

## FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 6 september 2007<sup>1</sup>

### I — Inledning

1. Bayerisches Verwaltungsgericht (förvaltningsdomstol) i München har med stöd av artikel 234 EG ställt fem tolkningsfrågor till domstolen angående tolkningen av rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling.<sup>2</sup>

2. Förevarande mål har sin grund i att den efterlevande parten i ett samkönat par, som inte gift sig eftersom äktenskapet enligt nationell rätt förbehålls heterosexuella förbund, nekats en pension. Det utspelar sig således inom ramen för den långa processen

att acceptera homosexualiteten<sup>3</sup> som är nödvändig för att uppnå jämlikhet och respekt för alla människor.

3. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i om det krav som framställts av sökanden i målet vid den nationella domstolen omfattas av direktivets tillämpningsområde (den första och den andra tolkningsfrågan), om det föreligger en diskriminering på grund av sexuell läggning som är förbjuden enligt direktivet (den tredje och den fjärde tolkningsfrågan) och om erkännandet av rätten skall begränsas i tiden (den femte tolkningsfrågan).

3 — Haggerty, G. E., *Gay Histories and Cultures, An Encyclopedia*, utg. Garland-Publishing, New York och London, 2000, s. 451, berättar att begreppet homosexualitet användes första gången år 1869 av den tysk-ungerske författaren och översättaren Karl Maria Kertbeny (1824–1882) som en reaktion på en paragraf i den preussiska strafflagen genom vilken sexuella relationer mellan män kriminaliserades. Kertbeny försökte förgäves få den upphävd. Bestämmelsen togs in i det tyska imperiets strafflagsstiftning år 1871. Senare höjdes straffvärdet under Tredje riket och bestämmelsen förblev gällande i Förbundsrepubliken Tyskland fram till år 1969. Under 1880-talet uppmärksammades Kertbenys nyskapelse av den kände sexologen Richard von Krafft-Ebing, som använde begreppet i sitt verk *Psychopathia sexualis*, som var mycket populärt åren 1886–1887 och spreds i medicinska och vetenskapliga kretsar under slutet av 1800-talet.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — EGT L 303, s. 16.

4. Således måste två aspekter analyseras: avgränsningen av begreppet lön gentemot begreppet social trygghetsförmån respektive begreppet diskriminering på grund av sexuell läggning. Den första aspekten har behandlats vid många tillfällen i rättspraxis, men den senare bara vid några få tillfällen.

och efter att ha hört Europaparlamentet vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.”

6. Genom Nicefördraget<sup>5</sup> lades en punkt 2 till artikel 13 EG, vilken har följande lydelse:

## II — Tillämpliga bestämmelser

### A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

#### 1. EG-fördraget

5. Genom Amsterdamfördraget<sup>4</sup> infördes en ny lydelse av artikel 13.1 i EG-fördraget, nämligen följande:

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av de övriga bestämmelserna i detta fördrag och inom ramen för de befogenheter som fördraget ger gemenskapen, kan rådet genom enhälligt beslut på förslag av kommissionen

”2. Med avvikelse från punkt 1 skall rådet fatta beslut i enlighet med förfarandet i artikel 251 när rådet, i syfte att stödja de åtgärder som medlemsstaterna vidtar för att bidra till att förverkliga målen i punkt 1, beslutar om stimulansåtgärder på gemenskapsnivå, som dock inte får omfatta någon harmonisering av medlemsstaternas lagar eller andra författningar.”

#### 2. Direktiv 2000/78

7. Detta direktiv antogs med stöd av nämnda artikel 13 EG och följande skäl i detta bör nämnas. Enligt skäl 13 undantas således ”system för social trygghet och socialt skydd vilkas förmåner inte jämföras med lön i den

4 — EGT C 340, 1997, s. 1.

5 — EGT C 80, 2001, s. 1.

betydelse denna term ges vid tillämpningen av artikel 141 i EG-fördraget, och inte heller statliga utbetalningar som syftar till att ge tillträde till anställning eller fortsatt anställning”. I skäl 22 förklaras att direktivet inte ”påverkar ... tillämpningen av nationell lagstiftning som gäller civilstånd och de förmåner som är avhängiga därav”.

föreskrifter om vissa undantag, som att bestämningen är objektivt motiverad för att nå ett berättigat mål och att medlen är lämpliga och nödvändiga.

8. I artikel 1 i direktivet anges att dess syfte är att fastställa ”en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, för att principen om likabehandling skall kunna genomföras i medlemsstaterna”.

10. Beträffande ”[t]illämpningsområde” föreskrivs i artikel 3:

”1. Inom ramen för gemenskapens befogenheter skall detta direktiv tillämpas på alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn ... i fråga om följande:

9. I artikel 2 behandlas ”begreppet diskriminering”, och i punkt 1 skiljs mellan direkt och indirekt diskriminering. Enligt artikel 1.2 skall ”direkt diskriminering anses förekomma när en person på någon av de grunder som anges i artikel 1 behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation” och ”indirekt diskriminering anses förekomma när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringsätt särskilt missgynnar personer med en viss religion eller övertygelse, ett visst funktionshinder, en viss ålder, eller en viss sexuell läggning jämfört med andra personer”. Artikel 2.2 innehåller

- a) Villkor för tillträde till anställning, till verksamhet som egenföretagare och till yrkesutövning, inklusive urvalskriterier och krav för anställning inom alla verksamhetsgrenar på alla nivåer i arbetslivet, inbegripet befordran.
- b) Tillträde till alla typer och alla nivåer av yrkesvägledning, yrkesutbildning, högre yrkesutbildning och omskolning, inklusive yrkespraktik

- c) Anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner. direktivet ut den 2 december 2003.<sup>6</sup> Det dröjde dock till den 14 augusti 2006 innan Gesetz zur Umsetzung Europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (lag om införlivande av EU-direktiven om likabehandlingsprincipen) antogs.<sup>7</sup>
- d) Medlemskap och medverkan i en arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation eller i andra organisationer vars medlemmar utövar ett visst yrke, inbegripet de förmåner dessa organisationer tillhandahåller.

...

## 2. Efterlevandepension och det utbetalande organet

3. Detta direktiv skall inte tillämpas på utbetalningar från offentliga system eller liknande, däribland offentliga system för social trygghet eller socialt skydd.

...”

12. Enligt 1 § i Tarifordnung für die deutschen Theater (kollektivavtal för tyska teatrar), av den 27 oktober 1937,<sup>8</sup> är samtliga arbetsgivare skyldiga att teckna en ålderspensionsförsäkring och en efterlevandeförsäkring för teateranställda. Enligt § 4 betalar arbetsgivaren och arbetstagaren halva premien vardera.

## B — Den tyska lagstiftningen

### 1. Införlivandet av direktiv 2000/78

11. Enligt artikel 18 i direktivet löpte medlemsstaternas frist för att genomföra

6 — Enligt artikel 18 andra stycket får medlemsstaterna, på vissa villkor, ta ytterligare tre år på sig från och med den 2 december 2003, för att genomföra bestämmelserna om diskriminering på grund av ålder och funktionshinder.

7 — BGBL I, s. 1897. Genom den lagen genomfördes förutom direktiv 2000/78 även rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (EGT L 180, s. 22), Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (EGT L 269, s. 15) och rådets direktiv 2004/113/EG av den 13 december 2004 om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster (EGT L 373, s. 37).

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

13. Det organ som svarar för förvaltningen av försäkringarna är Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (nedan kallat Vddb), en juridisk person som bildats enligt offentlig rätt, företrädd av Bayerische Versorgungskammer. Vddb har sitt säte i München och dess verksamhet omfattar hela förbundsrepublikens territorium. I dess stadga av den 12 december 1991<sup>9</sup> anges dess sammansättning, uppgifter och de förmåner som skall utbetalas.

14. Enligt 27 § punkt 2 i stadgan är det ett villkor för att förmånerna till de efterlevande skall beviljas att försäkringen, antingen obligatoriskt eller frivilligt, är gällande omedelbart före den utlösande händelsen och att karenstiden iakttagits.

15. I 32 och 34 §§ i stadgan föreskrivs särskilt en rätt till änkepension för ”makan” respektive ”maken”, under förutsättning att ”äktenskapet” bestod dagen för den försäkrades frånfälle.

3. Reglering av registrerat partnerskap

16. Genom Lebenspartnerschaftsgesetz (lag om registrerat partnerskap, nedan kallad

LPartG) av den 16 februari 2001<sup>10</sup> inrättades ett familjerättsligt institut för personer av samma kön som nära motsvarar äktenskapet.

17. För att registrera ett sådant förbund krävs enligt 1 § punkt 1 att avsikten att upprätta en livslång gemenskap uttrycks. Så länge förhållandet varar har kontrahenterna en ömsesidig skyldighet att hjälpa och bistå varandra (2 §), de skall bidra till de gemensamma behoven, och i fråga om skyldigheter avseende uppehälle gäller därvid bestämmelserna i civillagen om makar (5 §). Liksom makar omfattas de av de regler om förmögenhetsgemenskap mellan makar som endast omfattar av makarna under äktenskapet oneröst förvärvad egendom, men de kan ingå avtal om en annan egendomsordning (6 §). Vidare anses vardera parten ingå i den andres familj (11 §). Vid en separation kvarstår, även detta i likhet med bestämmelserna i civil-lagen, försörjningsskyldigheten (16 §), och pensionsrättigheterna skall kompensationsfördelas (20 §).

