

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NIILO JÄÄSKINEN
föredraget den 15 juli 2010¹

Innehållsförteckning

I	– Inledning	I - 3596
II	– Tillämpliga bestämmelser	I - 3597
A	– Unionsrätten	I - 3597
1.	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna	I - 3597
2.	EG-fördraget	I - 3597
3.	Direktiv 2000/78	I - 3598
B	– Nationell rätt	I - 3599
1.	Grundlagen	I - 3599
2.	Lag om registrerat partnerskap	I - 3600
3.	Tillämpliga bestämmelser i delstaten Hamburg i fråga om social trygghet	I - 3600
4.	HmbZVG	I - 3601
5.	Första RGG	I - 3602
III	– Tvisten i målet vid den nationella domstolen	I - 3602
IV	– Tolkningsfrågor	I - 3604
V	– Bedömning	I - 3607
A	– Inledning	I - 3607
B	– Det materiella tillämpningsområdet för direktiv 2000/78	I - 3609

1 — Originalspråk: franska

1.	Artikel 3.3 i direktiv 2000/78	I - 3609
2.	Skäl 22 i direktiv 2000/78	I - 3614
C –	Huruvida det föreligger en diskriminering på grund av sexuell läggning i den mening som avses i direktiv 2000/78	I - 3617
1.	Direkt diskriminering	I - 3617
2.	Indirekt diskriminering	I - 3622
3.	Slutsats i denna del	I - 3625
D –	Huruvida det föreligger ett åsidosättande av artikel 141 EG eller av en allmän unionsrättslig princip	I - 3626
E –	De tidsmässiga aspekterna i målet	I - 3631
1.	Rättsverkningarna i tiden av rätten till likabehandling	I - 3631
2.	Begränsning i tiden av rättsverkningarna av domstolens dom	I - 3636
F –	Samspelet mellan principen om likabehandling och ett mål som följer av den nationella lagstiftningen såsom att äktenskapet och familjen ska ges ett särskilt skydd	I - 3638
1.	Huruvida den unionsrättsliga principen avseende likabehandling har företräde	I - 3638
2.	Huruvida diskriminering genom ett mål som fastställs i den nationella lagstiftningen kan motiveras	I - 3640
VI –	Förslag till avgörande	I - 3642

I – Inledning

1. Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av allmänna principer och av unionsrätten, såväl i unionens primärrätt som i dess sekundärrätt, avseende diskriminering på grund av sexuell läggning i fråga om anställning och arbete.

2. Begäran har framställts i ett mål mellan Jürgen Römer och Freie und Hansestadt Hamburg² avseende den sistnämndas beslut att neka honom en kompletterande ålderspension med ett belopp som han begärt med kännedom om att den beräkningsmetod som användes av hans tidigare arbetsgivare var förmånligare för gifta mottagare av pensionsförmåner än för mottagare som i likhet med honom levde i ett registrerat partnerskap i enlighet med den tyska lagstiftningen.

3. Begäran om förhandsavgörande ger domstolen möjlighet att precisera och komplettera sin ståndpunkt i domen i målet Maruko,³ som meddelades av stora

avdelningen den 1 april 2008 och som avsåg ett beslut att neka en man som ingått registrerat partnerskap, vars partner hade avlidit, en pension som utbetalades i form av änkepension enligt det yrkesbaserade obligatoriska försäkringssystem till vilket hans avlidne partner var ansluten. Domstolen har dessutom möjlighet att uttala sig om räckvidden av sin rättspraxis beträffande rätten till likabehandling som den utvecklade i domarna i målen Mangold⁴ och Küçükdeveci⁵ på ett område som är parallellt med diskriminering till följd av sexuell läggning, nämligen diskriminering på grund av ålder.

4. I förevarande mål har domstolen ombetts att fastställa det materiella tillämpningsområdet för rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling,⁶ precisera direkta eller indirekta omständigheter som är utmärkande för diskriminering på grund av sexuell läggning i den mening som avses i ovannämnda direktiv eller andra unionsrättsliga bestämmelser samt fastställa svarens rättsverkningar i tiden. Det har olyckligtvis blivit svårare för domstolen att utföra denna uppgift särskilt vad gäller bedömningen av den nationella lagstiftningen, eftersom Förbundsrepubliken Tyskland inte har yttrat sig avseende tolkningsfrågorna medan delstaten Hamburg enbart har ingett mycket kortfattade skrivelser i utredningen vid domstolen.

2 — Den fria hansestaden Hamburg är en stad och samtidigt en av 16 förbundsstater (Länder) i Tyskland. Enligt artikel 4.1 i Hamburgs grundlag (Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg) av den 6 juni 1952 görs ingen åtskillnad mellan statlig verksamhet och kommunal verksamhet.

3 — Dom av den 1 april 2008 i mål C-267/06, Maruko (REG 2008, s. I-1757).

4 — Dom av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold (REG 2005, s. I-9981).

5 — Dom av den 19 januari 2010 i mål C-555/07, Küçükdeveci (REU 2010, s. I-365).

6 — EGT L 303, s. 16.

II – Tillämpliga bestämmelser

2. EG-fördraget

A – Unionsrätten⁷

1. Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

5. Artikel 21.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna⁸ har följande lydelse: All diskriminering på grund av bland annat kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska särdrag, språk, religion eller övertygelse, politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning ska vara förbjuden.”

7 — Eftersom tvisten i målet vid den nationella domstolen avser tillämpningen av bestämmelser i den tyska lagstiftningen, i dess lydelse före ikraftträdandet av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, nämligen den 1 december 2009, kommer hänvisningen till bestämmelserna i EG-fördraget att ske enligt den numrering som gällde före denna tidpunkt.

8 — Stadgan som proklamerades i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1) har ändrats och blev rättsligt bindande när Lissabonfördraget antogs (EUT C 303, 2007, s. 1).

6. Genom Amsterdamfördraget⁹ infördes en ny lydelse av artikel 13.1 i EG-fördraget, nämligen följande: ”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 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.”

7. I artikel 141 EG föreskrivs följande:

”1. Varje medlemsstat skall säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas.

2. I denna artikel skall med ’lön’ förstås den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av sin arbetsgivare på grund av anställningen.

9 — EGT C 340, 1997, s. 1.

Lika lön utan könsdiskriminering innebär att ...

- a) ackordslön för lika arbete skall fastställas enligt samma beräkningsgrunder,
- 22) Detta direktiv påverkar inte tillämpningen av nationell lagstiftning som gäller civilstånd och de förmåner som är avhängiga därav.”

9. I artikel 1 i samma direktiv föreskrivs följande:

- b) tidlön skall vara lika för lika arbete. ...”

”Syftet med detta direktiv 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.”

3. Direktiv 2000/78

10. I artikel 2 i ovannämnda direktiv föreskrivs följande:

8. Skälen 13 och 22 i direktiv 2001/78 som har antagits på grundval av artikel 13 EG har följande lydelse:

”1. I detta direktiv avses med principen om likabehandling att det inte får förekomma någon direkt eller indirekt diskriminering på någon av de grunder som anges i artikel 1.

2. Enligt punkt 1 skall

”13) Detta direktiv gäller 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, och inte heller statliga utbetalningar som syftar till att ge tillträde till anställning eller fortsatt anställning.

- a) 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,

b) indirekt diskriminering anses förekomma när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer med en viss religion eller övertygelse, ett visst funktionshinder, en viss ålder, eller en viss sexuell läggning jämfört med andra personer, om inte

i) bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt motiveras av ett berättigat mål och om medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga, eller ...”

11. Artikel 3 i direktiv 2008/78 har följande lydelse:

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

...

c) Anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner.

...

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

12. Enligt artikel 18 första stycket i direktiv 2000/78 ska medlemsstaterna i princip anta de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 2 december 2003, eller också kan de, på gemensam begäran av arbetsmarknadens parter, överlåta åt dessa att genomföra detta direktiv i fråga om bestämmelser som omfattas av kollektivavtal.

B – Nationell rätt

1. Grundlagen

13. I artikel 6.1 i Förbundsrepubliken Tysklands grundlag (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) (nedan kallad GG)¹⁰ föreskrivs följande: ”Äktenskapet och familjen åtnjuter ett särskilt statligt skydd.”

¹⁰ — Förbundsrepubliken Tysklands grundlag av den 23 maj 1949, BGBl. III 100-1.

2. Lag om registrerat partnerskap

14. I artikel 1 i lagen om registrerat partnerskap (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) av den 16 februari 2001¹¹, i dess lydelse enligt lag av den 15 december 2004¹² (nedan kallad LPartG), föreskrivs följande vad gäller formen och villkoren för att ingå ett sådant partnerskap:

”1) Två personer av samma kön kan låta registrera sitt partnerskap genom att, personligen och inför varandra, ömsesidigt förklara att de önskar ingå ett livslångt partnerskap (partner). Förklaringarna kan inte förenas med villkor eller avges på bestämd tid. Förklaringarna blir giltiga under förutsättning att de avges inför behörig myndighet. ...”

