieën werknemers en de bijdragen worden bepaald op grond van overwegingen van sociaal beleid, van het begrip beloning uitgesloten.⁵⁴

evenals overlevingspensioenen uit hoofde van bedrijfspensioenregelingen, die afhankelijk zijn van de dienstbetrekking⁶¹, en nabestaandenpensioenen⁶², waarbij in het laatste geval geen rol speelt dat de uitkering niet aan de werknemer geschiedt.⁶³

60. Daarentegen omvat het begrip volgens het Hof wél bedrijfspensioenen die, ofschoon zij zijn vastgesteld in overeenstemming met wettelijke bepalingen, hun oorsprong vinden in een akkoord tussen de werkgever en de werknemersvertegenwoordiging, integraal deel uitmaken van de arbeidscontracten en de in de nationale bepalingen voorziene sociale uitkeringen aanvullen door uitkeringen die uitsluitend door de werkgever worden gefinancierd.⁵⁵ Hetzelfde geldt wanneer een pensioenregeling afwijkt van de algemene regeling en voor werknemers van bepaalde ondernemingen geldt, ook al betalen de werknemers bijdragen.⁵⁶

62. In de rechtspraak zijn derhalve een aantal onderscheidingscriteria ontwikkeld:

61. Het Hof heeft onder dit communautaire begrip ook verschillende pensioenregelingen voor Nederlandse⁵⁷, Franse⁵⁸, Finse⁵⁹ en Duitse⁶⁰ ambtenaren gebracht,

- de wettelijke oorsprong van de regeling vormt een aanwijzing dat het om uitkeringen van sociale zekerheid gaat⁶⁴, doch dit element volstaat niet voor de niet-toepasselijkheid van artikel 141 EG⁶⁵;
- dat het pensioen ten opzichte van pensioenuitkeringen op grond van een wettelijk stelsel van sociale zekerheid een aanvullend karakter heeft, is evenmin van doorslaggevend belang⁶⁶;

54 — Arrest Defrenne I (punten 7 en 8).

55 — Arresten van 13 mei 1986, *Bilka* (170/84, Jurispr. blz. 1607, punten 20-23), en 10 februari 2000, *Deutsche Telekom* (C-234/96 en C-235/96, Jurispr. blz. I-799, punt 32).

56 — Arrest Barber (punten 22-30).

57 — Arrest van 28 september 1994, *Beune* (C-7/93, Jurispr. blz. I-9383).

58 — Arrest van 29 november 2001, *Griesmar* (C-366/99, Jurispr. blz. I-9383).

59 — Arrest van 12 september 2002, *Niemi* (C-351/00, Jurispr. blz. I-7007).

60 — Arrest *Schönheit* en *Becker*.

61 — Arresten van 6 oktober 1993, *Ten Oever* (C-109/91, Jurispr. blz. I-4879); 28 september 1994, *Coloroll Pension Trustees* (C-200/91, Jurispr. blz. I-4389), en 17 april 1997, *Evrenopoulos* (C-147/95, Jurispr. blz. I-2057).

62 — Arresten van 25 mei 2000, *Podesta* (C-50/99, Jurispr. blz. I-4039), en 9 oktober 2001, *Menauer* (C-379/99, Jurispr. blz. I-7275).

63 — Arresten *Ten Oever* (punten 12 en 13), *Coloroll Pension Trustees* (punt 18), *Evrenopoulos* (punt 22) en *Menauer* (punt 18).

64 — Arresten *Defrenne I* (punten 7 en 8) en *Ten Oever* (punt 9).

65 — Arresten *Beune* (punt 26) en *Niemi* (punt 41).

66 — Arresten *Barber* (punt 27), *Beune* (punt 37), *Griesmar* (punt 37) en *Niemi* (punt 42).

- de wijze van financiering en beheer moeten in aanmerking worden genomen, maar zijn niet beslissend voor de beoordeling⁶⁷;

C — *Kenmerken van het litigieuze nabestaandenpensioen*

- nagegaan moet worden of het pensioen enkel geldt voor een bijzondere categorie werknemers en of het bedrag ervan afhankelijk van het aantal dienstjaren wordt berekend op basis van het laatste loon, want deze omstandigheden beletten dat overwegingen van sociaal beleid of van organisatorische, ethische of budgettaire aard prevaleren⁶⁸;

1. Inleidende opmerkingen

63. De Vddb verwijst naar verschillende Duitse rechterlijke uitspraken ter staving van haar stelling dat zij een met een wettelijk stelsel van sociale zekerheid vergelijkbaar stelsel beheert.

- maatgevend is derhalve niet de juridische aard van de economische voordelen⁶⁹, maar de arbeidsverhouding⁷⁰, het enige criterium dat, hoewel het niet exclusief is, doorslaggevend kan zijn.⁷¹

64. Niettemin moet worden vastgesteld of het litigieuze pensioen onder het begrip „beloning” valt, zoals dat in de Europese voorschriften is afgebakend, zonder dat de beheerde regeling in haar geheel wordt beoordeeld; het Hof moet de prejudiciële vragen immers in het licht van het gemeenschapsrecht aan de hand van de in de verwijzingsbeschikking verschaftte gegevens analyseren.