18. Enligt 46 § 4 i sjätte delen av Sozialgesetzbuch (lag om socialförsäkring)<sup>11</sup> jämställs registrerat partnerskap med äktenskap i fråga

9 — *Bundesanzeiger* 1991, s. 8326, och 1992, s. 546, med senare ändringar.

10 — BGBl. I, s. 266, senare ändrad.

11 — I lydelsen enligt Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (lag om ändring av bestämmelserna rörande registrerat partnerskap) av den 15 december 2004 (BGBl. I, s. 3396). Detta förnekades av representanten för Vddb, som vid förhandlingen förklarade att nämnda 46 § inte omfattar likhet i fråga om pensioner.

om de rättsliga systemen för ålderspension på så sätt att personer som omfattas av de två instituten jämföras.

Vddb. Ansökan avlogs genom beslut av den 28 februari 2005, med hänvisning till att stadgan inte gav personer som ingått registrerat partnerskap rätt till sådana efterlevandeförmåner. Efter att utan framgång ha begärt att få beslutet omprövat vände den berörde sig till domstol.

### III — Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

19. Tadao Maruko och en annan man ingick den 8 november 2001 registrerat partnerskap med stöd av LPartG.

20. Tadao Marukos partner arbetade med att designa scenkläder och var från den 1 september 1959 oavbrutet ansluten till Vddb, eftersom han även då anslutningen inte var obligatorisk frivilligt fortsatte att erlägga avgifter under perioden från den 1 september 1975 till den 30 september 1991. Han avled den 12 januari 2005.

21. Den 17 februari 2005 ansökte Tadao Maruko om efterlevandepension<sup>12</sup> från

22. Bayerisches Verwaltungsgericht i München har konstaterat att de tyska reglerna inte ger käranden rätt till den omtvistade pensionen, eftersom det enligt 32 och 34 §§ i stadgan för Vddb krävs att sökanden och den försäkrade skall ha ingått äktenskap och det inte är möjligt att göra en extensiv tolkning av begreppen "änkling", "änka", "make" eller "maka", eftersom det rättsliga institutet registrerat partnerskap förbehålls personer som inte kan ingå äktenskap. Nämnda bestämmelser är dessutom underordnade nationella bestämmelser av högre rang, närmare bestämt 3 § i grundlagen.<sup>13</sup>

23. Den nationella domstolen har mot den bakgrunden, då den anser att ansökan endast kan bedömas på grundval av gemenskapsrätten, vilandeförklarat förfarandet

12 — Det framgår inte om den berörde erhåller en pension från den tyska socialförsäkringen, eftersom hans företrädare, till svar på min fråga vid förhandlingen, medgav att han inte kände till detta.

13 — Beslut av den 29 februari 2000 av Bundesverfassungsgericht (förvaltningsdomstol) och dom av den 29 juli 2005 av Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (högre förvaltningsdomstol i delstaten Bayern).

och hänskjutit följande tolkningsfrågor till domstolen för ett förhandsavgörande:

- 1) Utgör ett yrkesbaserat obligatoriskt pensionssystem, såsom det pensionssystem som administreras av Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, ett system som liknar ettoffentligt system i den mening som avses i artikel 3.3 i direktiv 2000/78/EG?
- 2) Skall förmåner till efterlevande i form av änkepension som betalas ut av en yrkesbaserad obligatorisk pensionsinrättning anses utgöra lön i den mening som avses i artikel 3.1 c i direktiv 2000/78/EG?
- 3) Utgör artikel 1 jämförd med artikel 2.2 a i direktiv 2000/78/EG hinder för att tillämpa bestämmelser i stadgarna för ett tilläggs pensionssystem av det här aktuella slaget, enligt vilka en registrerad partner efter den andre partners död inte har rätt till sådan efterlevandepension som beviljas äkta makar, trots att de i likhet med äkta makar har levt i en livslång omsorgs- och ansvarsgemenskap?
- 4) För det fall de ovan anförda frågorna skall besvaras jakande: Är diskriminering på grund av sexuell läggning tillåten med stöd av skäl 22 i direktiv 2000/78/EG?
- 5) Medför domen i mål C-262/88, Barber,<sup>14</sup> att rätten till efterlevandepension begränsas till tiden efter den 17 maj 1990?

#### IV — Förfarandet vid domstolen

- 2) Skall förmåner till efterlevande i form av änkepension som betalas ut av en yrkesbaserad obligatorisk pensionsinrättning anses utgöra lön i den mening som avses i artikel 3.1 c i direktiv 2000/78/EG?

24. VddB, Förenade kungarikets regering och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden inom den frist som föreskrivs i artikel 23 i domstolens stadga.

- 3) Utgör artikel 1 jämförd med artikel 2.2 a i direktiv 2000/78/EG hinder för att tillämpa bestämmelser i stadgarna för ett tilläggs pensionssystem av det här aktuella slaget, enligt vilka en registrerad partner efter den andre partners död inte har rätt till sådan efterlevandepension som beviljas äkta makar, trots att de i likhet med äkta makar har levt i en livslång omsorgs- och ansvarsgemenskap?

25. VddB anser sig förvalta ett offentligt system för social trygghet som därför inte omfattas av direktiv 2000/78. En efterlevandeförmån som beviljas av en obligatorisk pensionsinstitution i form av en änkepension

<sup>14</sup> — Dom av 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889).

omfattas i alla händelser inte av begreppet lön i artikel 3.1 c i det direktivet. Men även om dessa bestämmelser skall iakttas medför enhetens stadgar vare sig direkt eller indirekt diskriminering. Dessutom är hänvisningen till civilstånd i skäl 22 i direktivet vägledande, även om detta inte kommit till uttryck i direktivets bestämmelser. Slutligen kan domen i målet Barber inte tillämpas, eftersom den meddelades i fråga om en annan tvist.

gifta par. Kommissionen påpekar dock att om en stat jämställer dessa två rättsliga institut, vilket det ankommer på den nationella domstolen att utreda, är det nödvändigt att respektera likabehandlingsprincipen. I det fallet skulle direkt diskriminering vara utesluten, men inte indirekt sådan. Slutligen bör inte den femte tolkningsfrågan besvaras, eftersom domen i målet Barber behandlade andra frågor än de som aktualiserats i förevarande mål.

26. Förenade kungariket anser för det första att den fjärde frågan skall bedömas mot bakgrund av skäl 22 i direktiv 2000/78. Enligt detta undantas förmåner knutna till civilstånd, som den i förevarande mål aktuella, där rätten är underordnad äktenskap, vilket innebär att övriga frågor inte behöver besvaras.

28. Företrädarna för Tadao Maruko, VddB, den nederländska regeringen och Förenade kungarikets regering infann sig till förhandlingen som hölls den 19 juni 2007 för att yttra sig muntligen.

27. Kommissionen anser inte att den begärda pensionen kommer från ett offentligt system för social trygghet eller motsvarande. Den uppfyller nämligen de krav som fastställts av domstolen för att betecknas som lön och, därmed, för att omfattas av artikel 3.1 c i direktiv 2000/78. I fråga om den tredje och den fjärde frågan, som enligt kommissionen bör besvaras gemensamt, hänvisar den till tolkningsvärdet av skäl 22 i nämnda direktiv, som enligt denna visar att staten inte har en skyldighet att jämställa par som ingått registrerat partnerskap med

## **V — Möjligheten att åberopa direktiv 2000/78**

29. Inledningsvis aktualiseras en viktig tidsaspekt. De nationella rättsordningarna skulle nämligen ha anpassats efter direktivet senast den 2 december 2003, och i Tyskland antogs inte motsvarande lag förrän den



14 augusti 2006,<sup>15</sup> medan sökanden ansökte om förmånen den 17 februari 2005.

30. Här är det alltså fråga om principen om direktivens direkta effekt, som behandlas i en mängd domar. Enligt denna har enskilda, under förutsättning att direktivets bestämmelser med avseende på innehållet är tillräckligt ovillkorliga och precisa, rätt att åberopa dem inför nationella domstolar i en stat som inte införlivat direktivet med den nationella rätten inom tidsfristen eller inte gjort detta på ett korrekt sätt.<sup>16</sup> En gemenskapsbestämmelse är ovillkorlig när den inte innehåller något villkor eller när den, för att kunna verkställas eller ha verkningar, inte är beroende av att vare sig gemenskapsinstitutionerna eller medlemsstaterna antar någon rättsakt.<sup>17</sup> Den är tillräckligt precis om den entydigt ålägger en skyldighet.<sup>18</sup>

15 — I dom av den 23 februari 2006 i mål C-43/05, kommissionen mot Tyskland (ej publicerad i rättsfallsamlingen), fastställdes att staten gjort sig skyldig till ett fördragsbrott genom att inte införliva direktivet i tid.

16 — Dom av den 19 januari 1982 i mål 8/81, Becker (REG 1982, s. 53; svensk specialutgåva, volym 6, s. 285), punkt 25, av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723; svensk specialutgåva, volym 8, s. 457), punkt 46, av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes (REG 1988, s. 4635), punkt 40, av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Fratelli Costanzo (REG 1989, s. 1839; svensk specialutgåva, volym 10, s. 83), punkt 29, av den 19 november 1991 i de förenade målen 6/90 och 9/90, Francovich och Bonifaci (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-435), punkt 11, av den 11 juli 2002 i mål C-62/00, Marks & Spencer (REG 2002, s. I-6325), punkt 25, och dom av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl. (REG 2004, s. I-8835), punkt 103.