15. I 2 § LPartG föreskrivs följande:

”Partner ska bistå och hjälpa varandra och förbinder sig att leva tillsammans. De påtar sig ansvar för varandra.”

16. I 5 § nämnda lag föreskrivs följande:

”Partner är skyldiga att genom arbete och förmögenhet ömsesidigt bidra till det underhåll som behövs för att deras gemensamma och personliga behov ska tillgodoses. Såväl 1360 § andra meningen, 1360a § och 1360b § civillagen [Bürgerliches Gesetzbuch] (nedan kallad BGB) som 16 § 2 är analogt tillämpliga.”

17. I 11 § 1 samma lag avseende andra effekter av partnerskapet föreskrivs följande:

”Om inte annat föreskrivs, betraktas en partner som medlem av den andra partners familj.”

3. Tillämpliga bestämmelser i delstaten Hamburg i fråga om social trygghet

18. Den nationella lagstiftning som är relevant i målet vid den nationella domstolen består av två rättsakter som antagits av delstaten Hamburg,¹³ nämligen den

11 — BGBl. 2001 I, s. 266.

12 — BGBl. 2004 I, s. 3396. Enligt den hänskjutande domstolen är dessa bestämmelser relevanta i målet vid den nationella domstolen.

13 — De uppgifter som lämnats av den hänskjutande domstolen och av kommissionen är inte fullständiga med avseende på den exakta ordalydelsen av de tillämpliga bestämmelserna. De räcker emellertid för att mot bakgrund av unionsrätten undersöka förmåner som utbetalas på grundval av dessa.

kompletterande pensionslagen för Hamburg av den 7 mars 1995 (Hamburgisches Zusatzversorgungsgesetz) (nedan kallad HmbZVG)¹⁴ och lagen om kompletterande ålders- och efterlevandepension för anställda vid Freie und Hansestadt Hamburg (Erstes Ruhegeldgesetz der Freien und Hansestadt Hamburg) (nedan kallad första RGG),¹⁵ i dess lydelse av den 30 maj 1995, senast ändrad den 2 juli 2003.

upphör. I 2 c § föreskrivs att avgiften beräknas på grundval av den lön som de anställda erhåller och att den innehålls av lönen.

4. HmbZVG

19. I 1 § HmbZVG föreskrivs att denna lag är tillämplig på personer som anställts av Freie und Hansestadt Hamburg samt de personer till vilka Freie und Hansestadt Hamburg ska utbetala pensionsförmåner i den mening som avses i 2 § (pensionärer). Enligt 2 § beviljas pension som en ålderspension (3–10 §§) eller efterlevnadspension (11–19 §§). I 2a § föreskrivs att de anställda ska bidra till att täcka utgifterna för pensioner genom att betala en avgift vars ursprungliga sats uppgår till 1,25 procent. Enligt 2 b § uppkommer skyldigheten att betala avgifter vid den tidpunkt då anställningsavtalet ingås och upphör vid den tidpunkt då anställningsförhållandet

20. I 6 § HmbZVG föreskrivs att den månatliga ålderspensionen för varje helt år av den pensionsgrundande anställningsperioden motsvarar 0,5 procent av den lön som beaktas vid beräkningen av pensionsförmåner.¹⁶

21. Den lön som ska beaktas vid beräkningen av ålderspension anges i artikel 7, HmbZVG medan pensionsgrundande anställningsperioder och icke pensionsgrundande anställningsperioder anges i artikel 8.

22. 29 § HmbZVG innehåller övergångsbestämmelser för pensionärer enligt första RGG i den mening som avses i 1.1 § andra meningen. I 29.1 § jämförd med 29.5 § föreskrivs att ovannämnda kategori av pensionärer med undantag för artikel 6.1 och 6.2 fortsätter att erhålla en pension som uppgår till det belopp som de hade rätt till i juli 2003 eller det belopp som de enligt 29.2 § och 29.4 § hade rätt till i december 2003.

14 — HmbGVBl. s. 53.

15 — Gesetz über die zusätzliche Alters und Hinterbliebenenversorgung für Angestellte und Arbeiter der Freien und Hansestadt Hamburg (Erstes Ruhegeldgesetz – 1. RGG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. Mai 1995 (GVBl. p. 108) (Lag om kompletterande ålders- och efterlevandepension för anställda vid Freie und Hansestadt Hamburg (första pensionslagen – första RGG), i dess lydelse enligt kungörelse av den 30 maj 1995 (GVBl. s. 108)).

16 — Kommissionen har påpekat att en liknande bestämmelse även föreskrivs i 1, 1a, 1b, 1c, 6, 7 och 8 §§ i första RGG.

5. Första RGG

moment 1 första RGG först uppfylls efter det att utbetalning av ålderspension påbörjats.

23. I 10 § punkt 6 första RGG föreskrivs följande:

25. Det ska tilläggas att det belopp som fastställs med tillämpning av skattekolumn III/0 är betydligt lägre än det som fastställs med tillämpning av skattekolumn I.

”6) Den fiktiva nettolönen som ska beaktas vid beräkningen av pensionen ska fastställas på grundval av den lön som ska beaktas vid beräkningen av pensionen (8 §)

III – Tvisten i målet vid den nationella domstolen

1. hos en gift mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskild den dag då pension för första gången utbetalas (12.1§) samt hos en mottagare av pensionsförmåner som vid den tidpunkten har rätt till barnbidrag eller en motsvarande förmån, det belopp som vid denna tidpunkt skulle ha betalats som inkomstskatt (exklusive kyrkoskatt) med tillämpning av skattekolumn III/0,

26. I målet råder oenighet om storleken på den pension som klaganden i målet vid den nationella domstolen, Jürgen Römer, kan göra gällande från och med november 2001.

2. hos alla andra mottagare av pensionsförmåner det belopp som skulle ha betalats den dag då pension utbetalas för första gången som inkomstskatt (exklusive kyrkoskatt) med tillämpning av skattekolumn I ...”

27. Jürgen Römer var anställd som administrativ medarbetare hos motparten i målet vid den nationella domstolen, Freie und Hansestadt Hamburg, från år 1950 till dess att han blev arbetsoförmögen den 31 maj 1990. Han lever sedan år 1969 med Alwin Ullrich. Den 15 oktober 2001 ingick klaganden i målet vid den nationella domstolen och hans partner ett registrerat partnerskap enligt LPartG. Jürgen Römer underrättade sin arbetsgivare om detta genom skrivelse av den 16 oktober 2001. Enligt uppgifter från den hänskjutande domstolen begärde han genom en ny skrivelse av den 28 november 2001 att den pension som löpande utgick till honom skulle räknas om genom tillämpning av ett mer

24. I 8 § punkt 10 sista meningen i första RGG föreskrivs att skattekolumn III/0 ska tillämpas på begäran om villkoren i 10 § punkt 6

fördelaktigt löneavdrag enligt skattecolumn III från och med den 1 augusti 2001, medan klaganden i målet vid den nationella domstolen i sitt skriftliga yttrande hävdar att han enbart begärt en sådan ökning av sin pension från och med den 1 november 2001.

28. Genom skrivelse av den 10 december 2001 underrättade Freie und Hansestadt Hamburg Jürgen Römer om att skattecolumn III inte kunde tillämpas på honom i stället för skattecolumn I med hänvisning till att skattecolumn III enligt 10 § punkt 6 moment 1 första RGG endast är tillämplig på gifta mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskilda och mottagare av sådana pensionsförmåner som har rätt till barnbidrag eller en liknade förmån.

29. Enligt den sammanställning över pensionsrättigheter som fastställts av Freie und Hansestadt Hamburg den 2 september 2001 uppgick den månatliga pension som utbetalades till Jürgen Römers från september år 2001 med tillämpning av skattecolumn I till 1 204,55 DEM (615,88 euro). Enligt den berörda partens beräkningar, som inte har bestritts av den tidigare arbetsgivaren, skulle den månatliga pensionen i september år 2001 ha varit 590,87 DEM (302,11 euro) högre om skattecolumn III hade tillämpats.

30. Tvisten anhängiggjordes vid Arbeitsgericht Hamburg (Tyskland). Jürgen Römer

anser att han vid beräkningen av sin pension på grundval av 10 § punkt 6 moment 1 första RGG ska behandlas som en gift mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskild. Han har gjort gällande att begreppet gift mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskilda i ovannämnda bestämmelse ska tolkas på så sätt att det omfattar mottagare av sådana pensionsförmåner som de erhåller som ingått registrerat partnerskap enligt LPartG.