2. Onderzoek van het pensioen in het licht van de rechtspraak

67 — Arresten Beune (punt 38), Griesmar (punt 37) en Niemi (punt 43).

68 — Arresten Beune (punt 45), Evrenopoulos (punt 21), Griesmar (punt 30), Niemi (punt 47) en Schönheit en Becker (punt 58).

69 — Ter terechtzitting verklaarde de Commissie met stelligheid dat nabestaandenpensioenen beloningen zijn.

70 — Arresten Garland (punt 10), Gillespie e.a. (punt 12), Alabaster e.a. (punt 42) en Schönheit en Becker (punt 56).

71 — Arrest van 14 december 2000, Commissie/Griekenland (C-457/98, Jurispr. blz. I-11481, punt 11), en reeds aangehaalde arresten Beune (punten 43 en 44), Evrenopoulos (punten 19 en 20), Podesta (punt 26), Griesmar (punt 28) en Niemi (punten 44 en 46).

65. Het pensioen vindt zijn oorsprong in de Tarifordnung für die deutschen Theater, die gelijkstaat met een „collectieve overeenkomst” (Tarifvertrag), ook al was het dat niet echt ten tijde van de vaststelling ervan — 27 oktober 1937 — omdat

het nationaalsocialisme de overeenkomsten tussen de vakbonden en de werkgevers had vervangen door regelingen waarin de arbeidsvoorwaarden waren vastgelegd (Tarifordnungen).

ministerie van Werkgelegenheid en Sociale Zaken), die deze taken heeft gedelegeerd aan de bevoegde Beierse ministeries; daarbij wordt de regeling inzake het toezicht op verzekeringsmaatschappijen die geen wettelijke stelsels van sociale zekerheid uitvoeren, naar analogie toegepast.⁷³

66. Net als de overige uitkeringen van § 27 van het reglement van de Vddb — ouderdoms-, invaliditeits- en nabestaandenpensioenen — vormt dit pensioen een aanvulling op de algemeen voorziene pensioenen.

69. Deze bijzonderheden leveren evenwel slechts aanwijzingen op; volgens eerdergenoemde arresten gaat het vooral om de categorie werknemers en de methode van berekening van het pensioen.

67. De financiering komt voor rekening van de werkgever en de werknemer, zonder dat de federale overheid of de deelstaten daaraan bijdragen leveren.⁷²

68. Het beheer is in handen van een publiek-rechtelijke rechtspersoon, de Vddb. Deze instelling handelt zelfstandig, conform de besluiten van de raad van bestuur, die bestaat uit vijftien vertegenwoordigers van de werkgevers en evenzoveel vertegenwoordigers van de werknemers welke worden benoemd door de werkgevers- en werknemersorganisaties. Zij is onderworpen aan het juridisch en verzekeringstoezicht van het Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (federaal

70. Zo is om te beginnen voor een aanspraak op het recht vereist dat de overledene bij de Vddb was aangesloten, voordat zich het rechtscheppende feit voordeed. Deze aansluiting is verplicht voor het artistieke personeel in dienst van de Duitse theaters, dat wil zeggen, een bepaalde categorie werknemers.⁷⁴ Vrijwillige aansluiting is echter ook toegestaan, vanwege de onzekerheid en de onregelmatigheid van het werk, die aan de activiteiten in deze branche inherent zijn — de levensgezel van verzoeker in het

72 — Volgens het Verwaltungsgericht belooft de bijdrage 9 % van het loon en 16 % wanneer de betrokkene van de wettelijke regeling is vrijgesteld.

73 — § 1, tweede volzin, van het Gesetz über die Beaufsichtigung der Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen und der Versorgungsanstalt der deutschen Kulturorchester van 17 december 1990 (BGBl. I, blz. 2866), zoals gewijzigd bij de wet van 26 maart 2002 (BGBl. I, blz. 1219).

74 — In de arresten Griesmar en Schönheit en Becker heeft het Hof alle ambtenaren (respectievelijk punt 31 en punt 60) en in het arrest Niemi de arbeidscontractanten van de Finse strijdkrachten (punt 49) als een bijzondere categorie werknemers aangemerkt.

hoofdgeding heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en gedurende ruim zestien jaar vrijwillig de bijdragen betaald.