17 — Dom av den 3 april 1968 i mål 28/67, Molkerei-Zentrale Westfalen (REG 1968, s. 211; svensk specialutgåva, volym 1, s. 337), av den 23 februari 1994 i mål C-236/92, Comitato di coordinamento per la difesa della Cava m.fl. (REG 1994, s. I-483), punkt 9, av den 17 september 1996 i de förenade målen C-246/94–C-249/94, Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio m.fl. (REG 1996, s. I-4373), punkt 18, och dom av den 29 maj 1997 i mål C-389/95, Klattner (REG 1997, s. I-2719), punkt 33.

18 — Dom av den 4 december 1986 i mål C-71/85, Federatie Nederlandse Vakbeweging (REG 1986, s. 3855), punkt 18.

31. Till de organ gentemot vilka ett direktiv åberopas på detta sätt hör vidare organ som på grund av särskilda befogenheter, oavsett sin rättsliga form, har fått i uppdrag av en offentlig myndighet att fullgöra en tjänst av allmänintresse under vederbörlig tillsyn.<sup>19</sup>

32. Sedan det konstaterats att direktiv 2000/78 införlivats för sent skall det således prövas om Tadao Maruko i förhållande till VddB har rätt att kräva att direktivet iaktas.

33. I artikel 1 i direktivet fastställs att dess syfte är att bekämpa diskriminering på grund av sexuell läggning inom arbetslivet. I artikel 2 definieras begreppet diskriminering och i artikel 3.1 redovisas de aspekter i fråga om vilka personerna berörs, och dit hör lönen. Direktiv 2000/78 innehåller således ett ovillkorligt och precist förbud mot all slags ojämlikhet mellan arbetstagar i fråga om lön på grund av sexuell läggning.

19 — Dom av den 12 juli 1990 i mål C-188/89, Foster m.fl. (REG 1990, s. I-3313), punkt 19, av den 14 september 2000 i mål C-343/98, Collino och Chiappero (REG 2000, s. I-6659), punkt 23, av den 5 februari 2004 i mål C-157/02, Rieser Internationale Transporte (REG 2004, s. I-1477), punkt 24, av den 7 september 2006 i mål C-53/04, Marrosu och Sardino (REG 2006, s. I-7213), punkt 29, respektive i mål C-180/04, Vassallo (REG 2006, s. I-7251), punkt 26, samt domen i det ovannämnda målet Fratelli Costanzo, punkt 31.

34. Vidare är Vddb en offentlig juridisk person och underställd statsförvaltningens tillsyn.

Tadao Maruko har begärt skall betecknas som lön i den mening som avses i artikel 3.1 c och därmed omfattas av direktivets tillämpningsområde eller som en utbetalning från ett offentligt system för social trygghet i den mening som avses i artikel 3.3 och därmed falla utanför direktivets tillämpningsområde.

35. Jag delar således Verwaltungsgerichts och kommissionens uppfattning att villkoren för direkt effekt och konsekvenserna av denna är uppfyllda i målet vid den nationella domstolen.

38. För att besvara dessa frågor och klarlägga den omtvistade pensionens rättsliga karaktär är det lämpligt att granska de oförenliga begreppen social trygghetsförmån och lön närmare.

## VI — Tillämpningsområdet för direktiv 2000/78

36. Sedan osäkerheten angående den gemenskapsrättsliga bestämmelsen undanröjts, rekommenderar jag att domstolen besvarar de två första tolkningsfrågorna från Bayerisches Verwaltungsgericht i München gemensamt, eftersom båda gäller tillämpningsområdet för direktiv 2000/78.

39. Den fjärde tolkningsfrågan gäller räckvidden av undantaget i skäl 22 i direktivet i fråga om förmåner som är avhängiga av civilstånd. Frågan anknyter alltså till gemenskapsbestämmelsens räckvidd, men skall behandlas separat eftersom den är belägen i en egen sfär.

### A — Sociala trygghetsförmåner

37. I artikel 3 i direktivet definieras tillämpningsområdet positivt och negativt. I artikel 3.1 a–d anges nämligen de områden som berörs, medan de som är undantagna räknas upp i artikel 3.3. Den hänskjutande domstolen har frågat om den pension som

40. Enligt artikel 3.3 i direktiv 2000/78 undantas utbetalningar från offentliga system eller liknande, inklusive offentliga system för social trygghet eller socialt skydd, från

direktivets tillämpningsområde och enligt skäl 13 omfattar det inte ”system för social trygghet och socialt skydd vilkas förmåner inte jämföras med lön i den betydelse denna term ges vid tillämpningen av artikel 141 i EG-fördraget ...”.

41. På så sätt vidmakthålls den sociala trygghetens särställning. Den regleras genom specialbestämmelser, som rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971.<sup>20</sup>

## 1. Sociala trygghetsförmåner

42. När det i direktiv 2000/78 görs undantag för ”utbetalningar” avses alla ”förmåner” och ”pensioner” som definieras artikel 1 i förordning nr 1408/71 och som omfattar ”alla däri ingående delar som bekostas av allmänna medel, alla indexhöjningar och tilläggsbetalningar ... liksom förmåner i form av engångsbelopp som kan utbetalas istället för pensioner samt utbetalningar som görs i form av återbetalning av avgifter”.

20 — Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen (EGT L 149, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57), med senare ändringar.

43. Även om den avgränsningen inte är särskilt exakt, klarläggs den tänkta räckvidden och vissa avgörande uppgifter, såsom att de utbetalade beloppen skall bekostas av ”allmänna” medel.

44. I förordning nr 1408/71 omnämns vid avgränsningen av det materiella tillämpningsområdet i artikel 4.1 ”all lagstiftning om följande grenar av social trygghet: ... d) förmåner till efterlevande, ...”. Formuleringen innebär att det inte är tillräckligt att det är fråga om en efterlevandepension för att förordningen skall vara tillämplig; en koppling till sociala trygghetssystem krävs också.<sup>21</sup>

## 2. Social trygghet

45. Begreppet definieras inte i förordningen, av hänsyn till de skillnader som råder mellan medlemsstaternas lagstiftningar enligt tredje

21 — Begreppet social trygghetsförmån är i alla händelser föremål för livlig diskussion: Mavridis, P., *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne. Etude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, utg. Bruylant, Bryssel, 2003, s. 214.

och fjärde skälen.<sup>22</sup> Detta hindrar dock inte att begreppet analyseras för att på bästa sätt svara den hänskjutande domstolen.

46. Om man lämnar osäkra tillbakablickar<sup>23</sup> och framåtblickande retoriska formuleringar åt sidan,<sup>24</sup> avser den sociala tryggheten risker som kännetecknas av att de är allmänt förekommande och av den likaså delade övertygelsen att de skall bemötas gemensamt och solidariskt.<sup>25</sup>

22 — Avsaknaden av ett gemenskapsbegrepp visar sig i normer av alla slag. Se exempelvis Brysselkonventionen om domstols behörighet och verkställighet av domar på privaträttens område av den 27 september 1968 (EGT L 299, 1972, s. 32, konsoliderad version EGT C 189, 1990, s. 2), som från sitt tillämpningsområde undantar social trygghet (artikel 1 andra stycket punkt 3), utan att begreppet definieras, eftersom det området enligt Jenardrapporten (EGT C 59, 1979, s. 1) "befinner sig i ständig utveckling".

23 — Montoya Melgar, A., erinrar i "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, s. 14, om att själva Don Quijote av La Mancha berättade för getherdarna att "de vandrande riddarnas orden" grundades "för att försvara jungfrur, bispringa änkor och hjälpa de värn- och föräldralösa" [M. de Cervantes Saavedra, *Den snillrike riddaren Don Quijote av La Mancha*, Brutus Östlings Bokförlag Symposion, Stockholm, 2001, översättning Jens Nordenhök, första delen, kapitel 11, s. 84].

24 — Den sydamerikanske frihetskämpen Simón Bolívar, förklarade i ett anförande i Angostura den 15 februari 1819 (publicerat i *Correo del Orinoco*, nr 19–22 av den 20 februari till den 13 mars 1819), att "det mest perfekta styrelsesystemet är det som ger största möjliga grad av lycka, social trygghet och politisk stabilitet".

25 — Alarcón Caracuel, M. R., och González Ortega, S., *Compendio de Seguridad Social*, fjärde ändrade upplagan, utg. Tecnos, Madrid, 1991, s. 15.

47. Produktionsökningen i den industriella revolutionens kölvatten<sup>26</sup> innebar att speciella metoder infördes för att skydda arbetstagar-kollektivet.<sup>27</sup> Modellerna skiljer sig mellan olika platser och kan i huvudsak indelas i två typer: bidragsbaserade, där förmånsbeloppet är beroende av tidigare erlagda avgifter och stödbaserade, som saknar samband med sådana avgifter.

48. Nästan alla gällande system innehåller dock inslag från båda systemen, och man kan se en tendens till konvergens.<sup>28</sup> I detta avseende är William Beveridges andra rapport av intresse. Enligt denna hör den sociala tryggheten till den verksamhet som staten bedriver för att skydda medborgarna mot de risker som drabbar den enskilde och som aldrig kan undvikas, oberoende av hur avancerat det samhälle vi lever i är.<sup>29</sup>

26 — Watts uppfinning av ångmaskinen år 1769 utgjorde startskottet. Bara femton år senare, år 1784, anpassade Cartwright uppfinningen till en av den kapitalistiska utvecklingens basindustrier, nämligen textilindustrin.

27 — Bismarck förklarade, i ett kejsarligt budskap till riksdagen den 17 november 1881, att "... undanröjandet av sociala svårigheter nås inte genom att kontrollera excesser ..., utan genom att söka måttfulla metoder som gör det möjligt att förbättra arbetarnas förhållanden" genom att inrätta en rad socialförsäkringar: sjukförsäkring (1883), olycksfallsförsäkring (1884), ålderdoms- och invaliditetsförsäkring (1889) och efterlevandeförsäkring (1911).