31. Jürgen Römer anser att hans rätt att behandlas på samma sätt som gifta mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskilda följer av direktiv 2000/78. Han anser inte att motiveringen för skillnaden i behandling mellan gifta mottagare av pensionsförmåner och dem som ingått registrerat partnerskap, nämligen att makar kan få barn, är övertygande, eftersom barn som en partner har även vid partnerskap som ingåtts mellan personer av samma kön uppfostras och kan adopteras av ett par som ingått partnerskap. Han har även gjort gällande att direktivet ska tillämpas direkt på motparten i målet vid den nationella domstolen, eftersom det inte har införlivats med den nationella lagstiftningen inom den frist som föreskrivs i artikel 18.2, det vill säga senast den 2 december 2003.

32. Freie und Hansestadt Hamburg har yrkat att talan ska ogillas. Den har gjort gällande

att begreppet make i den mening som avses i 10 § punkt 6 moment 1 första RGG inte kan tolkas på det sätt som Jürgen Römer begärt. Den har huvudsakligen anfört att artikel 6 punkt 1 i grundlagen ger äktenskapet och familjen ett särskilt skydd i rättsordningen, eftersom de sedan länge utgör en grundenhet i den nationella gemenskapen och ett barnlöst äktenskap, oavsett om detta är ett medvetet val eller inte, av det skälet också åtnjuter skydd då det tillåter en jämvikt mellan könen på första nivå i den nationella gemenskapen. Den har dessutom anfört att äktenskap i allmänhet föregår grundandet av en familj i den mån som det som den vanligaste formen för gemenskap mellan kvinna och man som erkänns i lag utgör den ram inom vilken barnen föds och följaktligen omvandlingen från gift par till familj.

33. Enligt Freie und Hansestadt Hamburg finns paralleller mellan frågan om sambeskattning och frågan om möjligheten att fiktivt tillämpa skatteskolumn III vid beräkningen av pensioner som utbetalas enligt första RGG. Den har gjort gällande att de finansiella medel som de berörda parterna månatligen förfogar över för att täcka sina vardagsbehov bestäms av såväl sambeskattningen under den period som vederbörande var yrkesverksam som den fiktiva tillämpningen av skatteskolumn III för beräkningen av pensioner. Syftet med den fördel som beviljas personer som grundat eller kunnat grunda familj är att kompensera den ytterligare finansiella belastning som detta innebär.

IV – Tolkningsfrågor

34. Arbeitsgericht Hamburg beslutade den 10 april 2008¹⁷ att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:¹⁸

”1) Ska kompletterande pension som utbetalas till tidigare anställda vid Freie und Hansestadt Hamburg och till deras efterlevande, vilken regleras i [första RGG], likställas med ’utbetalningar från offentliga system eller liknande, däribland offentliga system för social trygghet eller socialt skydd’, i den mening som avses i artikel 3.3 i [direktiv 2000/78], vilket skulle innebära att nämnda direktiv inte är tillämpligt på det område som täcks av första RGG?

2) För det fall fråga 1 besvaras nekande:

a) Ska bestämmelserna i första RGG, vilka vid beräkningen av den pension som ska utbetalas gör åtskillnad

17 — Enbart några dagar efter det att domen i det ovan i fotnot 3 nämnda målet Maruko hade meddelats.

18 — Av begäran om förhandsavgörande framgår att Arbeitsgericht Hamburg parallellt har ställt en fråga till Bundesverfassungsgericht (federala författningsdomstolen), å ena sidan, och Hamburgisches Verfassungsgericht (författningsdomstolen i Hamburg), å andra sidan, som har formulerats på liknande sätt som den tredje frågan, som har ställts till domstolen för att få fastställt huruvida 10 § punkt 6 första RGG är förenlig med grundlagen.

mellan gifta mottagare av pensionsförmåner och andra pensionärer, och därvid gynnar de förstnämnda – bland annat i förhållande till personer som har ingått registrerat partnerskap med en person av samma kön i enlighet med Lebenspartnerschaftsgesetz der Bundesrepublik Deutschland (nedan kallad lag om partnerskap) – anses utgöra 'lagstiftning som gäller civilstånd och de förmåner som är avhängiga därav', i den mening som avses i skäl 22 i direktiv 2000/78?

mot artikel 1 jämförd med artiklarna 2 och 3.1 c i direktiv 2000/78, med avseende på en pensionär som har ingått partnerskap med en person av samma kön och som inte varaktigt lever åtskild från sin partner?

- b) För det fall fråga 2.1 besvaras jakande: Medför detta att direktiv 2000/78 inte är tillämpligt på de nämnda bestämmelserna i första RGG, trots att själva direktivet inte innehåller någon bestämmelse som begränsar dess tillämpningsområde på det sätt som anges i skäl 22?
- 3) För det fall fråga 2.1 eller fråga 2.2 besvaras nekande: Strider 10 § punkt 6 första RGG, enligt vilken pensionen för gifta mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskilda beräknas genom fiktiv tillämpning av skattekolumn III/0 (vilken är gynnsammare för den skattskyldige), medan pensionen för andra pensionärer beräknas genom fiktiv tillämpning av skattekolumn I (vilken är mindre gynnsam för den skattskyldige),
- 4) För det fall fråga 1 eller fråga 2.2 besvaras jakande eller fråga 3 besvaras nekande: Strider 10 § punkt 6 första RGG mot artikel 141 EG eller mot en allmän gemenskapsrättslig princip med anledning av den bestämmelse som beskrivs i fråga 3 eller de rättsliga följderna av nämnda bestämmelse?
- 5) För det fall fråga 3 eller fråga 4 besvaras jakande: Medför detta att en pensionär som ingått registrerat partnerskap och som inte varaktigt lever åtskild från sin partner kan kräva att han eller hon vid beräkningen av pensionen behandlas som gifta mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskilda innan 10 § punkt 6 första RGG har ändrats på så sätt att den kritiserade diskrimineringen har undanröjts? Om så är fallet, gäller detta – för det fall direktiv 2000/78

är tillämpligt och vid ett jakande svar på fråga 3 – också innan införlivandefristen i artikel 18.1 i direktivet har löpt ut?

en uttrycklig bestämmelse i artikel 6 punkt 1 GG, åtnjuter särskilt statligt skydd?

- 6) För det fall fråga 5 besvaras jakande: Ska denna rättighet, i överensstämmelse med domskälen i dom av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889), inskränkas på så sätt att lika-behandlingen vid beräkningen av den pension som ska betalas ut endast avser den del av pensionen som pensionären har rätt till från den 17 maj 1990?”

- b) Kan en direkt diskriminerande bestämmelse i lag, oberoende av lydelsen i direktiv [2000/78], vara berättigad med anledning av att den tjänar ett annat syfte, vilket utgör en del av den nationella rättsordningen men inte av EG-rätten? Om så är fallet, har detta andra syfte som eftersträvas i medlemsstatens nationella rättsordning utan vidare företräde i förhållande till likabehandlingsprincipen?

35. Den 23 januari 2009 beslutade Arbeit-sgericht Hamburg att komplettera sina ursprungliga tolkningsfrågor med en rad frågor som har följande lydelse:

För det fall fråga 7 besvaras nekande:

- ”7) För det fall EG-domstolen fastställer att direkt diskriminering föreligger:

- a) Vilken betydelse har den omständigheten att likabehandlingsprincipen ska beaktas enligt Grundgesetz (... grundlagen) (nedan kallad GG) och EG-rätten samtidigt som äktenskap och familj enligt tysk lag, till följd av

- c) Vilket rättsligt kriterium ska i sådana fall tillämpas vid avvägningen mellan den gemenskapsrättsliga likabehandlingsprincipen och det andra syfte som eftersträvas i den nationella rättsordningen? Krävs också, i likhet med vad som föreskrivs i artikel 2.2 [b]¹⁹ i i direktiv [2000/78] såsom ett villkor för rättsligt godkännande av indirekt diskriminering, att den diskriminerande bestämmelsen för det första objektivt motiveras av

¹⁹ — Denna fråga har korrigerats den 11 mars 2009 på så sätt att den korrekta beteckningen är artikel 2.2 [b] i i stället för artikel 2.1 [a] i.

ett berättigat mål och för det andra att medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga?

- d) Uppfyller en bestämmelse som 10 § punkt 6 första RGG de gemenskapsrättsliga kraven på lagenlighet, beroende på svaren på föregående frågor? Uppfyller den nämnda krav endast med anledning av den specifika nationella bestämmelsen, vilken saknar motsvarighet i EG-rätten, det vill säga med anledning av artikel 6 punkt 1 GG?"

pension som utbetalas av Freie und Hansestadt Hamburg från två olika angreppsvinklar. Den vill först och främst få klarhet i räckvidden av undantaget från utbetalningar från offentliga system eller liknande som föreskrivs i direktivet och om avgränsningen mellan medlemsstaternas behörighet inom området för civilstånd och genomförandet av bestämmelser om förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning i unionsrätten.

38. Den hänskjutande domstolen vill för det andra för det fall direktiv 2000/78 är tillämpligt med avseende på 10 § punkt 6 första RGG få vägledning vad gäller bedömningen av huruvida det föreligger direkt eller indirekt diskriminering med avseende på bestämmelserna i ovannämnda direktiv.