71. In de tweede plaats geschieden de uitkeringen niet op basis van een omslagstelsel, waarbij de uitgaven in een kalenderjaar door de inkomsten worden gedekt, maar volgens een kapitalisatiestelsel, waarbij voor iedere verzekerde een fonds wordt gecreëerd, waaruit na de werkzame periode de hoofdsom en de rente daarover worden geput. De hoogte van de pensioenen wordt berekend op basis van de hoogte van de bijdragen, onder toepassing van een actualiseringsfactor (§ 32, lid 2, eerste volzin, en § 30, lid 5, van het reglement van de Vddb).⁷⁵

72. Uit deze bijzonderheden maak ik, net als de Commissie, op dat het litigieuze pensioen zijn oorsprong vindt in de arbeidsverhouding van de levensgezel van Maruko. Het is derhalve te kwalificeren als „beloning” in de zin van artikel 141 EG en valt dus onder richtlijn 2000/78, omdat het aan de voorwaarden van artikel 3, lid 1, sub c, voldoet. Het betreft bijgevolg geen uitkering van een wettelijk of daarmee gelijkgesteld stelsel van sociale zekerheid in de zin van artikel 3, lid 3, daar het niet de kenmerken van dergelijke uitkeringen vertoont en niet met het doel daarvan strookt.

D — *Invloed van de burgerlijke staat*

73. Volgens de tweeëntwintigste overweging van de considerans van richtlijn 2000/78 laten bepalingen van deze richtlijn „de nationale wetgevingen inzake burgerlijke staat en de daaraan verbonden voordelen onverlet”. De verwijzende rechter onderstreept deze overweging en betwijfelt of zij van invloed is op de werkingssfeer van de richtlijn.

74. Volgens het Verenigd Koninkrijk legt de tweeëntwintigste overweging van de considerans een duidelijke en algemene uitzondering vast, die is opgenomen in artikel 3, lid 1, dat de toepassing van de richtlijn voorziet „[b]innen de grenzen van de aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden”. Deze omvatten niet de van de burgerlijke staat afhankelijke prestaties, zoals die in het onderhavige geval centraal staan, waarbij de toekenning van het pensioen het bestaan van een huwelijk vereist. Als gevolg hiervan behoeven de overige prejudiciële vragen geen onderzoek.

75. Ik ben het niet met deze argumenten eens, ook al lijken zij aanlokkelijk en goed gefundeerd.

76. In de eerste plaats, zoals ik in een andere conclusie heb uiteengezet⁷⁶, omschrijft een

75 — Ter terechtzitting heb ik de vertegenwoordiger van de Vddb naar de berekeningsformule gevraagd; zijn antwoord was confuus en bevatte aperte tegenstrijdigheden.

76 — Punt 34 van de conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 14 april 2005, België/Commissie (C-110/03, Jurispr. blz. I-2801).

norm feiten, situaties of omstandigheden en verbindt zij daaraan bepaalde gevolgen, zodat de feiten en de rechtsgevolgen de twee structurele elementen van een voorschrift vormen.⁷⁷ Deze elementen zijn echter niet aanwezig in de motivering, de preambule of de inleidende considerans, die enkel ter illustratie, als fundering of als toelichting dienen en dus, hoewel zij het regelgevende deel vergezellen en er meestal aan voorafgaan — waardoor zij deel uitmaken van de norm — niet verbindend zijn, ondanks hun nut als uitleggingscriteria — een functie die het Hof bij talrijke gelegenheden in herinnering heeft geroepen.⁷⁸ De tweeëntwintigste overweging van de considerans van richtlijn 2000/78 is daarom, net als de overige overwegingen, slechts een hulpmiddel bij de uitlegging van de bepalingen van de richtlijn, en haar betekenis moet niet worden overschat.

77. In de tweede plaats heeft de Gemeenschap geen bevoegdheden op het gebied van de burgerlijke staat. Dit komt in artikel 3, lid 1, van de richtlijn en genoemde considerans tot uitdrukking, doordat zij de nationale bevoegdheden op dit gebied in stand laten. Het Europese recht erkent de opvattingen van ieder land over het huwelijk, de ongehuwde staat, het weduwschap en de overige aspecten van de „burgerlijke staat”. Deze nationale bevoegdheden moeten echter wel

77 — Guasp, J., *Derecho*, zonder uitgever, Madrid 1971, blz. 7 e.v., definieert het recht als „het geheel van betrekkingen tussen mensen die een samenleving noodzakelijk acht” en onderscheidt de twee factoren die tot de kern van dit begrip behoren: de materiële factor, gevormd door de intermenselijke betrekkingen, en de formele factor, bestaande in de noodzakelijkheid van die betrekkingen.

78 — Arrest van 13 juli 1989, Casa Fleischhandel (215/88, Jurispr. blz. 2789, punt 31), waarnaar het Verenigd Koninkrijk verwijst.

worden uitgeoefend zonder het gemeenschapsrecht te schenden.⁷⁹

78. In de derde plaats is het verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid opgenomen in artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 1950⁸⁰, en staat het uitdrukkelijk vermeld in artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.⁸¹ Zijn essentiële karakter⁸² impliceert volgens artikel 6 EU dat de Unie de eerbiediging ervan waarborgt.