28 — Alarcón Caracuel, M. R., och González Ortega, S., a.a., s. 27 och 28.

29 — *Full Employment in a Free Society*, London, 1944, s. 11. Den första rapporten, *Social Insurance and Allied Services*, London, 1942, användes för den omfattande reform som genomfördes i Förenade kungariket åren 1945 till 1948.

49. Inom denna ram framstår vissa särdrag: internationaliserats<sup>32</sup> i viss mån stabiliserats, och man kan se en tydlig utveckling i fråga om intresset för frågan inom gemenskapen.<sup>33</sup>
- Det ankommer, direkt eller indirekt, på statsmakterna att besluta om skyddsåtgärder.<sup>30</sup>
  - Ställningen som förmånstagare baseras enbart på ställningen som medborgare.
  - Syftet är att förebygga och avhjälpa missförhållanden som inte kan undvikas.
50. Vilka dessa förhållanden är varierar beroende på tid och land, eftersom alla historiska perioder strävar efter en "idealisk skyddsnivå".<sup>31</sup> Den sociala trygghetens materiella innehåll har nu på grund av att den
51. De tre nämnda särdragen är också en indikation på den sociala trygghetens självständiga ställning i förhållande till arbetsrätten,<sup>34</sup> som visar sig på olika sätt, som beträffande vilka personer som skyddas, det skydd som erbjuds, och hur systemet finansieras och förvaltas.<sup>35</sup>
52. Denna distans till arbetsrätten har betydelse för begreppet lön såsom det utarbetats av domstolen.

32 — I artikel 25.1 i 1948 års Allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna förklaras att "[v]ar och en har rätt till ... hälsovård och ... till trygghet i händelse av arbetslöshet, sjukdom, invaliditet, makas eller makes död, ålderdom eller annan förlust av försörjning under omständigheter utanför hans eller hennes kontroll". I ILO:s konvention nr 102, kompletterad år 1967 genom konvention nr 128, grupperas på ett mindre långtgående, men mer effektivt, sätt skyddsåtgärder på nio områden: sjukvård, ekonomiska förmåner vid sjukdom, arbetslöshet, ålderdom, arbetsolyckor och yrkessjukdom, familjeförmåner, förmåner vid moderskap, invaliditet och förmåner till efterlevande, även om de ratificerande staterna inte är skyldiga att täcka mer än tre av dessa. På EU-nivå bör den europeiska sociala stadgan (punkterna 3 och 11–17), den europeiska balken om social trygghet från 1964 och europeiska balken om social trygghet från år 1972 nämnas.

33 — González del Rey Rodríguez, I., "Directrices y orientaciones en materia de seguridad social", i *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, sidan 633 och följande sidor, särskilt s. 639.

34 — Vilket även gäller den rättsliga disciplin som behandlar den sociala tryggheten. Durand, P., *La politique contemporaine de sécurité sociale*, utg. Dalloz, Paris, 1953, var en av de första att peka på skillnaderna mellan de två rättsliga grenarna.

35 — Almansa Pastor, J. M., *Derecho de la Seguridad Social*, 7:e utgåvan, utg. Tecnos, Madrid, 1991, s. 64 och 65.

30 — Det speciella sättet att erbjuda skydd innebär en speciell skillnad gentemot andra sätt att lämna bistånd, som bistånd från familjen själv eller från religiösa eller fackliga organ.

31 — Alonso Olea, M., och Tortuero Plaza, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, 17:e ändrade upplagan, utg. Civitas, Madrid, 2000, s. 21.

B — *Begreppet lön*

det,<sup>36</sup> vilket motiverar den räckvidd som uttrycket ges i artikel 141.2 EG, nämligen ”den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen”.

## 1. Allmän översikt

53. Direktiv 2000/78 gäller alla människor i frågor som rör ”[a]nställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner”, men inget av dessa begrepp definieras.

54. Det är därför lämpligt att se på beskrivningen av begreppet lön i artikel 141 EG och rättspraxis om tolkningen av detta. Enligt den bestämmelsen skall medlemsstaterna garantera lika lön till arbetstagare av båda könen, och direktivet har samma syfte, vilket framgår av dess rubrik, skäl och artikel 1, att bekämpa diskriminering inom arbetslivet, dock inte enbart könsdiskriminering. I skäl 13 hänvisas dessutom uttryckligen till artikel 141 EG för att göra en avgränsning mot sociala trygghetsförmåner.

55. Förekomsten av en motprestation är en avgörande del av anställningsförhållan-

56. Som jag förklarat i tidigare förslag till avgörande<sup>37</sup> har domstolen långsamt preciserat den rättsliga definitionen. Domstolen har exempelvis konstaterat att lön kan bestå i transportmedel som ett järnvägsbolag erbjuder sina anställda när de pensioneras, som omfattar deras familjemedlemmar, så att även släktingar till före detta anställda har rätt till dessa på samma villkor,<sup>38</sup> fortsatt löneutbetalning under en sjukperiod,<sup>39</sup> förmåner

36 — Därför beklagar sig Sancho Panza för Don Quijote när han inte fick de linnen han utlovats av Altisidora om han botade henne: ”Jag är nog den olyckligaste doktorn i hela världen. Här är ju fullt med doktorer som dödar sjuklingarna som dom ska bota, men ändå både tar dom och får dom betalt för sitt arbete, som bara består i att skriva ut ett recept som dom dessutom själva slipper blanda ihop – för det gör apotekarn – och så var det skojeriet klart. Men mig som andras hälsa kostar blod och kindpustar och nyp, nålstick och piskrapp, jag får inte ett vittne” (M. de Cervantes Saavedra, a.a., andra delen, kapitel 71, s. 892).

37 — Till de senaste hör förslag till avgörande inför dom av den 13 januari 2005 i mål C-356/03, Mayer (REG 2005, s. I-295), punkterna 35 och 36, och av den 21 juli 2005 i mål C-207/04, Vergani (REG 2005, s. I-7453), punkterna 31 och 39.

38 — Dom av den 9 februari 1982 i mål 12/81, Garland (REG 1982, s. 359).

39 — Dom av den 13 juli 1989 i mål 171/88, Rinner-Kühn (REG 1989, s. 2743).

till följd av uppsägning av ekonomiska skäl,<sup>40</sup> ersättning till ledamöter i företagsnämnder, i form av betald ledighet eller övertidserättning, för att de deltog i utbildning som ger dem erforderliga kunskaper för arbetet i nämnderna, även om de under den tid utbildningen pågår inte utför någon arbetsuppgift enligt anställningsavtalet,<sup>41</sup> rätten att ansluta sig till ett företagsbaserat pensionsystem,<sup>42</sup> förmåner som betalas av arbetsgivaren med stöd av bestämmelser i lag eller kollektivavtal till en arbetstagare under hennes föräldraledighet,<sup>43</sup> ett lönetillägg vid årets slut som arbetsgivaren utbetalar till arbetstagaren enligt lag eller kollektivavtal,<sup>44</sup> avgångsvederlag,<sup>45</sup> ett jultillägg som är frivilligt och kan återkallas, som utgör en belöning för framtida arbetsinsatser och trohet mot företaget,<sup>46</sup> ett månatligt lönetillägg,<sup>47</sup> beräkning av militärtjänstgöringstiden med avseende på anställningstid, med därav följande konsekvenser;<sup>48</sup> eller övergångspension, som kompletterar ett avgångsvederlag, med anledning av ett företags omstrukturering.<sup>49</sup>

57. I samtliga dessa fall kan vissa gemensamma faktorer urskiljas som bekräftar tesen att ”lön” omfattar alla faktiska eller framtida ersättningar, i likvida medel eller natura, som – även indirekt – utbetalas av arbetsgivaren<sup>50</sup> till arbetstagaren på grund av anställningsförhållandet,<sup>51</sup> även om detta redan upphört,<sup>52</sup> till följd av ett avtal eller bestämmelser i lag eller frivilligt.<sup>53</sup>

## 2. Pensioner

58. När artikel 141 EG tillämpas på pensioner har de vanliga kriterierna nyanserats.

59. Således undantog domstolen pensionsförmåner som direkt regleras i lag – så att avtalsinslag helt utesluts – under för-

40 — Domen i det ovannämnda målet Barber.

41 — Dom av den 4 juni 1992 i mål C-360/90, Bötel (REG 1992, s. I-3589).

42 — Dom av den 28 september 1994 i mål C-57/93, Vroege (REG 1994, s. I-4541), och i mål C-128/93, Fisscher (REG 1994, s. I-4583).

43 — Dom av den 13 februari 1996 i mål C-342/93, Gillespie m.fl. (REG 1996, s. I-475), av den 27 oktober 1998 i mål C-411/96, Boyle m.fl. (REG 1998, s. I-6401), och av den 30 mars 2004 i mål C-147/02, Alabaster m.fl. (REG 2004, s. I-3101).

44 — Dom av den 9 september 1999 i mål C-281/97, Krüger (REG 1999, s. I-5127).

45 — Dom av den 14 september 1999 i mål C-249/97, Gruber (REG 1999, s. I-5295).

46 — Dom av den 21 oktober 1999 i mål C-333/97, Lewen (REG 1999, s. I-7243).

47 — Dom av den 26 juni 2001 i mål C-381/99, Brunnhofer (REG 2001, s. I-4961).

48 — Dom av den 8 juni 2004 i mål C-220/02, Österreichischer Gewerkschaftsbund (REG 2004, s. I-5907).