V – Bedömning

A – Inledning

36. Trots att tolkningsfrågorna uppenbarligen är komplicerade till följd av deras detaljerade formulering i flera steg, anser jag att de olika typer av tolkningsfrågor som domstolen har att pröva huvudsakligen hänför sig till fem allmänna problem.

37. Den hänskjutande domstolen vill för det första få klarhet i huruvida direktiv 2000/78 är tillämpligt på systemet för kompletterande

39. Om detta inte är fallet vill den hänskjutande domstolen för det tredje få klarhet i vilken inverkan artikel 141 EG och allmänna principer i unionsrätten har på målet vid den nationella domstolen.

40. Den nationella domstolen vill för det fjärde få klarhet i vilken verkan, å ena sidan, de unionsrättsliga bestämmelser som den har hänvisat till och, å andra sidan, domstolens dom har i tidsmässigt avseende.

41. Den har för det femte begärt att domstolen ska fastställa de bestämmelser som

gör det möjligt att lösa en konflikt mellan de mål som anges i en konstitutionell regel som förekommer i den nationella rättsordningen och de krav som följer av likabehandlingsprincipen med avseende på sexuell läggning som är tillämplig enligt unionsrätten.

äktas makar, trots att registrerat partnerskap, enligt nationell rätt, innebär att personer av samma kön hamnar i en situation som är jämförbar med den som makar befinner sig i med avseende på nämnda efterlevandeförmån och preciserade att det ankommer på den nationella domstolen att pröva huruvida en efterlevande partner befinner sig i en situation som är jämförbar med den som en make eller maka, som har rätt till aktuella förmåner, befinner sig i.²¹

42. Enligt min mening ger utan tvekan den tredje delfrågan upphov till mest svårigheter vad gäller tolkningen, eftersom det inte finns någon fast rättspraxis med avseende på frågan huruvida det finns en allmän princip i unionsrätten på detta område.

43. Inom ramen för sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet Maruko redogjorde generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer ingående för den rättsliga utveckling som föregick erkännandet av rätten till likabehandling för homosexuella människor i den mening som avses i unionsrätten.²⁰

44. I domen i det ovannämnda målet slog domstolen fast att bestämmelserna i artiklarna 1 och 2 i direktiv 2000/78 utgjorde hinder för sådana bestämmelser som var i fråga i målet vid den nationella domstolen, enligt vilka en registrerad partner efter den andre partners död inte hade rätt till en efterlevandepension motsvarande den som beviljas

45. Av handlingarna i förevarande mål framgår att de tyska domstolarnas tolkningar avseende tillämpningen av de kriterier för jämförbarheten som fastställts av domstolen skiljer sig åt. Framför allt har frågan uppkommit huruvida det rör sig om att fastställa en abstrakt identitet mellan rättsinstitutionerna eller snarare en tillräcklig likhet mellan de rättsliga och faktiska situationer i vilka berörda personer befinner sig.

46. Domstolens rättspraxis avseende förbud mot diskriminering på grund av ålder ger också upphov till frågan huruvida förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning ska anses vara en allmän princip i unionsrätten. Om denna fråga besvaras jakande så påverkas tidsaspekten i detta mål. Om denna fråga besvaras nekande, krävs en förklaring till varför förbudet mot diskriminering på grund av nämnda skäl anses vara en norm som är mycket svagare än diskriminering på

20 — Punkterna 83–95 i nämnda förslag till avgörande.

21 — Domen i målet Maruko (ovan fotnot 3), punkt 73.

grund av andra skäl som är förbjudna enligt artikel 13 EG och stadgan om de grundläggande rättigheterna.

inklusive offentliga organ, i fråga om bland annat löner.

B – Det materiella tillämpningsområdet för direktiv 2000/78

47. De två första tolkningsfrågorna ska prövas gemensamt, eftersom de avser det materiella tillämpningsområdet för direktiv 2000/78. Den hänskjutande domstolen har erinrat om att det krävs att direktivet är tillämpligt i förevarande fall för att ett åsidosättande av nämnda direktiv ska kunna föreligga, vilket enligt den hänskjutande domstolen kan bestridas av två skäl, dels på grundval av artikel 3.3 i direktivet, dels på grundval av skäl 22 i direktiv 2000/78.

49. Den hänskjutande domstolen har ställt den första tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida nämnda direktiv är tillämpligt på det område som omfattas av första RGG, som avser kompletterande pensioner som utbetalas till tidigare anställda vid Freie und Hansestadt Hamburg och till deras efterlevande, medan "utbetalningar från offentliga system eller liknande, däribland offentliga system för social trygghet eller socialt skydd", inte omfattas av direktivets tillämpningsområde enligt artikel 3.3 i direktiv 2000/78.²²

50. Detta undantag anges i liknande ordalag i skäl 13 i direktivet, i vilket det föreskrivs att detta direktiv "inte [gäller] 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".²³

51. Bedömningen av räckvidden av artikel 3.3 i direktiv 2000/78 har medfört

1. Artikel 3.3 i direktiv 2000/78

48. Av artikel 3.1 c i direktiv 2000/78 framgår att direktivet ska tillämpas inom såväl den offentliga som den privata sektorn,

22 — För att förekomma en bedömning av den hänskjutande domstolen utifrån den tyska versionen av direktivet ska det påpekas att uttrycket "der staatlichen Systeme" i den tyska versionen av artikel 3.3 används på motsvarande sätt som "les régimes publics" (offentliga system), som används i den franska versionen, medan begreppet "öffentlichen" används i artikel 3.1 i direktiv 2000/78 i stället för adjektivet "public" (offentlig) på franska.

23 — Det ska erinras om att med "lön" enligt artikel 141.2 EG avses den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av sin arbetsgivare på grund av anställningen.

problem med en enhetlig tillämpning i de nationella rättssystemen, eftersom de begrepp som används skiljer sig från den ena språkversionen till den andra. I Tyskland har de nationella domstolarna intagit olika ståndpunkter vad gäller tolkningen av denna bestämmelse som är mer eller mindre restriktiv. Framför allt frågan huruvida efterlevandepensioner utesluts från tillämpningsområdet för direktiv 2000/78 har splittrat de tyska domstolarna.²⁴

artikel 3.1 c och 3.3 i direktiv 2000/78 jämförd med skäl 13 i detta direktiv ska tolkas så, att det inte omfattar system för social trygghet och socialt skydd, vilkas förmåner inte jämföras med lön, i den betydelse denna term ges vid tillämpningen av artikel 141 EG, och inte heller med statliga utbetalningar som syftar till att ge tillträde till anställning eller fortsatt anställning. *E contrario* kan slutsatsen dras att en sådan förmån som den som det rör sig om i målet vid den nationella domstolen omfattas av bestämmelserna i direktiv 2000/78 om den betraktas som "lön" i den mening som avses i artikel 141 EG.

52. Jag vill först och främst påpeka att det ur flera av domstolens domar, framför allt domen i målet Maruko,²⁵ går att hämta uppgifter som kan vara lämpade för att tolka artikel 3.3 i direktiv 2000/78, uppgifter av vilka det framgår att ovannämnda direktiv är tillämpligt i förevarande fall. I likhet med klaganden i målet vid den nationella domstolen och kommissionen anser jag inte att det råder något tvivel om att denna artikel är tillämplig på ålderspension som utbetalats på grundval av första RGG till tidigare anställda vid Freie und Hansestadt Hamburg och deras anhöriga.

54. Begreppet lön i artikel 141.2 EG har emellertid getts en mycket vid tolkning av domstolen.²⁶ Detta begrepp omfattar framför allt alla typer av pensioner som är yrkesbaserade till skillnad från pensioner som följer av ett system som inrättats enligt lag och som är av allmän karaktär.²⁷ Enligt fast

53. Domstolen slog fast att tillämpningsområdet för direktiv 2000/78 mot bakgrund av

24 — Avseende tysk rättspraxis i denna fråga och verkningarna av domen i målet Maruko (ovan fotnot 3), se Mahlmann, M., Report on measures to combat discrimination – Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC – Country report 2008 – Germany (särskilt fotnot nr 211). Rapporten finns tillgänglig på Internet på webbsidan för Europeiska nätverket för juridiska experter i fråga om icke-diskriminering: <http://www.non-discrimination.net>.

25 — Domen i målet Maruko (ovan fotnot 3), särskilt punkt 41 och följande punkter, som avser en liknande fråga men rör efterlevandepensioner som utbetalas enligt ett yrkesbaserat försäkringssystem.

26 — Detta begrepp har tolkats så, att det omfattar "samtliga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner, aktuella eller framtida, som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen, vare sig det sker enligt anställningsavtal, enligt lag eller frivilligt". Se bland annat dom av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889; svensk specialutgåva, volym 10, s. 407), punkt 12, och av den 19 november 1998 i mål C-66/96, Høj Pedersen m.fl., REG 1998, s. I-7327, punkt 32).