79. In de vierde plaats betreft het door verzoeker in het hoofdgeding aan de kaak

79 — Met betrekking tot de sociale zekerheid, zie arresten van 12 juli 2001, Smits en Peerbooms (C-157/99, Jurispr. blz. I-5473, punten 44-46); 4 december 2003, Kristiansen (C-92/02, Jurispr. blz. I-14597, punt 31); 18 maart 2004, Leichtle (C-8/02, Jurispr. blz. I-2641, punt 29); 27 april 2006, Richards (C-423/04, Jurispr. blz. I-3585, punt 33); 16 mei 2006, Watts (C-372/04, Jurispr. blz. I-4325, punt 92), en 19 april 2007, Stamatelaki (C-444/05, Jurispr. blz. I-3185, punt 23).

80 — Arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 21 december 1999, Da Silva Mouta v Portugal, § 28, Recueil des arrêts et décisions, 1999-IX, en 24 juli 2003, Karner v Oostenrijk, § 33, Recueil des arrêts et décisions, 2003-IX.

81 — PB 2000, C 364, blz. 1. Het is eveneens opgenomen in artikel II-81, lid 1, van het Verdrag tot vaststelling van een grondwet voor Europa (PB 2004, C 310, blz. 1).

82 — Dit karakter verleent aan de non-discriminatie op grond van seksuele geaardheid een andere dimensie dan die welke in het arrest van 22 november 2005, Mangold (C-144/04, Jurispr. blz. I-9981), is toegekend aan het verbod van discriminatie op grond van leeftijd, waarvan de kwalificatie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht (punt 75) de basis vormde voor de argumentatie van de Commissie, die ter terechtzitting door de vertegenwoordigers van Nederland en het Verenigd Koninkrijk is bekritiseerd.

gestelde nadeel een recht dat in het positieve gemeenschapsrecht wordt gewaarborgd, namelijk het verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid met betrekking tot de beloning van werknemers, gelet op het feit dat het nabestaandenpensioen een „beloning” vormt, omdat het zijn oorsprong vindt in een arbeidsbetrekking en niet in de burgerlijke staat.

valt, moeten alle daaruit volgende consequenties worden getrokken en moet worden onderzocht of de weigering van de Vddb een discriminatie op grond van seksuele geaardheid inhoudt.

A — Verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid in het gemeenschapsrecht

80. Tot slot is volgens § 27 van het reglement van de Vddb het feit waardoor het recht op het door verzoeker in het hoofdgeding gevorderde pensioen ontstaat het overlijden van diens levenspartner, zoals dat bij andere pensioenen de arbeidsongeschiktheid, de invaliditeit of de pensionering is.

1. Inleidende opmerkingen

81. Er is bijgevolg geen enkele reden om richtlijn 2000/78 in casu buiten toepassing te laten.

83. Het beginsel van gelijke behandeling is, samen met dat van het vrije verkeer, het oudste en meest diepgewortelde beginsel van de Europese rechtsorde. Bovendien is het gaandeweg geëvolueerd, zodat het thans niet alleen meer de gelijke beloning voor werknemers van beide seksen maar ook andere gebieden en personen betreft, zoals uit genoemde richtlijn 2000/43 blijkt. Sinds het voor het eerst is opgenomen in het Verdrag, is het steeds verder uitgebreid en versterkt; het is een „algemeen kader” geworden dat ongerechtvaardigde ongelijkheden belet en een daadwerkelijke en effectieve gelijke behandeling bevordert.

VII — Discriminatie op grond van seksuele geaardheid

82. Indien het Hof met mij van mening is dat het door Maruko gevorderde pensioen binnen de werkingsfeer van richtlijn 2000/78

84. De morele vooroordelen jegens en de sociale afwijzing van groepen die bepaalde seksegerelateerde eigenschappen gemeen hebben, zijn gaandeweg tot het verleden

gaan behoren. Alhoewel de strijd aanvankelijk was bedoeld om de discriminatie van vrouwen tegen te gaan, richtten latere inspanningen zich tegen de discriminatie van homoseksuelen⁸³ — met als eerste stap de legalisering van relaties tussen personen van hetzelfde geslacht⁸⁴ —, transseksuelen en biseksuelen.⁸⁵

voor ogen houdt dat niet alle lidstaten dit type discriminatie veroordelen⁸⁶ en dat het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden het evenmin noemt⁸⁷, ofschoon, het zoals gezegd, volgens het Europees Hof voor de rechten van de mens in artikel 14 van voormeld verdrag besloten ligt.⁸⁸

85. Het Verdrag van Amsterdam heeft het beginsel willen uitbreiden, zoals blijkt uit artikel 13, eerste alinea, EG, waarin de doelstelling is opgenomen om elke vorm van discriminatie op grond van seksuele gaardheid te bestrijden.

87. Het Hof heeft op zijn beurt verschillende malen de gelegenheid gehad om benadeling van paren van hetzelfde geslacht te voorkomen.