49 — Dom av den 9 december 2004 i mål C-19/02, Hložek (REG 2004, s. I-11491).

50 — I dom av den 27 juni 1990 i mål C-33/89, Kowalska (REG 1990, s. I-2591), punkt 12, erinras om att principen gäller såväl privata arbetsgivare som offentlig förvaltning.

51 — Dom av den 25 maj 1971 i mål 80/70, Defrenne I (REG 1971, s. 445; svensk specialutgåva, volym 1, s. 569), punkt 6, av den 3 december 1987 i mål 192/85, Newstead (REG 1987, s. 4753), punkt 11, av den 22 december 1993 i mål C-152/91, Neath (REG 1993, s. I-6935), punkt 28, av den 9 februari 1999 i mål C-167/97, Seymour-Smith och Pérez (REG 1999, s. I-623), punkt 23, av den 23 oktober 2003 i de förenade målen C-4/02 och C-5/02, Schönheit och Becker (REG 2003, s. I-12575), punkt 56, och domarna i målen Barber, punkt 12, Alabaster m.fl., punkt 42 och Vergani, punkt 22.

52 — Domarna i målen Barber, punkt 12, Seymour-Smith och Pérez, punkterna 23 och 24, och Hložek, punkt 35.

53 — Domarna i målen Garland, punkt 10, Barber, punkt 20, och Lewen, punkt 21.

utsättning att de tillämpas på allmänt angivna grupper av arbetstagare och att avgifterna fastställs på grund av socialpolitiska överväganden.<sup>54</sup>

60. Däremot inbegrep den företags pensions-system som, även om de antagits i enlighet med bestämmelser i lag, har sin grund i ett avtal mellan en arbetsgivare och arbetstagarrepresentanter, utgör en integrerad del av anställningsavtalen och kompletterar sociala förmåner som utgår enligt den nationella lagstiftningen med förmåner som helt finansieras av arbetsgivaren,<sup>55</sup> och likaså när pensionssystemet är fristående från det allmänna systemet och gäller de anställda vid vissa företag, även om arbetstagarerna betalar avgifter.<sup>56</sup>

61. Den inbegrep även i detta gemenskapsbegrepp olika pensionssystem för tjänstemän i Nederländerna,<sup>57</sup> Frankrike,<sup>58</sup> Finland<sup>59</sup> och Tyskland,<sup>60</sup> liksom efterlevandepension

som fastställs i företagspensionssystem och som är beroende av den tjänst som innehas,<sup>61</sup> efterlevandepension,<sup>62</sup> vilket i de senare fallen inte påverkas av att förmånen inte utbetalas till arbetstagarerna.<sup>63</sup>

62. Vissa kännetecken har således introducerats genom rättspraxis:

- Systemets rättsliga grund är en indikation på att förmånen har karaktären av social trygghetsförmån,<sup>64</sup> vilket dock inte är tillräckligt för att den skall falla utanför tillämpningsområdet för artikel 141 EG.<sup>65</sup>
- Det är inte heller avgörande om pensionen till sin karaktär utgör ett tillägg till en grundpension som utbetalas enligt ett rättsligt reglerat system för social trygghet.<sup>66</sup>

54 — Domen i målet Defrenne I, punkterna 7 och 8.

55 — Dom av den 13 maj 1986 i mål 170/84, Bilka (REG 1986, s. 1607; svensk specialutgåva, volym 8, s. 583), punkterna 20–23, och av den 10 februari 2000 i de förenade målen C-234/96 och C-235/96, Deutsche Telekom (REG 2000, s. I-799), punkt 32.

56 — Domen i målet Barber, punkterna 22–30.

57 — Dom av den 28 september 1994 i mål C-7/93, Beune (REG 1994, s. I-4471).

58 — Dom av den 29 november 2001 i mål C-366/99, Griesmar (REG 2001, s. I-9383).

59 — Dom av den 12 september 2002 i mål C-351/00, Niemi (REG 2002, s. I-7007).

60 — Domen i målet Schönheit och Becker.

61 — Dom av den 6 oktober 1993 i mål C-109/91, Ten Oever (REG 1993, s. I-4879; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-341), av den 28 september 1994 i mål C-200/91, Coloroll Pension Trustees (REG 1994, s. I-4389; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-89), och av den 17 april 1997 i mål C-147/95, Evrenopoulos (REG 1997, s. I-2057).

62 — Dom av den 25 maj 2000 i mål C-50/99, Podesta (REG 2000, s. I-4039), och av den 9 oktober 2001 i mål C-379/99, Menauer (REG 2001, s. I-7275).

63 — Domarna i målen Ten Oever, punkterna 12 och 13, Coloroll Pension Trustees, punkt 18, Evrenopoulos, punkt 22, och Menauer, punkt 18.

64 — Domarna i målen Defrenne I, punkterna 7 och 8, och Ten Oever, punkt 9.

65 — Domarna i målen Beune, punkt 26, och Niemi, punkt 41.

66 — Domarna i målen Barber, punkt 27, Beune, punkt 37, Griesmar, punkt 37, och Niemi, punkt 42.



- Finansierings- eller förvaltningssätten har betydelse, men är inte avgörande för beteckningen.<sup>67</sup>
- C — *Den omtvistade efterlevandepensionens utformning*

## 1. Inledande klargörande

- Det skall fastställas om pensionen endast gäller en viss grupp av arbetstagare, om den står i direkt relation till antalet tjänsteår beräknat på grundval av den senaste lönen, eftersom dessa faktorer utesluter socialpolitiska, organisatoriska, etiska eller budgetmässiga överväganden.<sup>68</sup>
63. VdB har åberopat ett antal tyska rättsfall till stöd för sin tes att man förvaltar ett system som liknar ett rättsligt reglerat system för social trygghet.

- Den avgörande omständigheten är således inte de ekonomiska förmånernas rättsliga karaktär,<sup>69</sup> utan sambandet med anställningen,<sup>70</sup> ett kriterium som i sig kan visa sig avgörande, men inte det enda.<sup>71</sup>
64. Utredas skall dock om den omtvistade pensionen innefattas i begreppet lön, såsom det definieras i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, eftersom domstolen skall bedöma tolkningsfrågorna mot bakgrund av gemenskapsrätten och med utgångspunkt från de uppgifter som lämnas i begäran om förhandsavgörande.

## 2. Granskning av pensionen mot bakgrund av rättspraxis

- 67 — Domarna i målen Beune, punkt 38, Griesmar, punkt 37, och Niemi, punkt 43.
- 68 — Domarna i målen Beune, punkt 45, Evrenopoulos, punkt 21, Griesmar, punkt 30, Niemi, punkt 47, och Schönheit och Becker, punkt 58.
- 69 — Vid förhandlingen betonade kommissionen att efterlevandepensioner definitivt utgör lön.
- 70 — Domarna i målen Garland, punkt 10, Gillespie m.fl., punkt 12, Alabaster m.fl., punkt 42, Schönheit och Becker, punkt 56.
- 71 — Dom av den 14 december 2000 i mål C-457/98, kommissionen mot Grekland (REG 2000, s. I-11481), punkt 11, samt domarna i de ovannämnda målen Beune, punkterna 43 och 44, Evrenopoulos, punkterna 19 och 20, Podesta, punkt 26, Griesmar, punkt 28, och Niemi, punkterna 44 och 46.

65. Pensionen grundas på Tarifordnung für die deutschen Theater, som kan jämföras med ett "kollektivavtal" (*Tarifvertrag*), även om det vid tidpunkten för dess antagande – den 27 oktober 1937 – inte precis var det,

eftersom nationalsocialismen hade ersatt avtal mellan fackförbund och arbetsgivare med förordningar i vilka anställningsvillkoren fastställdes: *Tarifverordnungen*.

ministerium för arbetsmarknadsfrågor och sociala frågor). Dessa uppgifter har delegerats med analog tillämpning av reglerna om tillsyn av försäkringsbolag, som inte är organ med ansvar för rättsligt reglerade system för social trygghet.<sup>73</sup>

66. I likhet med övriga förmåner i 27 § i stadgan för Vddb – ålders-, invaliditets- och efterlevandepension – utgör denna pension ett komplement till den allmänna pensionen.

69. Dessa särdrag är dock bara indikationer. Enligt de återopade domarna är det centrala vilken kategori av arbetstagare som berörs och hur pensionens storlek fastställs.

67. Arbetsgivaren och arbetstagaren svarar för finansieringen och vare sig förbundsstaten eller delstaterna bidrar.<sup>72</sup>

68. Förvaltningen har uppdragits åt ett organ som är en offentligrättslig juridisk person, Vddb. Detta agerar självständigt enligt beslut från det administrativa rådet, som består av 15 företrädare för arbetsgivarna och lika många för arbetstagarna och som utses av arbetsgivar- respektive arbetstagarorganisationerna, och som står under laglighetsprövning och övervakning från Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (federalt

70. För att rättigheten skall medges krävs alltså för det första att den primärt berättigade personen skall vara ansluten till Vddb innan den utlösande händelsen äger rum. Denna anslutning är obligatorisk för personal som är anställd vid tyska teatrar, det vill säga en viss kategori av arbetstagare.<sup>74</sup> Även en frivillig anslutning tillåts dock på grund av anställningsförhållandets osäkerhet och bristande kontinuitet, vilket är naturligt i branschen. Sökandens partner utnyttjade den

72 — Verwaltungsgericht har uppgett att andelen uppgår till 9 procent av lönen, och når upp till 16 procent när den berörde inte erlägger någon avgift till det rättsligt reglerade systemet.