27 — I dom av den 17 april 1997 i mål C-147/95, Evrenopoulos (REG 1997, s. I-2057), slog domstolen fast att pensionsystem för offentliga organisationer omfattades av tillämpningsområdet för artikel 119 i EG-fördraget (nu artikel 141 EG) med motiveringen att det saknade betydelse att systemet hade inrättats genom lagstiftning, eftersom pensionen enligt de kriterier som angetts utbetalas på grund av anställningsförhållandet med organisationen i fråga.

rättspraxis²⁸ innebär den omständigheten att vissa förmåner, såsom ålderspensioner, utbetalas efter anställningsförhållandets upphörande inte att de inte kan betraktas som lön i den mening som avses i artikel 141 EG.²⁹

Det bör, å ena sidan, undersökas om pensionen endast är av intresse för en särskild kategori av arbetstagare och, å andra sidan, om den står i direkt relation till antalet tjänsteår och om beloppet beräknas på grundval av den senaste³² lönen.

55. För att bedöma huruvida en pension kan betraktas som lön fastställde domstolen att det enda avgörande kriteriet är anställningen, som återfinns i ordalydelsen i artikel 119 i fördraget (nu artikel 141 EG), vilket innebär att det kan konstateras att denna förmån beviljas arbetstagaren på grund av anställningsförhållandet mellan honom och hans tidigare arbetsgivare.³⁰

56. Det är emellertid utrett att detta kriterium inte kan vara ensamt avgörande, eftersom pensioner som utbetalas enligt ett lagstadgat system för social trygghet helt eller delvis kan vara knutna till erhållen lön.³¹ Domstolen angav således andra faktorer som ska beaktas vid kvalificeringen av en pension som föreskrivs i ett tjänstepensionssystem som lön.

57. I förevarande fall³³ framgår det av artikel 1 HmbZVG att de förmåner som är aktuella i målet vid den nationella domstolen uppfyller det första av de tre kriterierna, eftersom kompletterande pensioner som utbetalas av Freie und Hansestadt Hamburg enbart avser en särskild kategori av arbetstagare.

58. Ovannämnda pensioner kompletterar således förmåner som utbetalas enligt det allmänna lagstadgade systemet för social trygghet som den hänskjutande domstolen har betecknat som den första pelaren i pensions-systemet i Tyskland och de skiljer sig från förmåner som utbetalas till följd av privat försäkring, som utgör den tredje pelaren.

28 — Se bland annat domen i målet Maruko (ovan fotnot 3), punkt 44 och där angiven rättspraxis.

29 — Avseende till exempel ålderspension som utbetalats av den finska staten till tjänstemän som är anställda i försvarsmakten i detta land, se dom av den 12 september 2002 i mål C-351/00, Niemi (REG 2002, s. I-7007).

30 — Se bland annat dom av den 28 september 1994 i mål C-7/93, Beune (REG 1994, s. I-4471), punkt 43, samt domarna i målen Evrenopoulos (ovan fotnot 29), punkt 19, och Maruko (ovan fotnot 3), punkt 46.

31 — Domen i målet Maruko (ovan fotnot 3), punkt 47 och där angiven rättspraxis.

32 — Domen i målet Maruko (ovan fotnot 3), punkt 48 och där angiven rättspraxis. Enligt min mening skulle domstolen kunna slopa termen "senaste" i det tredje villkoret, eftersom detta skulle överensstämma bättre med de aktuella pensionssystemen, som enligt ovannämnda beräkning i allmänhet beaktar flera eller samtliga löner snarare än enbart den senaste. Med beaktande av domstolens rättspraxis ska detta kriterium som enligt min mening har förlorat sin relevans inte tolkas som ett absolut kriterium, eftersom begreppet "lön" omfattar de förmåner som beräknats på grundval av flera löner.

33 — Jämför med domstolens tillämpning av ovannämnda kriterier i punkterna 49–57 i domen i målet Maruko (ovan fotnot 3).

59. Enligt den hänskjutande domstolen består den andra pelaren av tjänstepension som utbetalas direkt eller indirekt av en tidigare privaträttslig eller offentligrättslig arbetsgivare. Det lagstadgade tjänstepensionssystemet för tidigare anställda vid Freie und Hansestadt Hamburg hör till denna kategori. Det omfattar enbart anställda som under sitt yrkesliv hört till den offentliga sektorn utan att emellertid haft tjänstemannastatus vid sin anställning hos Freie und Hansestadt Hamburg inom ramen för ett civilrättsligt anställningsavtal.

60. Enligt de uppgifter som kommissionen har lämnat finansieras nämnda system av arbetstagare och arbetsgivare som förvisso är ett offentligt organ men som i förevarande fall agerar som privaträttslig arbetsgivare.

61. Vad gäller det andra relevanta kriteriet enligt vilket pensionen ska stå i direkt relation till antalet tjänsteår föreskrivs i 6 § HmbZVG att beräkningsmetoden är beroende av anställningsperioden. De anställningsperioder som ger rätt till kompletterande pension ("Ruhegeldfähige Beschäftigungszeit") anges i artikel 8 i nämnda lag.

62. Vad gäller det tredje kriteriet, som består i att avgöra om pensionen ska beräknas på grundval av den senaste lön som utbetalats till den anställde, framgår det av 6 § HmbZVG att den månatliga pensionen inte

fastställs i lag men motsvarar för varje helt år av den pensionsgrundande anställningsperioden 0,5 procent av den lön som beaktas vid beräkningen av pensionsförmånen enligt artikel 7, i vilken den pensionsgrundande lönen ("Ruhegeldfähige Bezüge") fastställs i detalj.

63. Härav följer att de tre kriterier som utmärker det anställningsförhållande som enligt domstolen har en avgörande roll för klassificeringen som lön i den mening som avses i artikel 141 EG är uppfyllt med avseende på de förmåner som är aktuella i målet vid den nationella domstolen.

64. Den hänskjutande domstolen har ifrågasatt tolkningen av begreppet "offentliga system eller liknande" i artikel 3.3 i direktiv 2000/78. Den vill få klarhet i huruvida direktivet trots klassificeringen som lön i vid mening, som ska tillämpas på pensioner som utbetalats till klaganden i målet vid den nationella domstolen med stöd av första RGG, ändå inte är tillämpligt, eftersom dessa förmåner utgör utbetalningar från ett offentligt system eller liknande i den mening som avses i denna artikel. Den understryker att för det fall domstolen besvarar denna fråga jakande så är den första delen i skäl 13 i

direktiv 2000/78 uppenbarligen vilseledande och saknar betydelse.

den offentliga arbetsgivaren utbetalar inte från den pension som en privat arbetsgivare utbetalar till sina tidigare anställda.

65. Enligt min mening kan det vid "offentliga system eller liknande", förutom offentliga system för social trygghet eller socialt skydd som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktivet 2000/78, röra sig om särskilda offentliga system som inte har något samband med ett anställningsförhållande såsom till exempel de förmåner som utbetalas av staten till personer som har blivit funktionshindrade under militärtjänst eller vapenfri tjänst, före detta soldater eller krigsinvalider, offer för krig eller förföljelser, framstående konstnärer m.fl. Eftersom system av denna typ av offentlig eller liknande karaktär förekommer i medlemsstaterna är begreppet däribland som återfinns i artikel 3.3 i direktiv 2000/78 inte ändamålslost.

66. Av domstolens praxis kan slutsatsen dras att klassificeringen av detta tjänstepensions-system varken påverkas av att Freie und Hansestadt Hamburg utgör en offentligrättslig juridisk person eller av att anslutningen till det system som ger rätt till den aktuella ålderspensionen är obligatorisk.³⁴ Eftersom de tre kriterier som undersökts ovan är uppfyllda i förevarande fall skiljer sig den pension som

67. Domstolen slog fast att det inte räcker att konstatera att ett pensionssystem regleras i lag för att det ska omfattas av kategorierna "social trygghet eller socialt skydd" och således för att undanta ett sådant system från tillämpningsområdet för artikel 119 i fördraget (nu artikel 141 EG).³⁵ Dessutom anses inte pensionssystemets strukturella uppbyggnad vara av avgörande betydelse till skillnad från förekomsten av ett samband mellan anställningsförhållandet och den berörda pensionsförmånen.³⁶

68. Eftersom den kompletterande pension som det är fråga om i förevarande fall huvudsakligen står i relation till det anställningsförhållande som förelåg mellan Jürgen Römer och Freie und Hansestadt Hamburg, utgör den en lön i den mening som avses i

34 — Domen i målet Maruko (ovan fotnot 3), punkt 57 och där angiven rättspraxis. Se även domen i målet Niemi (ovan fotnot 29), punkt 42.

35 — Domarna i målen Evrenopoulos (ovan fotnot 27), punkt 16, och Niemi (ovan fotnot 29), punkt 41.