2. Arrest van 17 februari 1998, Grant⁸⁹

88. Nadat in 1982 het reeds genoemde arrest Garland was gewezen, bestond er

86. Het opnemen in het Verdrag van het recht op eerbiediging van de seksuele gaardheid krijgt nog meer betekenis wanneer men

83 — Het uitgangspunt was de Resolutie van het Europees Parlement van 8 februari 1994 over gelijke rechten voor homoseksuele mannen en vrouwen in de Gemeenschap (PB 1994, C 61, blz. 40), die volgens Moliner Navarro, R.M., „El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado”, in *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Cuadernos de Derecho Judicial, nr. XXVI/2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, blz. 219, aanzienlijke weerklank vond en een duidelijk keerpunt betekende bij de beoordeling van deze kwesties, hetgeen bevorderlijk was voor bepaalde wetsinitiatieven.

84 — Volgens Amnesty International wordt homoseksualiteit nog steeds in meer dan 70 landen vervolgd en staat daarop in acht landen de doodstraf — Afghanistan, Saudi-Arabië, Iran, Mauritanië, Pakistan, Soedan, Jemen en enkele staten in het noorden van Nigeria — en in andere landen een gevangenisstraf die levenslang kan zijn.

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

86 — Wilets, J.D., „The Human Rights of Sexual Minorities: A Comparative and International Law Perspective”, *Fall Human Rights*, nr. 22, 1995, blz. 22-25. In zijn film *Love and Death* uit 1975 brengt Woody Allen in herinnering dat er homoseksuele mensen zijn, heteroseksuele mensen en mensen die in het geheel niet met seks bezig zijn en advocaat worden; ook al richt het sarcasme zich tegen de moeilijkheid om via het recht affectieve relaties te regelen, dit neemt niet weg dat de juridische wereld daaraan meer of minder strikte voorwaarden kan stellen.

87 — Dezelfde omissie stellen we vast in de Universele Verklaring van de rechten van de mens van 10 december 1948 en in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten van 16 december 1966. Met betrekking tot laatstgenoemd verdrag heeft het VN-Comité voor de rechten van de mens geoordeeld, dat de verwijzing naar „geslacht” in de artikelen 2 en 26 tevens betrekking heeft op de „seksuele voorkeur”, en dat de in het verdrag genoemde rechten niet op grond van de „seksuele gaardheid” van iemand kunnen worden ontzegd [Comité voor de rechten van de mens, Toonen/Australia, § 8.7, mededeling nr. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), en Young/Australia, § 10.4, mededeling nr. 941/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003)].

88 — Punt 78 van deze conclusie.

89 — C-249/96, Jurispr. blz. I-621.

geen twijfel meer over dat de faciliteiten die spoorwegmaatschappijen aan hun werknemers, inclusief echtgenoten en ten laste komende kinderen, toekennen uit hoofde van de dienstbetrekking van die werknemers, een „beloning” vormen in de zin van artikel 141 EG. Het was waarschijnlijk vanuit die overtuiging dat Grant zich erover beklaagde dat haar werkgever deze bepaling had geschonden door haar niet de reisfaciliteiten toe te kennen die in de arbeidsovereenkomst waren voorzien ten gunste van de echtgenoot of de persoon van het andere geslacht waarmee de werknemer ongehuwd samenwoont, omdat zij een duurzame relatie onderhield met een andere vrouw.

89. Volgens Grant vormde die weigering een rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht. Zij ging uit van de zogenoemde „but for test” benadering: indien, bij voor het overige gelijke omstandigheden, een vrouwelijke werknemer niet dezelfde voordelen geniet als een mannelijke werknemer, wordt de vrouwelijke werknemer gediscrimineerd op grond van geslacht. Zij betoogde dat ten bewijze van de ongelijkheid de vaststelling volstond dat de man die voorheen haar ambt bekleedde, reisfaciliteiten had verkregen voor zijn partner van het vrouwelijke geslacht, met wie hij niet was gehuwd. De betrokken weigering vormde volgens haar een discriminatie op grond van seksuele geaardheid, die onder het in artikel 141 EG bedoelde begrip „discriminatie op grond van geslacht” valt, daar de verschillen in behandeling op grond van seksuele geaardheid op reeds lang achterhaalde vooroordelen berusten.

90. Het Hof kwam in dat arrest tot de conclusie dat de niet-toekenning door een werkgever van reisfaciliteiten ten gunste van de partner van hetzelfde geslacht van een werknemer, terwijl dergelijke faciliteiten wel worden toegekend ten gunste van de persoon van het andere geslacht waarmee een werknemer een buitenhuwelijkse duurzame relatie onderhoudt, geen door de Europees regelgeving verboden discriminatie opleverde (punt 50). Er was geen sprake van een rechtstreeks op het geslacht gebaseerde ongelijkheid, daar de weigering zowel voor mannelijke als vrouwelijke werknemers met een partner van hetzelfde geslacht gold (punten 27 en 28). Het Hof merkte voorts op dat, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht, duurzame homoseksuele relaties noch met gehuwde paren, noch met duurzame heteroseksuele relaties kunnen worden gelijkgesteld (punt 35).

91. Terwijl dus een onderscheid op grond van geslacht in strijd met het recht is, geldt dit niet ten aanzien van een op de seksuele geaardheid gebaseerd onderscheid, omdat geen enkele gemeenschapsbepaling dit verbiedt.