73 — 1 § andra meningen i Gesetz über die Beaufsichtigung der Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen und der Versorgungsanstalt der deutschen Kulturorchester av den 17 december 1990 (BGBl. I, s. 2866), i dess lydelse enligt lag av den 26 mars 2002 (BGBl. I, s. 1219).

74 — I domarna i målen Griesmar och Schönheit och Becker ansågs samtliga tjänstemän utgöra en viss kategori av arbetstagare (punkterna 31 respektive 60) och i domen i målet Niemi ansågs anställda i finska försvarsmakten utgöra en sådan kategori (punkt 49).

möjligheten och betalade frivilligt avgifter i mer än 16 år. D — *Civilståndets betydelse*

71. För det andra bekostas inte förmånerna genom ett fördelningsförfarande, där kostnaderna under ett kalenderår täcks genom de erhållna intäkterna, utan genom ett kapitaliseringsförfarande där man för varje försäkrad skapar en fond, vars kapitalbelopp och räntor konsumeras när anställningstiden löpt ut. Pensionsbeloppen beräknas på grundval av avgiftsbeloppen, med tillämpning av en uppräkningsfaktor (32.2 § första meningen och 30.5 § i stadgan för Vddb).<sup>75</sup>

72. Av ovanstående uppgifter drar jag, liksom kommissionen, slutsatsen att den omtvistade pensionen grundas på Tadao Marukos partners anställningsförhållande. Den skall således betecknas som "lön" i den mening som avses i artikel 141 EG och omfattas således av direktiv 2000/78, eftersom den innefattas i artikel 3.1 c) i detta. Den utgör således inte en utbetalning från ett offentligt system för social trygghet eller motsvarande i den mening som avses i artikel 3.3, eftersom den inte har de särdrag eller syften som är typiska för den typen av utbetalningar.

73. I skäl 22 i direktiv 2000/78 förklaras att direktivets bestämmelser inte "påverkar ... tillämpningen av nationell lagstiftning som gäller civilstånd och de förmåner som är avhängiga därav". Den hänskjutande domstolen har särskilt nämnt detta skäl och frågat om dess betydelse för direktivets tillämpningsområde.

74. Enligt Förenade kungariket bekräftar skälet ett klart och generellt undantag som återges i artikel 3.1, där det föreskrivs att direktivet är tillämpligt "inom ramen för gemenskapens befogenheter", som inte omfattar förmåner som – liksom den i förevarande mål, där beviljandet av pensionen förutsätter äktenskap – är avhängiga av civilstånd, vilket skulle innebära att övriga tolkningsfrågor inte behöver behandlas.

75. Jag instämmer inte i dessa argument, även om de ter sig övertygande och välgrundade.

76. För det första därför att bestämmelsen, som jag förklarat i andra förslag till avgörande,<sup>76</sup> beskriver omständigheter,

75 — Vid förhandlingen frågade jag företrädaren för Vddb efter beräkningsformeln och denne lämnade en förvirrad och uppenbart motsägelsefull förklaring.

76 — Punkt 34 i förslag till avgörande inför dom av den 14 april 2005 i mål C-110/03, Belgien mot kommissionen (REG 2005, s. I-2801).

situationer eller förhållanden och tillskriver dem vissa konsekvenser, så att det konkreta fallet och det rättsliga resultatet representerar bestämmelsens två strukturella sidor.<sup>77</sup>

Motiveringen, ingressen och skälen saknar dock dessa sidor, eftersom syftet endast är att illustrera, motivera eller förklara, vilket innebär att de – även om de åtföljer och ofta föregår själva bestämmelserna, och infogas i dessa – saknar bindande verkan, även om de är värdefulla som tolkningskriterium och i den egenskapen ofta har åberopats av domstolen.<sup>78</sup> Skäl 22 i direktiv 2000/78 är, liksom övriga skäl, följaktligen bara ett stöd vid tolkningen av direktivets bestämmelser och dess betydelse skall inte överdrivas.

77. Det andra skälet är att gemenskapen saknar behörighet i fråga om civilstånd, vilket kommer till uttryck i såväl artikel 3.1 i direktivet som nämnda skäl, vilket innebär att den nationella behörigheten inom detta område kvarstår intakt. Gemenskapsrätten accepterar de olika ländernas definition av äktenskap, ställningen som ogift, änkestånd och "civilståndets" övriga aspekter. Dessa

77 — Guasp, J., *Derecho*, utan förlag, Madrid, 1971, sidan 7 och följande sidor, definierar rätten som "de sammantagna relationer mellan människor som ett samhälle fastställer såsom nödvändiga", och gör skillnad mellan de två faktorer som inrymmer begreppets essens, den materiella som består av relationer mellan människor och den formella, bestående av behovet av sådana relationer.

78 — Dom av 13 juli 1989 i mål 215/88, Casa Fleischhandel (REG 1989, s. 2789), punkt 31, som nämnts av Förenade kungariket.

interna behörigheter skall dock utövas utan att gemenskapsrätten kränks.<sup>79</sup>

78. Det tredje skälet är att rätten att inte diskrimineras på grund av sexuell läggning behandlas i artikel 14 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna av år 1950,<sup>80</sup> och uttryckligen föreskrivs i artikel 21 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.<sup>81</sup> Dess karaktär av grundläggande<sup>82</sup> rättighet innebär enligt artikel 6 EU att unionen garanterar att den respekteras.

79. Det fjärde skälet är att den oförmånliga behandling som sökanden har kritiserat gäller

79 — Se i fråga om social trygghet, dom av den 12 juli 2001 i mål C-157/99, Smits och Peerbooms (REG 2001, s. I-5473), punkterna 44–46, av den 4 december 2003 i mål C-92/02, Kristiansen (REG 2003, s. I-14597), punkt 31, av den 18 mars 2004 i mål C-8/02, Leichtle (REG 2004, s. I-2641), punkt 29, av den 27 april 2006 i mål C-423/04, Richards (REG 2006, s. I-3585), punkt 33, av den 16 maj 2006 i mål C-372/04, Watts (REG 2006, s. I-4325), punkt 92, och av den 19 april 2007 i mål C-444/05, Stamatelaki (REG 2007, s. I-3185), punkt 23.

80 — Europadomstolens domar av den 21 december 1999, Da Silva Mouta v. Portugal, § 28 (*Recueil des arrêts et décisions*, 1999-IX), och av den 24 juli 2003, Karner v. Austria, § 33 (*Recueil des arrêts et décisions*, 2003-IX).

81 — EGT C 364, 2000, s. 1. Den har även kommit till uttryck i artikel II-81.1 i Fördraget om inrättande av en konstitution för Europa (EGT C 310, 2004, s. 1).

82 — Den karaktären ger rätten att inte diskrimineras på grund av sexuell läggning en annan dimension än den som genom dom av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold (REG 2005, s. I-9981), tillerkändes förbudet mot åldersdiskriminering, vars ställning som allmän rättsprincip i gemenskapsrätten (punkt 75) har legat till grund för kommissionens argumentation. Detta kritiserades vid förhandlingen av företrädarna för Nederländerna och Förenade kungariket.

en rättighet som skyddas i gemenskapsrättsliga texter, närmare bestämt förbudet mot diskriminering på grund av sexuell läggning i fråga om arbetstagares lön, eftersom efterlevandepensionen har karaktär av "lön" då den grundas på anställningsförhållandet, inte civilståndet.

rektiv 2000/78, skall konsekvenserna av detta dras till fullo och det skall utredas om avslaget från Vddb innebär en diskriminering på grund av sexuell läggning.

80. Slutligen därför att den omständighet som enligt 27 § i Vddb utlöser den pension som sökanden har begärt är partnerns bortgång, på samma sätt som den utlösande omständigheten i fråga om andra pensioner är funktionshinder, invaliditet eller att pensionsåldern uppnås.

81. Det saknas således anledning att inte tillämpa direktiv 2000/78 i förevarande mål.

## **VII — Diskriminering på grund av sexuell läggning**

82. Om domstolen delar min uppfattning att den pension som Tadao Maruko ansökt om faller inom tillämpningsområdet för di-

### *A — Förbudet mot diskriminering på grund av sexuell läggning inom gemenskapssfären*

#### 1. Inledande överväganden

83. Vid sidan av principen om fri rörlighet är principen om likabehandling den mest etablerade och djupt rotade principen i EU:s rättsordning. Den har dessutom utvecklats över tiden och kommit att sträcka sig utanför området för likhet i fråga om lön mellan arbetstagare av båda könen till andra områden och personer, vilket framgår av nämnda direktiv 2000/43. Alltsedan den i ett tidigt skede kom till uttryck i fördraget har den successivt utvidgats och stärkts och kommit att bli en "allmän ram" för att hindra ooberättigade olikheter och främja verklig och effektiv likabehandling.

84. Moraliska fördomar och socialt avståndstagande från grupper med vissa gemensamma särdrag i fråga om sexualiteten har successivt övergetts. Även om kampen

inledningsvis riktades mot diskriminering av kvinnor, så ändrades fokus senare mot diskriminering av homosexuella<sup>83</sup> – där man i ett första steg avkriminaliserade relationer mellan personer av samma kön<sup>84</sup> – eller transsexuella, inklusive diskriminering på grund av bisexualitet.<sup>85</sup>

85. I och med Amsterdamfördraget ville man utvidga principen, vilket framgår av artikel 13.1 EG, där avskaffandet av all diskriminering på grund av sexuell läggning föreskrivs.