36 — Domen i målet Niemi (ovan fotnot 29), punkt 45. Domstolen slog fast att det förhållandet att tjänstepensionssystemet i Finland utgör en del av ett harmoniserat system på så sätt att den totala pensionen till en försäkrad avspeglar det arbete som utförts under hela dennes yrkesverksamma tid, oberoende av arbetet och verksamhetssektorn i fråga, och den omständigheten att detta system har anmälts som ett system som omfattas av tillämpningsområdet för rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen (EGT 149, s. 2; svensk specialutgåva) innebär inte i sig att artikel 119 i fördraget inte ska tillämpas, om det finns ett samband mellan pensionsförmånen och anställningsförhållandet och om den följaktligen utbetalas av staten i dess egenskap av arbetsgivare.

artikel 141 EG och omfattas inte av undantaget i artikel 3.3 i direktiv 2000/78.

2. Skäl 22 i direktiv 2000/78

69. I andra hand, för det fall den föregående frågan besvaras nekande, vilket bör ske enligt min mening, vill Arbeitsgericht Hamburg dels få klarhet i huruvida bestämmelserna i första RGG, vilka vid beräkningen av den pension som ska utbetalas gör åtskillnad mellan gifta mottagare av pensionsförmåner och andra pensionärer och därvid gynnar de förstnämnda, omfattas av undantaget i skäl 22 i direktiv 2000/78, och om detta i det fallet inte ska tillämpas trots att ingen bestämmelse i lagstiftningsavsnittet innehåller en begränsning av direktivets tillämpningsområde som exakt motsvarar nämnda skäl.

70. Det bör erinras om att det i skäl 22 i direktiv 2000/78 anges att direktivet "[inte] påverkar ... tillämpningen av nationell lagstiftning som gäller civilstånd och de förmåner som är avhängiga därav.

71. Kommissionen delar den hänskjutande domstolens uppfattning att 10 § punkt 6 moment 1 första RGG inte är en nationell lag om civilstånd. Såsom både kommissionen och den hänskjutande domstolen har anfört innehåller denna paragraf inte någon bestämmelse avseende äktenskap, men kräver att pensionären ska vara gift. Civilståndet utgör således ett villkor för att komma i åtnjutande av en förmånligare beräkning av den pension som föreskrivs. Denna paragraf kan på sin höjd utgöra en bestämmelse avseende en förmån som är avhängig av civilståndet i den mening som avses i skäl 22 i direktiv 2000/78.

72. Arbeitsgericht Hamburg har preciserat att denna fråga har ställts av det skälet att två högre instanser i Förbundsrepubliken Tyskland³⁷ har funnit att det är uppenbart att räckvidden av skäl 22 i direktiv 2000/78 ska ges en vid tolkning och att bestämmelser som lägger civilståndet till grund för beräkningen av lön i vid mening, såsom är fallet med 10 § punkt 6 moment 1 första RGG, ska undantas från tillämpningsområdet av nämnda direktiv.

³⁷ — Den nationella domstolen har (i punkt 55 i det första beslutet om hänskjutande) anfört att Bundesverwaltungsgericht har framfört detta resonemang som grundar sig på skäl 22 i direktiv 2000/78 med avseende på barnbidrag på högsta nivå som enbart utbetalas till makar och att Bundesgerichtshof intagit samma ståndpunkt i fråga om efterlevnadspensioner som utbetalats på grundval av samma särskiljande kriterium inom ramen för ett kompletterande tjänstepensionssystem (från förbundsstatens och delstaternas pensionskassor) och när det gäller den förmånligaste beräkningsmetoden för kompletterande pensioner som fullständigt motsvarar den som föreskrivs i 10 § punkt 6 första RGG.

73. Jag är av samma uppfattning som kommissionen, som anser att skäl 22 i direktiv 2000/78 enbart återger den begränsning av tillämpningsområdet som föreskrivs i artikel 3.1, enligt vilken detta direktiv enbart ska tillämpas "[i]nom ramen för gemenskapens befogenheter". Europeiska unionen har i själva verket ingen lagstiftningsbehörighet vad gäller "civilstånd och de förmåner som är avhängiga därav".

74. I domen i målet *Maruko*³⁸ bedömde domstolen en liknande fråga och slog fast att gemenskapsrätten visserligen inte inkräktar på medlemsstaternas behörighet att utforma sina system för social trygghet (vad gäller civilstånd och de förmåner som är avhängiga därav), i den mening som avses i skäl 22 i direktiv 2000/78, men erinrade om att medlemsstaterna vid utövandet av denna behörighet är skyldiga att iaktta gemenskapsrätten, bland annat de bestämmelser som rör icke-diskrimineringsprincipen.

75. Jag anser att det i detta avseende bör preciseras att medlemsstaternas behörighet vad gäller civilståndet innebär att enbart medlemsstaterna är behöriga att reglera äktenskap eller andra former av föreningar mellan

personer av samma kön och av motsatt kön som erkänts i rättsligt hänseende, såsom den rättsliga ställningen för barn och andra familjemedlemmar i vid mening.

76. Det ankommer enbart på de sistnämnda att besluta om en viss form av rättsligt förhållande som är tillgängligt för par av samma kön godtas eller inte i den nationella rättsordningen eller om institutionen äktenskap enbart är tillgängligt för par av motsatt kön. Jag anser att en situation i vilken en medlemsstat inte godkänner någon form av i lag erkänt förhållande som är tillgängligt för personer av samma kön kan anses utgöra en diskriminering på grund av sexuell läggning, eftersom det ur principen om likabehandling jämförd med skyldigheten att iaktta homosexuella personers mänskliga värdighet³⁹ är möjligt att härleda en skyldighet att ge dessa personer möjlighet att leva i en känslomässig, långvarig relation inom

38 — Domen i målet *Maruko* (ovan fotnot 3), punkterna 59 och 60 samt där angiven rättspraxis.

39 — Jag noterar att sedan Ungerns högsta domstol (Alkotmánybíróság), i beslut nr 154/2008 av den 17 december 2008, upphävt lag nr CLXXXIV från år 2007 om registrerat partnerskap på grund av att den stred mot artikel 15 i grundlagen om skydd för äktenskapet, sedan lagstiftaren försökte införa denna samlevnadsform inte enbart för homosexuella, utan även för heterosexuella, har den nyligen i sitt beslut nr 32/2010 av den 25 mars 2010 fastställt att lag nr XXXIX från år 2009 är förenlig med grundlagen då den förbehåller registrerat partnerskap för homosexuella par. I det sistnämnda beslutet betonade Alkotmánybíróság att erkännande av möjligheten för personer av samma kön att ingå registrerat partnerskap motiverades av respekten för personers mänskliga värdighet (Magyar Közlöny 2010/43).

ramen för ett i lag erkänt förhållande.⁴⁰ Enligt min mening ligger detta problem som avser regleringen av civilståndet emellertid utanför unionens behörighetsområde.

av de skäl som anges i svaret på den första tolkningsfrågan i förevarande fall, omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2000/78.

77. En medlemsstat kan tvärtom i frågor som omfattas av unionsrättens tillämpningsområde, såsom utövande av grundläggande rättigheter eller villkor för behandling av arbetstagare i deras yrkesliv, inte motivera ett ingripande i denna rättighet med hänvisning till innehållet i nationell lagstiftning om civilstånd.

78. Såsom domstolen redan fastslagit i målet Maruko kan skäl 22 i direktiv 2000/78 inte föranleda att detta direktiv inte anses tillämpligt på en förmån liknande den i målet aktuella, eftersom denna förmån ska betraktas som lön i den mening som avses i artikel 141 EG och,

79. Domstolens tolkning av skäl 22 i direktiv 2000/78 förefaller enligt min mening undvika de skillnader i nationell rättspraxis till vilka den hänskjutande domstolen hänvisat och garantera en enhetlig tillämpning av detta skäl. Ovannämnda skäl som inte har någon som helst självständig bindande verkan får av skäl som redan angetts av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer⁴¹ inte längre tillämpas på så sätt att en kontroll av huruvida bestämmelser i den nationella lagstiftningen enligt vilka makar som åtnjuter mycket större förmåner än personer i registrerat partnerskap är förenliga med direktiv 2000/78 inte är möjlig. I skäl 22 i direktiv 2000/78 erinras enbart om den begränsning som föreskrivs i artikel 13.1 EG av den i förevarande fall uppenbara tillämpningen av denna på ”gemenskapens befogenheter” i den mening som avses i artikel 3.1 i ovannämnda direktiv.