92. De door het Hof gekozen restrictieve benadering stond in contrast met bijvoorbeeld de rechtspraak op het gebied van discriminatie wegens moederschap⁹⁰ en was

90 — Deze rechtspraak begon met de arresten van 8 november 1990, Dekker (C-177/88, Jurispr. blz. I-3941), en Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, Jurispr. blz. I-3979), en werd vervolgd met de arresten van 14 juli 1994, Webb (C-32/93, Jurispr. blz. I-3567); 30 juni 1998, Brown (C-394/96, Jurispr. blz. I-4185); 19 november 1998, Høj Pedersen e.a. (C-66/96, Jurispr. blz. I-7327); 4 oktober 2001, Tele Danmark (C-109/00, Jurispr. blz. I-6993); 18 november 2004, Sass (C-284/02, Jurispr. blz. I-11143); 8 september 2005, McKenna (C-191/03, Jurispr. blz. I-7631), en 16 februari 2006, Sarkatzis Herrero (C-294/04, Jurispr. blz. I-1513).

verrassend, omdat het Hof er zelf op wees dat het enkele maanden eerder ondertekende Verdrag van Amsterdam de Raad machtigde om bepaalde vormen van discriminatie te bestrijden, waaronder die op grond van seksuele geaardheid (punt 48).

andere verbintenissen tussen partners dan het huwelijk (punten 36 en 50), wat de erkenning ervan bemoeilijkt (punt 37), zodat het aan de wetgever staat om de nodige maatregelen te treffen om verandering in de situatie te brengen (punt 38).⁹²

3. Latere rechtspraak

93. Sinds het arrest Grant is in andere uitspraken met enkele op het geslacht gebaseerde vormen van discriminatie afgerekend. Ik zal hieronder ingaan op de twee zaken waarnaar in de schriftelijke opmerkingen in deze procedure is verwezen.

94. In het arrest van 31 mei 2001, D en Zweden/Raad⁹¹, onderzocht het Hof in het kader van een hogere voorziening de weigering om een ambtenaar van de Europese Gemeenschappen een voor gehuwden bedoelde kostwinnerstoelage toe te kennen, omdat hij weliswaar een partnerschap met een andere man in Zweden had laten registreren, maar het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen gelijkstelling van zijn staat met de huwelijkse staat niet toeliet. In het arrest werd vastgesteld dat in de Gemeenschap een grote verscheidenheid bestaat van stelsels voor registratie van

95. Het arrest van 7 januari 2004, K.B.⁹³, betrof een geslachtsverandering.⁹⁴ Een Britse werknemster verzocht ten gunste van haar partner, die door een operatieve geslachtsverandering een man was geworden, om het weduwnaarspensioen waarop hij als langstlevende echtgenoot recht zou hebben, omdat het nationale recht de verbintenissen van een transseksueel overeenkomstig zijn nieuwe geslacht niet toestond. Het Hof merkte in navolging van mijn conclusie van 10 juni 2003 op, dat de ongelijke behandeling niet de erkenning van het pensioen betrof, doch een absolute voorwaarde voor de toekenning ervan, namelijk de mogelijkheid om te huwen (punt 30). Het stelde vast dat artikel 141 EG zich verzet tegen een wetgeving die transseksuelen belet om overeenkomstig het verkregen geslacht te huwen en hun aldus een weduwnaars- of weduwepensioen onthoudt (punt 34).⁹⁵

92 — De aanpassing is, zoals de vertegenwoordiger van Maruko ter terechtzitting opmerkte, verwezenlijkt bij verordening (EG, Euratom) nr. 723/2004 van de Raad van 22 maart 2004 tot wijziging van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen en van de regeling die van toepassing is op de andere personeelsleden van deze Gemeenschappen (PB L 124, blz. 1).

93 — C-117/01, Jurispr. blz. I-541.

94 — Eerder had het Hof in zijn arrest van 30 april 1996, P./S. (C-13/94, Jurispr. blz. I-2143), een ontslag wegens een geslachtsverandering in strijd met het gemeenschapsrecht geoordeeld.

95 — In dezelfde lijn achtte het Hof in het arrest Richards een wetgeving die aan een transseksueel, in zijn hoedanigheid van vrouw, de toekenning van een pensioen op de leeftijd van 60 jaar weigert en haar verplicht te wachten tot zij de voor mannen vastgestelde leeftijd van 65 jaar bereikt, niet in overeenstemming met het gemeenschapsrecht.

91 — C-122/99 P en C-125/99 P, Jurispr. blz. I-4319.

B — *Discriminatie op grond van seksuele geaardheid in het hoofdgeding*

96. Het nabestaandenpensioen wordt Maruko geweigerd omdat hij niet met zijn partner gehuwd was en geen „weduwenaar” is, welke staat wettelijk is voorbehouden aan de echtgenoot van de overledene, en het staat niet vast dat het pensioen aan anderen in dezelfde of een vergelijkbare situatie is toegekend. De niet-toekenning is ook niet gebaseerd op de seksuele geaardheid van betrokkene, zodat geen sprake is van directe discriminatie als bedoeld in artikel 2 van richtlijn 2000/78.