86. Betydelsen av att rätten till respekt för den sexuella läggningen togs in i fördraget blir större om man betänker att inte alla

83 – Utgångspunkten var Europaparlamentets resolution av den 8 februari 1994 om lika rättigheter för homosexuella och lesbiska i Europeiska gemenskapen (EGT C 61, 1994, s. 40), som enligt Moliner Navarro, R. M., "El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado", i *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, s. 219, fick stor betydelse och innebar en tydlig kursändring beträffande värderingen av dessa frågor, och som ledde till några lagförslag.

84 – Amnesty International har påpekat att homosexuella fortfarande förföljs i över 70 länder, och i åtta länder bestraffas homosexualitet med döden – Afghanistan, Saudiarabien, Iran, Mauretanien, Pakistan, Sudan, Jemen och några stater i norra Nigeria – samt att fängelsestraff på upp till livstid utdöms på andra platser.

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

medlemsstater tog avstånd från denna typ av diskriminering<sup>86</sup> och att frågan inte heller nämns i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna,<sup>87</sup> även om Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna som jag påpekat har funnit att den omfattas av artikel 14 i den konventionen.<sup>88</sup>

87. Domstolen har i sin tur i vissa fall satt stopp för oförmånlig behandling av samkönade par.

2. Dom av den 17 februari 1998, Grant<sup>89</sup>

88. Sedan år 1982, då domen i det ovan nämnda målet Garland meddelades, råder

86 – Wilets, J. D., "The Human Rights of Sexual Minorities: A Comparative and international Law Perspective", *Fall Human Rights*, nr 22, 1995, s. 22–25. Woody Allen sa i sin film från år 1975, Död och pina (*Love and Death*), att det finns människor som är homosexuella, människor som är heterosexuella och människor som inte alls bryr sig om sex och blir advokater. Även om denna sarkasm vill visa på svårigheten i att reglera känslolivet rättsligt, kan den rättsliga sfären reglera detta med skiftande intensitet.

87 – Samma tystnad råder i den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna av den 10 december 1948 och i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter av den 16 december 1966. Beträffande den sistnämnda har FN:s kommitté för de mänskliga rättigheterna förklarat att omnämmandet av "kön" i artiklarna 2 och 26 omfattar "sexuell läggning" och att det inte är möjligt att neka en person de rättigheter som anges i bestämmelserna med hänvisning till dennes "sexuella läggning" (Kommittén för de mänskliga rättigheterna, Toonen v. Australia § 8.7, communication nr 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), och Young v. Australia, § 10.4, communication nr 941/2000, U.N., Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003)).

88 – Punkt 78 i detta förslag till avgörande.

89 – Mål C-249/96, Grant (REG 2002, s. I-621).

ingen tvekan om att de erbjudanden som ett järnvägsbolag lämnade sina anställda, deras makar och personer som de har försörjningsansvar för utgör ”lön” i den mening som avses i artikel 141 EG. Det var troligen detta avgörande som föranledde Lisa Jacqueline Grant att förklara att hennes arbetsgivare hade åsidosatt den bestämmelsen genom att vägra att bevilja henne reseförmåner som följde av anställningsavtalet för arbetstagarrens make eller person av motsatt kön som denne sammanlever med i ett utomäktenskapligt förhållande, eftersom hon levde tillsammans med en annan kvinna.

89. Lisa Jacqueline Grant förklarade att avslaget innebar en direkt könsdiskriminering. Hon utgick från det som [i engelsk rätt] kallas *but for test* och som innebär att om en arbetstagare av kvinnligt kön inte åtnjuter samma förmåner som en arbetstagare av manligt kön, och omständigheterna är lika i övrigt, är den förra offer för könsdiskriminering. Hon förklarade att det var tillräckligt att visa att en man som innehaft hennes befattning skulle ha medgetts reseförmånerna för sin kvinnliga partner, som han inte var gift med, för att påvisa ojämlikheten. Hon tillade att ett avslag av detta slag utgjorde en diskriminering på grund av sexuell läggning, som borde inbegripas i ”könsdiskriminering” i artikel 141 EG, eftersom skillnaden i behandling på grund av sexuell läggning grundas på nedärvda fördomar.

90. I domen konstaterades att ett företags vägran att bevilja en reseförmån för en partner av samma kön till en av de anställda, även om den förmånen beviljas för en person av motsatt kön som arbetstagaren har ett fast utomäktenskapligt förhållande med, inte utgör en diskriminering som är förbjuden enligt gemenskapsrätten (punkt 50). Det förelåg inte en direkt könsdiskriminering, eftersom villkoret tillämpades på samma sätt på arbetstagare av manligt kön som arbetstagare av kvinnligt kön med en partner av samma kön (punkterna 27 och 28). Domstolen konstaterade vidare att fasta förhållanden mellan två personer av samma kön, på gemenskapsrättens dåvarande utvecklingsstadium, inte kunde likställas med förhållanden mellan gifta personer eller med fasta utomäktenskapliga förhållanden mellan personer av motsatt kön (punkt 35).

91. Medan olika behandling på grund av kön således skulle vara olaglig, är den inte olaglig om den grundas på sexuell läggning, eftersom en sådan inte är förbjuden enligt någon gemenskapsrättslig bestämmelse.

92. Det restriktiva synsätt som domstolen valde stod i kontrast till, exempelvis, rättspraxis i fråga om diskriminering på grund av föräldraskap<sup>90</sup> och var förvånande eftersom

90 — Denna rättspraxis inleddes med dom av den 8 november 1990 i mål C-177/88, Dekker (REG 1990, s. I-3941), i mål C-179/88, Hertz (REG 1990, s. I-3979), och fortsatte med dom av den 14 juli 1994 i mål C-32/93, Webb (REG 1994, s. I-3567), av den 30 juni 1998 i mål C-394/96, Brown (REG 1998, s. I-4185), av den 19 november 1998 i mål C-66/96, Høj Pedersen m.fl. (REG 1998, s. I-7327), av den 4 oktober 2001 i mål C-109/00, Tele Danmark (REG 2001, s. I-6993), av den 18 november 2004 i mål C-284/02, Sass (REG 2004, s. I-11143), av den 8 september 2005 i mål C-191/03, McKenna (REG 2005, s. I-7631), och av den 16 februari 2006 i mål C-294/04, Sarkatzis Herrero (REG 2006, s. I-1513).

det i själva domen konstaterades att rådet enligt Amsterdamfördraget, som undertecknats några månader tidigare, kan vidta åtgärder för att undanröja vissa former av diskriminering, däribland diskriminering på grund av sexuell läggning (punkt 48).

### 3. Senare rättspraxis

93. Efter domen i målet Grant har vissa andra former av diskriminering på grund av sexuell läggning undanröjts. Det är lämpligt att studera de två mål som nämnts i de skriftliga yttrandena i förevarande förfarande om förhandsavgörande.

94. I dom av den 31 maj 2001 i de förenade målen C-122/99 P och C-125/99 P, D och Sverige mot rådet,<sup>91</sup> behandlades, inom ramen för ett överklagande, vägran att bevilja en tjänsteman vid Europeiska gemenskapen ett hushållstillägg avsett för gifta, med hänvisning till att även om han låtit registrera partnerskap med en annan man i Sverige, så medger inte tjänsteföreskrifterna för tjänstemännen i Europeiska gemenskaperna att ett registrerat partnerskap likställs med äktenskap. I domen redovisades en mängd regelsystem för registrering av andra

parförhållanden än äktenskap inom gemenskapen (punkterna 36 och 50), vilket försvårade likställandet (punkt 37), och det tillkommer därför lagstiftaren att vidta lämpliga åtgärder för att ändra situationen (punkt 38).<sup>92</sup>

95. Dom av den 7 januari 2004, K.B.,<sup>93</sup> gällde ett könsbyte.<sup>94</sup> En brittisk kvinnlig arbetstagare begärde för sin partner, som hade genomgått en könsbytesoperation från kvinna till man, den änkepension som partnern skulle haft rätt till som efterlevande make, medan en transsexuell persons relation i enlighet med personens nya kön inte godkändes enligt nationell rätt. Domstolen konstaterade, i linje med mitt förslag till avgörande av den 10 juni 2003, att den olika behandlingen inte var hänförlig till beviljandet av änkepensionen, utan till ett villkor som dessförinnan måste vara uppfyllt, nämligen förmågan att ingå äktenskap (punkt 30), och slog fast att artikel 141 EG utgör hinder för en lagstiftning som innebär att det är omöjligt för transsexuella att ingå äktenskap i enlighet med det förvärvade könet, vilket innebär att de fråntas en änkepension (punkt 34).<sup>95</sup>

92 — Ändringen ägde, som Tadao Marukos företrädare påpekade vid förhandlingen, rum genom rådets förordning (EG, Euratom) nr 723/2004 av den 22 mars 2004 om ändring av tjänsteföreskrifterna för tjänstemän i Europeiska gemenskaperna och anställningsvillkoren för övriga anställda i Europeiska gemenskaperna (EGT L 124, s. 1).

93 — Dom av den 7 januari 2004 i mål C-117/01, K.B. (REG 2004, s. I-541).

94 — Domstolen hade tidigare, i dom av den 30 april 1996 i mål C-13/94, P./S. (REG 1996, s. I-2143), konstaterat att ett avskedande på grund av könsbyte stred mot gemenskapsrätten.

95 — Enligt samma resonemang konstaterades i domen i målet Richards att en lagstiftning inte var förenlig med gemenskapsrätten som inte gav en transsexuell person i sin nuvarande egenskap av kvinna rätt till pension vid 60 års ålder, utan tvingade henne att vänta till 65, den ålder som fastställdes för män.

91 — Dom av den 31 maj 2001 i de förenade målen C-122/99 P och C-125/99 P, D och Sverige mot rådet (REG 2001, s. I-4319).