40 — Det ska i detta avseende hänvisas till Europeiska domstolens för de mänskliga rättigheterna dom av den 24 juni 2010 i målet Schalk och Kopf mot Österrike (ännu ej publicerad i Recueil des arrêts et décisions). I detta mål har österrikiska medborgare av samma kön som lever i ett officiellt samboförhållande åberopat artikel 12 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen) för att angripa ett beslut från myndigheterna att inte tillåta dem att gifta sig, en begäran som är den enda i sitt slag vid domstolen i Strasbourg och vilken avslogs. De invände mot en diskriminering på grund av deras sexuella läggning, eftersom de nekats rätten att gifta sig och de inte haft någon annan möjlighet att få sitt förhållande lagligen erkänt. Nämda domstol fann emellertid att det inte förelåg något åsidosättande av artikel 14 jämte artikel 8 i samma konvention. Slutligen åberopade klagandena artikel 1 i tilläggsprotokoll nr 1 till Europakonventionen till stöd för sitt påstående att de försatts i en mindre förmånlig ställning i ekonomiskt hänseende jämfört med äkta makar. Invändningen befinns uppenbarligen sakna grund. Jag tillägger att i österrikisk rätt erkänns officiella samboförhållanden som en samlevnadsform öppen för homosexuella personer, vilken i mångt och mycket liknar äktenskap.

80. Det bör under alla förhållanden erinras om att medlemsstaterna inte kan befrias

41 — Förslag till avgörande i målet Maruko (ovan fotnot 3), punkt 76. Ett skäl som det aktuella har enbart betydelse som ett hjälpmedel vid tolkningen i den mån som det innehåller motiveringen av direktivets viktigaste bestämmelser och inte som en norm som har tvingande verkan.

från den allmänna skyldigheten att iakttä unionsrätten, vilken omfattar iakttagande av bestämmelser avseende principen om icke-diskriminering när de agerar inom sitt behörighetsområde.

81. Tvärtom mot vad som har fastställts i nationell rättspraxis framgår härav att skäl 22 i direktiv 2000/78 inte kan föranleda att direktiv 2000/78 inte anses tillämpligt på sådana bestämmelser som de i första RGG, som avser beräkningen av en lön i vid mening och enligt vilka den avgörande faktorn är ett visst civilstånd, nämligen gift.

82. Jag anser slutligen att den första och den andra tolkningsfrågan bör besvaras så, att kompletterande pensioner som utbetalas till tidigare anställda vid Freie und Hansestadt Hamburg och deras efterlevande som regleras av första RGG jämförd med HmbZVG omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 2000/78 och att dessa nationella bestämmelser ska undersökas mot bakgrund av de krav som ställs där.

C – Huruvida det föreligger en diskriminering på grund av sexuell läggning i den mening som avses i direktiv 2000/78

83. Den tredje frågan har ställts för det fall det av svaren på de föregående frågorna

framgår att direktiv 2000/78 är tillämpligt på 10 § punkt 6 första RGG, såsom jag anser vara fallet, enligt vilken pensioner som utbetalas till gifta mottagare av pensionsförmåner är förmånligare än dem som utbetalas till en pensionär som ingått registrerat partnerskap med en person av samma kön. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida denna bestämmelse är förenlig med artiklarna 1, 2 och 3.1 c i direktiv 2000/78, eftersom den innebär att klaganden i målet vid den nationella domstolen direkt eller indirekt diskrimineras på grund av sin sexuella läggning.⁴²

1. Direkt diskriminering

84. Den nationella domstolen har påpekat att den lutar åt uppfattningen att 10 § punkt 6 moment 1 första RGG innebär en direkt diskriminering. Den har framhållit att äktenskap för personer av samma kön och registrerat partnerskap för personer av motsatt kön är

42 — I artikel 2.2 a i direktiv 2000/78 föreskrivs att direkt diskriminering på grund av sexuell läggning anses förekomma "när en person ... [på grund av sin sexuella läggning] behandlas mindre förmånligt än en annan person ... [som befinner sig] i en jämförbar situation. I artikel 2.2 b i ovan nämnda direktiv föreskrivs däremot att indirekt diskriminering på grund av sexuell läggning anses förekomma "när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringsätt särskilt missgynnar personer med ... en viss sexuell läggning jämfört med andra personer, om inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet objektivt motiveras av ett berättigat mål och om medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga."

den vanligaste formen av livsgemenskap som föreskrivs i lag eller det vanligaste civilståndet även om det inte kan uteslutas att en person trots sin homosexuella läggning beslutar sig för att gifta sig med en person av motsatt kön. Det bör betonas att den omständigheten att enbart två personer av motsatt kön kan gifta sig enligt de uppgifter som lämnats i beslutet om hänskjutande inte anges uttryckligen i den tyska civillagen (Bürgerliches Gesetzbuch) (nedan kallad BGB) men betraktas i praktiken som ett nödvändigt villkor. Av 1 § första stycket LPartG framgår det däremot att enbart två personer av samma kön kan ingå registrerat partnerskap i den mening som avses i nämnda lag.

det vill säga maximal likhet, utan enbart en jämförbar situation. Han har vidare anfört att detta ska kontrolleras genom en konkret jämförelse mellan de två kategorier av personer som berörs med avseende på den aktuella sociala förmånen och inte genom en abstrakt jämförelse mellan de rättsliga institutionerna. I strid med praxis från de högre instanserna i Tyskland, som enligt klaganden har missuppfattat direktivet samt de tolkningsdata som domstolen tillhandahåller i domen i målet Maruko, bör i förevarande fall, å ena sidan, en tidigare anställd vid Freie und Hansestadt Hamburg som lever i registrerat partnerskap med sin partner och, å andra sidan, en tidigare anställd vid Freie und Hansestadt Hamburg som lever i ett äktenskap med sin make eller maka jämföras med varandra. Jürgen Römer har huvudsakligen anfört att domstolen mer uttryckligen bör ange de kriterier som de nationella domstolarna ska tillämpa vid deras jämförelse för att säkerställa att det finns ett effektivt rättsmedel mot diskriminering som direktivet avser att garantera.

85. Freie und Hansestadt Hamburg har bekräftat att den omtvistade lagstiftning som föreskriver en rätt till kompletterande pension för alla partners med tillämpning av skattekolumn I och inte III/0 inte medför en skillnad i behandling på grund av sexuell läggning.

86. Jürgen Römer har framhållit att domstolen i domen i målet Maruko visserligen överlät åt den nationella domstolen att kontrollera om en "jämförbar situation" förelåg, men att den fastställde klara kriterier i detta syfte. Han har först och främst påpekat att domstolen i enlighet med direktiv 2000/78 inte kräver att det föreligger en identisk situation,

87. Kommissionen anser, i likhet med Arbeitsgericht Hamburg, att partners i förevarande fall behandlas sämre än makar vad gäller deras pension utan att det finns något giltigt skäl för att förklara denna skillnad i behandling i förevarande fall. Den har framför allt gjort gällande att den omständigheten att makar eventuellt har ansvar för barn som ska uppfostras inte rättfärdigar en sådan skillnad, eftersom 10 § punkt 6 moment 1 första RGG gynnar samtliga gifta mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskilda oberoende av om avkomma finns. Kommissionen delar även den hänskjutande domstolens uppfattning att det inte finns någon empirisk bevisning för att gifta mottagare

av pensionsförmåner har ett större behov av stöd än mottagare av pensionsförmåner som ingått registrerat partnerskap mot bakgrund av pensionssituationen för deras respektive partner. Den har vidare anfört att det mål som eftersträvas inte kan uppnås genom den ifrågavarande bestämmelsen, eftersom den inte tar hänsyn till om pensionären och hans/hennes maka/make har ett barn och denna faktor inte heller har uppställts som villkor. Kommissionen anser, i strid med den hållning som domstolen intog i domen i målet Maruko, att det skulle vara överflödigt att här överlåta åt den nationella domstolen att besluta huruvida en make eller en livspartner befinner sig i jämförbara situationer vad gäller den berörda förmånen, eftersom domstolen i sitt beslut om hänskjutande redan har utfört de undersökningar som krävs vad gäller den sistnämndas rättsliga ställning och dragit de slutsatser som är väsentliga i detta avseende. Den föreslår att domstolen ska fastställa att en sådan lagstiftning som den i målet vid den nationella domstolen utgör en direkt diskriminering på grund av sexuell läggning.

88. Av ordalydelsen i artikel 2.2 a i direktiv 2000/78 framgår att förekomsten av direkt diskriminering i den mening som avses i denna artikel är avhängig av om de situationer som ska vägas mot varandra är jämförbara. De kriterier på grundval av vilka undersökningen av om situationerna är jämförbara ska ske är följaktligen avgörande. Domstolen ska ge ett svar som förenar flera intressen. Den ska inte enbart ge den hänskjutande domstolen alla uppgifter som gör det möjligt för denna att avgöra det mål som är anhängigt

vid den och samtidigt se till att den inte gör intrång i de nationella domstolarnas behörighet, utan även säkerställa att unionsrätten får full verkan och härvid iakta den exklusiva behörighet som medlemsstaterna har bland annat på området för civilstånd.