97. Deze richtlijn verbiedt evenwel ook indirecte discriminatie, die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling personen met een bepaalde seksuele geaardheid benadeelt, tenzij het verschil een legitiem doel nastreeft, objectief gerechtvaardigd is en de gehanteerde middelen passend en noodzakelijk zijn.

98. In het onderhavige geval is een huwelijk naar geldend recht onmogelijk. Het Hof is evenwel niet bevoegd om de affectieve verbintenissen tussen personen van hetzelfde

geslacht te regelen, hetgeen een uiterst controversiële kwestie is⁹⁶, en evenmin om een uitspraak te doen over de gevolgen die iedere wetgever aan de registratie van dergelijke partnerschappen verbindt.⁹⁷ Zoals ik in mijn conclusie in de zaak K.B. heb opgemerkt „gaat [het] niet om het ontwikkelen van een ‚Europees huwelijksrecht’, maar om het waarborgen van de eerbiediging, in al zijn facetten, van het beginsel van non-discriminatie op grond van het geslacht” (punt 76).

99. In het hoofdgeding gaat het om de ongelijkheid tussen gehuwde paren en paren die een andere wettelijke basis hebben. Ter discussie staat dus niet de toegang tot het huwelijk, maar de gevolgen van deze twee wettelijke modellen.

100. Bijgevolg moet worden onderzocht of deze twee soorten verbintenissen gelijk moeten worden behandeld. Daartoe is het noodzakelijk dat de nationale rechter uitmaakt of de rechtspositie van echtgenoten

96 — In het arrest D en Zweden/Raad wordt opgemerkt dat het begrip „huwelijk” in het algemeen een heteroseksuele verbintenis aanduidt en dat sinds 1989 steeds meer lidstaten andere wettelijke regelingen voor verbintenissen tussen personen van hetzelfde of van verschillend geslacht hebben ingevoerd, waaraan zij bepaalde rechtsgevolgen toekennen die zowel tussen de partners onderling als ten opzichte van derden identiek zijn aan die van het huwelijk of daarmee vergelijkbaar zijn (punten 34 en 35). Moliner Navarro, R.M., op. cit., blz. 221 e.v., deelt de landen in vier groepen in op grond van de regulering van homoseksuele verbintenissen: landen die dergelijke verbintenissen niet regelen, landen die wetgeving inzake het geregistreerd partnerschap hebben vastgesteld — met minimummodellen en maximummodellen (zoals het Duitse recht) — landen die bepalingen inzake homoseksuele civiele verbintenissen hebben vastgesteld en landen die het huwelijk voor homoseksuelen hebben opgesteld.

97 — Alonso Herreros, D., „Funcionamiento y eficacia de los Registros de uniones civiles de hecho en España y en otros países europeos”, *Cuadernos de derecho público*, nr. 15, januari-april 2002, blz. 103 e.v., zet de verschillen uiteen tussen de Zweedse, de Noorse, de Deense, de Nederlandse en de Franse stelsels.

vergelijkbaar is met die van geregistreerde partners. Is dit niet het geval, dan zijn de termen van de vergelijking ongeldig.

Gemeenschap, en het arrest K.B. betrof een transseksueel die niet in het huwelijk kon treden, wat tot een specifieke problematiek leidde.⁹⁹

101. Het Verwaltungsgericht heeft echter reeds zijn — door de Commissie gedeelde — standpunt kenbaar gemaakt, dat een volgens de LPartG geregistreerd partnerschap rechten en plichten meebrengt die vergelijkbaar zijn met die van het huwelijk.⁹⁸

104. De discriminatie is daarmee bewezen en er is geen sprake van een objectieve omstandigheid die haar rechtvaardigt; bovendien is een dergelijke omstandigheid in de prejudiciële procedure ook niet aangevoerd.

102. In deze omstandigheden levert de niet-toekenning van het pensioen op grond dat geen huwelijk is gesloten, terwijl twee personen van hetzelfde geslacht dit niet kunnen sluiten en zij een verbintenis met vergelijkbare rechtsgevolgen zijn aangegaan, een indirecte discriminatie op grond van seksuele geaardheid op als bedoeld in artikel 2 van richtlijn 2000/78.

VIII — Beperking in de tijd van het nabestaandenpensioen

103. Deze opvatting wijkt niet af van de besproken rechtspraak, die een andere feitelijke of juridische context betreft. Het arrest Grant ging aan richtlijn 2000/78 vooraf en stelt in punt 48 impliciet dat de vaststelling van bepalingen die discriminatie op grond van seksuele geaardheid verbieden tot een ander antwoord op de betrokken prejudiciële vraag zou leiden. Het arrest D en Zweden werd gewezen in de juridische context van het Statuut van de ambtenaren van de

105. De laatste vraag van het Bayerische Verwaltungsgericht München heeft betrekking op de mogelijke beperking in de tijd van het pensioen tot de tijdvakken van na 17 mei 1990, conform het arrest Barber.