B — *Diskriminering på grund av sexuell läggning i målet vid den nationella domstolen*

96. Tadao Maruko nekades efterlevandepensionen därför att han inte var gift med sin partner och inte var ”änkling”, en ställning som rättsligt förbehålls den avlidnes maka, och det har inte konstaterats att denna pension har tillerkänts andra i samma eller en liknande situation. Avslaget grundades inte heller på den berördes sexuella läggning, och det var således inte fråga om direkt diskriminering i den mening som avses i artikel 2 i direktiv 2000/78.

97. Enligt det direktivet förbjuds dock även indirekt diskriminering, som föreligger när en skenbart neutral bestämmelse missgynnar personer med en viss sexuell läggning, om inte olikheten objektivt motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå det är lämpliga och nödvändiga.

98. I förevarande mål är det rättsligt omöjligt att ingå äktenskap. Det ankommer dock inte på domstolen att utforma de känslomässiga relationerna mellan personer av samma kön,

vilket är en mycket diskuterad fråga,<sup>96</sup> eller att uttala sig om de konsekvenser som i varje enskild lagstiftning tillskrivs registreringen av sådana partnerskap.<sup>97</sup> Som jag förklarade i förslaget till avgörande i målet K.B. ”... är [det] inte fråga om att konstruera en ’euro-peisk rätt till äktenskap’, utan om att säkerställa att principen om icke-diskriminering på grund av kön ges full verkan” (punkt 76).

99. Målet vid den nationella domstolen gäller olika behandling av gifta par och par som bildats enligt en annan rättslig modell. Diskussionen är således inte inriktad på tillträdet till äktenskapet, utan på konsekvenserna av de båda modellerna.

100. Det bör således utredas om dessa två typer av förbund förtjänar en likvärdig behandling, och den nationella domstolen måste i det avseendet avgöra om makarnas rättsliga ställning liknar den för par som

96 — I domen i målet D och Sverige mot rådet noterades att begreppet äktenskap i allmänhet betecknar ett heterosexuellt förbund och att ett ökande antal medlemsstater sedan år 1989 antagit regelsystem som ger ett rättsligt erkännande av olika former av förhållanden mellan personer av samma eller olika kön, som getts vissa rättsverkningar som är desamma eller liknar de som följer av äktenskap, såväl mellan parterna som gentemot tredje man (punkterna 34 och 35). Moliner Navarro, R. M., a.a., sidan 221 och följande sidor, delar upp länderna i fyra huvudgrupper med utgångspunkt från regleringen av homosexuella förbund: de som inte behandlar sådana förbund, de som antagit lagar om par som faktiskt bor tillsammans – med minimi- eller maximi-regler (som i tysk rätt) –, de som antagit lagar om civila förbund mellan homosexuella och de som ger dem tillträde till den äktenskapliga institutionen.

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, sidan 103 och följande sidor, pekar på skillnaderna mellan systemen i Sverige, Norge, Danmark, Holland och Frankrike.

ingått registrerat partnerskap. Om detta inte är fallet skulle jämförelsegrunden inte vara giltig.

i Europeiska gemenskaperna och i domen i målet K.B. behandlades en transsexuell som inte kunde ingå äktenskap, vilket gav upphov till en speciell problemställning.<sup>99</sup>

101. Verwaltungsgericht har dock förklarat att ett par som ingått registrerat partnerskap enligt LPartG omfattas av ett system med rättigheter och skyldigheter som är analogt med det äktenskapliga systemet, och kommissionen delar den uppfattningen.<sup>98</sup>

104. Diskrimineringen har således konstaterats och någon objektiv omständighet som kan berättiga den tycks inte föreligga, vilket inte heller har påståtts i förfarandet om förhandsavgörande.

102. I den situationen medför det faktum att en pension nekas därför att äktenskap inte ingåtts, när personer av samma kön inte kan göra detta, men har registrerat ett förbund med liknande verkningar, en indirekt diskriminering på grund av sexuell läggning i den mening som avses i artikel 2 i direktiv 2000/78.

### VIII — Begränsning i tiden av änkepen- sionen

105. Den sista frågan från Bayerisches Verwaltungsgericht i München gäller en eventuell tidsbegränsning till perioder efter den 17 maj 1990, i enlighet med domen i målet Barber.

103. Detta synsätt avviker inte från ovan nämnda rättspraxis, som har andra faktiska och rättsliga särdrag: domen i målet Grant föregick tidsmässigt direktiv 2000/78 och där noterades indirekt, i punkt 48, att antagandet av bestämmelser om förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning skulle tala för ett annat svar på den tolkningsfråga som granskades. Domen i målet D och Sverige mot rådet meddelades med tillämpning av tjänsteföreskrifterna för tjänstemän

106. Målet Barber gällde lika lön för arbetstagare av båda könen. Domstolen erinrade om att artikel 119 i EG-fördraget, föregångaren till artikel 141 EG, har direkt effekt, men

98 — Punkt 4.3 i avsnitt II i beslutet om hänskjutande.

99 — I punkt 25 i förslaget till avgörande i det målet påpekade jag att deras situation "... skiljer sig klart från de tillstånd som har med sexuell läggning (heterosexuell, homosexuell eller bisexuell) att göra, där personen helt godtar sitt kön ...".

klargjorde att denna direkta effekt inte kunde åberopas till stöd för krav på rätt till pension med verkan från en tidpunkt som inföll före domens avkunnande, med undantag för personer som redan inlett ett rättsligt förfarande eller rest motsvarande krav i enlighet med nationell rätt, eftersom den "ekonomiska balansen" i många pensionssystem i annat fall skulle äventyras.<sup>100</sup>

107. Detta synsätt gäller, som kommissionen har påpekat, de ekonomiska konsekvenserna, och den berörda gemenskapsrättsliga bestämmelsens särdrag är alltså inte avgörande, vilket den hänskjutande domstolen och Vddb har gjort gällande.

108. I den situationen tillåts enligt rättspraxis en begränsning endast undantagsvis,<sup>101</sup> när det föreligger fara för allvarliga ekonomiska återverkningar, som i synnerhet har berott på det stora antal rättsförhållanden som i god

tro har upprättats på grundval av de bestämmelser som har antagits vara gällande.<sup>102</sup>

109. Riskbedömningen förutsätter en analys av olika slags faktorer, som antalet berörda personer, de belopp som skall utbetalas eller betydelsen för det betalande organets överlevnad. I detta förfarande om förhandsavgörande saknas uppgifter som styrker en sådan risk.<sup>103</sup> Under dessa omständigheter har domstolen två alternativ att välja mellan: att uttryckligen neka att begränsa effekterna i tiden eller att inte besvara tolkningsfrågan.

110. Det första alternativet skulle innebära att oklarheten definitivt undanröjdes, men utan en fast grund. Det andra alternativet, som förespråkas av kommissionen, och som även jag föredrar, förefaller lämpligare, eftersom det då skulle vara möjligt att begära ett nytt förhandsavgörande med de uppgifter som för närvarande saknas.<sup>104</sup>

100 — Efter domen i målet Barber infördes år 1992 genom Maastrichtfördraget i EG-fördraget protokoll nr 17 om artikel 141, enligt vilket, med avseende på tillämpningen av artikel 141, förmåner för arbetstagare på grund av sociala trygghetssystem inte skall anses som lön om och i den mån förmånerna kan hänföras till anställningstider före den 17 maj 1990, utom när det gäller arbetstagare eller deras förmånsberättigade anhöriga som före den tidpunkten har väckt talan vid domstol eller inlett ett likvärdigt förfarande enligt tillämplig nationell lagstiftning.

101 — Dom av den 15 mars 2005 i mål C-209/03, Bidar (REG 2005, s. I-2119), punkt 67, av den 6 mars 2007 i mål C-292/04, Meilicke m.fl. (REG 2007, s. I-1835), punkt 35, och domen i det ovannämnda målet Richards, punkt 40.

102 — Domarna i de ovannämnda målen Bidar, punkt 69, och Richards, punkt 42.

103 — Den tyska regeringen, som kunde ha lämnat uppgifter härvidlag, har inte deltagit i förbandet. Inte heller Vddb har presenterat några som helst siffror, trots att man invänt mot en tillämpning av domen i målet Barber på målet vid den nationella domstolen.

104 — Inte i något av fallen skulle det vara nödvändigt att återuppta det muntliga förfarandet i målet, vilket begärts av företrädaren för Förenade kungariket vid förhandlingen, för att ge övriga medlemsstater möjlighet att yttra sig över de tidsmässiga effekterna av den dom som meddelas i förevarande mål.

## IX — Förslag till avgörande

111. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag att de tolkningsfrågor som har ställts av Bayerisches Verwaltungsgericht i München skall besvaras på följande sätt:

- 1) En efterlevandepension som den som begärts i målet vid den nationella domstolen, som är beroende av den primärt berättigade personens anställning, omfattas av tillämpningsområdet för rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling, och utgör inte en utbetalning från ett offentligt system för social trygghet eller motsvarande.
- 2) Ett nekande av denna pension därför att äktenskap, som förbehålls personer av motsatt kön, inte har ingåtts, när ett förbund med i huvudsak samma effekter har registrerats mellan personer av samma kön, utgör en indirekt diskriminering på grund av sexuell läggning i strid med direktiv 2000/78, varvid det ankommer på den nationella domstolen att utreda om makars rättsställning liknar rättsställningen för personer som ingått ett registrerat partnerskap.
- 3) Den femte tolkningsfrågan skall inte besvaras.