106. In de zaak Barber was de gelijke beloning van werknemers van beiderlei sekse aan de orde. Het Hof herinnerde aan de rechtstreekse werking van artikel 119 van het EG-Verdrag, de voorloper van artikel 141

98 — Deel II, punt 4.3, van de verwijzingsbeschikking.

99 — In punt 25 van mijn conclusie in die zaak heb ik opgemerkt, dat zijn situatie „zich duidelijk [onderscheidt] van disposities die de seksuele geaardheid betreffen (heteroseksueel, homoseksueel of biseksueel), waarbij het individu zijn geslacht zonder veel misbaar accepteert”.

EG, maar preciseerde dat op die werking geen beroep kan worden gedaan om vóór de datum van het arrest aanspraak te maken op een pensioen, behalve wanneer reeds een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering is ingesteld, omdat anders het „financiële evenwicht” van tal van pensioenregelingen verstoord zou kunnen worden.¹⁰⁰

107. Dit begrip valt derhalve, zoals de Commissie betoogt, binnen de sfeer van de financiële repercussies, waarbij de kenmerken van de betrokken gemeenschapsregeling — in tegenstelling tot de opvatting van de verwijzende rechter en de Vddb — niet beslissend zijn.

108. Wat deze aldus afgebakende problematiek betreft, laat de rechtspraak slechts bij uitzondering beperkingen toe¹⁰¹ wanneer gevaar bestaat voor ernstige economische gevolgen, inzonderheid gezien het grote aantal op basis van de geldig geachte wette-

lijke regeling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen.¹⁰²

109. De beoordeling van dit gevaar vereist de afweging van factoren van verschillende aard, zoals het aantal getroffen personen, de te betalen bedragen of de invloed op de levensvatbaarheid van de uitkerende instelling. In deze prejudiciële procedure wijst niets op een dergelijk gevaar.¹⁰³ In deze omstandigheden heeft het Hof twee keuzes: de beperking van de werking in de tijd uitdrukkelijk afwijzen of de prejudiciële vraag niet beantwoorden.

110. De eerste keuze zou de onzekerheid definitief wegnemen, doch niet op een solide basis. De tweede keuze, die de voorkeur van de Commissie geniet en waar ook ik toe neig, lijkt raadzamer, omdat zij een nieuw verzoek om een prejudiciële beslissing mogelijk maakt, met de elementen die thans ontbreken.¹⁰⁴

100 — Na het arrest Barber is bij het Verdrag van Maastricht in 1992 protocol nr. 17 ad artikel 141 aan het EG-Verdrag toegevoegd, dat voor de toepassing van artikel 141 uitkeringen uit hoofde van een ondernemings- of sectorale regeling inzake sociale zekerheid niet als beloning beschouwt, indien en voor zover zij kunnen worden toegerekend aan tijdvakken van arbeid vóór 17 mei 1990, behalve in het geval van werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld.

101 — Arresten van 15 maart 2005, Bidar (C-209/03, Jurispr. blz. I-2119, punt 67); 6 maart 2007, Meilicke e.a. (C-292/04, Jurispr. blz. I-1835, punt 35), en het reeds aangehaalde arrest Richards (punt 40).

102 — Arresten Bidar (punt 69) en Richards (punt 42), beide reeds aangehaald.

103 — De Duitse regering, die dit punt had kunnen toelichten, heeft niet aan de procedure deelgenomen. De Vddb heeft evenmin cijfers verstrekt, hoewel zij zich tegen toepassing van de Barber-rechtspraak op het hoofdgeding heeft verzet.

104 — Beide alternatieven maken de door de gemachtigde van het Verenigd Koninkrijk ter terechtzitting gevraagde heropening van de mondelinge behandeling van de procedure om de overige lidstaten in de gelegenheid te stellen hun opmerkingen in te dienen over de temporele werking van het in deze zaak te wijzen arrest, onnodig.

IX — Conclusie

111. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Bayerische Verwaltungsgericht München te beantwoorden als volgt:

- „1) Een nabestaandenpensioen als het in het hoofdgeding gevorderde, dat van de arbeidsbetrekking van de overledene afhankelijk is, valt binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, en vormt geen uitkering die wordt verstrekt door een wettelijk of daarmee gelijkgesteld stelsel voor sociale zekerheid.
- 2) De niet-toekenning van dat pensioen wegens het niet-bestaan van een huwelijk, dat is voorbehouden aan personen van verschillend geslacht, terwijl een verbintenis met in wezen identieke gevolgen formeel tot stand is gekomen tussen personen van hetzelfde geslacht, vormt een door richtlijn 2000/78 verboden indirecte discriminatie op grond van seksuele geaardheid, waarbij het aan de nationale rechter staat om te onderzoeken of de rechtspositie van echtgenoten vergelijkbaar is met die van geregistreerde partners.
- 3) De vijfde prejudiciële vraag behoeft geen onderzoek.”