89. Det ska till att börja med påpekas att äktenskap i majoriteten av medlemsstaterna är en förening mellan en man och en kvinna. Den rättsliga möjligheten att ingå registrerat partnerskap eller en liknande form av rättslig förening kan vara begränsad till par av samma kön eller även vara tillgänglig för par av motsatt kön såsom är fallet med lagen om ingående av partnerskap i Frankrike. Det råder inte något automatiskt samband mellan homosexualitet och formen för förening mellan två personer. Eftersom det inte kan uteslutas att en homosexuell person beslutar sig för att gifta sig med en person av motsatt kön, och vice versa, finns det inte något som hindrar en heterosexuell person från att leva i ett registrerat partnerskap med en person av samma kön. Jag anser emellertid att denna spetsfundighet inte bör beaktas vid den rättsliga bedömningen. Det skulle inte stämma överens med den dominerande verkligheten att inte medge att en skillnad i behandling till nackdel för personer som ingått registrerat partnerskap i ett land som Tyskland, där personer av samma kön inte kan ingå äktenskap och där registrerat partnerskap är den form

av rättslig förening som är förbehållen dem, utgör en diskriminering på grund av sexuell läggning.⁴³

90. Även om domstolen i domen i målet Maruko⁴⁴ antytt att det ankommer på den nationella domstolen att pröva den aktuella frågan förefaller det som om den underförstått uttalat sig för att situationerna ska jämföras genom att fastställa klara kriterier. I enlighet med artikel 2.2 a i direktiv 2000/78 har domstolen inte slagit fast att det rör sig om identiska situationer, utan angett att situationerna ska vara tillräckligt jämförbara på grundval av den hänskjutande domstolens bedömning av den tyska lagstiftningen. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har intagit samma synsätt.⁴⁵

91. Det bör erinras om att äktenskapet i rättsligt hänseende, oberoende av dess moraliska, religiösa eller sociologiska betydelse, är en komplex institution vars innehåll definieras av de rättigheter och skyldigheter som

makar har gentemot varandra samt gentemot tredje man och gentemot samhället i dess helhet. Kravet på äktenskap kan dessutom vara en omständighet som utgör en förutsättning för olika rättsverkningar i den socialrättsliga, skatterättsliga eller förvaltningsrättsliga lagstiftningen. Ett registrerat partnerskap eller andra former av lagligen erkända föreningar utmärker sig antingen genom parternas rättigheter och skyldigheter eller genom de rättsföljder som den berörda rättsordningen anknyter till förekomsten av ett sådant partnerskap.

92. Domstolen har varit noga med att klargöra att frågan huruvida situationer är jämförbara ska prövas mot bakgrund av den aktuella förmånen, det vill säga fokus ska läggas på den relevanta rättsliga omständigheten och det ska inte enbart göras en helhetsbedömning av den rättsliga situationen. Domstolen erinrade om att tolkningsfrågan i målet Maruko avsåg utbetalning av efterlevnadspension till en partner till en avliden mottagare av pensionsförmånen och påpekade efter att ha slagit fast att "[en successiv] tillnärmning ... skett mellan de bestämmelser om registrerat partnerskap som införts och dem som gäller för äktenskap" i tysk lagstiftning att "registrerat partnerskap ska likställas med äktenskap i fråga om ... änkepensioner".⁴⁶

43 — Jag delar således den uppfattning som första avdelningen vid tyska Bundesverfassungsgericht (författningsdomstolen) (första avdelningen) framförde i beslutet av den 7 juli 2009 (BVerfG, 1 BvR 1164/07). Vid fastställandet av en sådan diskriminering framhöll författningsdomstolen att det finns ett nära samband mellan sexuell läggning och valet mellan äktenskap eller registrerat partnerskap (punkt 89) och att den tyska lagstiftaren föreskrev den sistnämnda formen av rättsligt förhållande för att möjliggöra för personer av samma kön att förena sig (punkt 90).

44 — Domen i målet Maruko (ovan fotnot 3), punkt 69.

45 — I domen av den 29 april 2008 i målet Burden mot Förenade kungariket (ännu inte publicerad i Recueil des arrêts et décisions) slog stora avdelningen vid nämnda domstol fast att två systrar som sedan mer än 30 år bodde tillsammans i ett oskiftat hus inte kunde väcka talan mot att de behandlats annorlunda i skatterättsligt hänseende med stöd av artikel 14 i Europakonventionen, eftersom deras situation inte var jämförbar med den situation som makar eller partners befinner sig i.

93. Jämförelsen av situationer ska grunda sig på en koncentrerad bedömning som särskilt syftar till att fastställa de rättigheter och

46 — Domen i målet Maruko (fotnot 3), punkterna 67–69.

skyldigheter som fastställs för makar i civilrättsliga bestämmelser och de som fastställs för personer som ingått registrerat partnerskap som är tillämpliga på den berörda förmånen. Enligt min mening skulle den ändamålsenliga verkan av förbudet mot diskriminering på grund av sexuell läggning inte säkerställas om det krävdes att de rättsliga institutionerna skulle vara fullständigt identiska eller om verkningsslösa rättigheter och skyldigheter skulle beaktas med avseende på situationen i det aktuella fallet.

94. De bestämmelser som är tillämpliga för det fall partnerskapet upplöses genom dödsfall eller annan orsak ska inte påverka jämförelsen av de situationer som förelåg under äktenskapet eller under partnerskapet med avseende på utbetalningar som är beroende av att en gift mottagare av pensionsförmåner inte varaktigt lever åtskild. Tvärtom kan sådana bestämmelser påverka bedömningen av huruvida den situation som makar och partners som lever åtskilda befinner sig i är jämförbara.

95. De konsekvenser som följer av äktenskap enligt skattebestämmelser, socialrättsliga bestämmelser och förvaltningsrättsliga bestämmelser, vilket utgör ett villkor för att beviljas en förmån eller en rättighet, kan inte heller påverka jämförelsen av situationer i vilka personer som ingått äktenskap eller registrerat partnerskap befinner sig, eftersom en skillnad i behandling som föreskrivs i ovan nämnda bestämmelser snarare utgör ett stöd

för förekomsten av en diskriminering än ett kriterium för att fastställa huruvida situationer är jämförbara.

96. Eftersom domstolen i domen i målet Maruko⁴⁷ redan har beskrivit etapperna av utvecklingen av den tyska civilrättsliga lagstiftningen som en anpassning av det system som är tillämpligt på registrerat partnerskap till det system som är tillämpligt på äktenskap, är det enligt min mening onödigt att redogöra för detta här.

97. Den förmån som är aktuell i målet vid den nationella domstolen, nämligen den kompletterande pension som Freie und Hansestadt Hamburg utbetalar till en av dess tidigare anställda, ingår bland makars förmögensrättsliga skyldigheter. Enligt de uppgifter som lämnats i beslutet om hänskjutande har personer som ingått registrerat partnerskap ömsesidiga skyldigheter, å ena sidan, att bistå och hjälpa varandra och, å andra sidan, genom arbete och förmögenhet ömsesidigt bidra till det underhåll som behövs för att deras gemensamma och personliga behov ska tillgodoses,⁴⁸ vilket även är fallet för makar under deras samlevnad.⁴⁹ Även om rättigheterna för makar och par som lever i registrerat partnerskap inte har blivit fullständigt enhetliga genom LPartG så har nämnda lagstiftning bidragit till att skapa skyldigheter

47 — Domen i målet Maruko (ovan fotnot 3), punkt 67 och följande punkter.

48 — 2 och 5 §§ LPartG, i dess lydelse enligt lag av den 15 december 2004 om ändring av bestämmelserna rörande registrerat partnerskap av den 15 december 2004, vilken trädde i kraft den 1 januari 2005.

49 — 15 § LPartG hänvisas det uttryckligen till parallella bestämmelser i BGB. Det föreskrivs nämligen att "[s]åväl 1360 § andra meningen, 1360a § och 1360b § civilagen som 16 § 2 är analogt tillämpliga".

för dessa två föreningar som i stor utsträckning liknar varandra, särskilt i ekonomiskt hänseende.

utgifter för pensioner genom att betala en avgift som motsvarande den som hans gifta kollegor betalade. Den skillnad i behandling som fastställts grundar sig följaktligen enbart på en faktor som är förbjuden enligt direktiv 2000/78, nämligen sexuell läggning.

98. Den nationella domstolen har anfört att det efter ett antal successiva reformer av LPartG⁵⁰ inte längre finns några väsentliga rättsliga skillnader mellan de två former av civilstånd som föreslås i den tyska rättsordningen, nämligen äktenskap och registrerat partnerskap. Skillnaden ligger huvudsakligen i de faktiska omständigheterna. I ett äktenskap krävs att makarna är av motsatt kön, medan det i ett registrerat partnerskap krävs att parterna är av samma kön. Situationerna skiljer sig följaktligen inte tillräckligt för att rättfärdiga en skillnad i behandling såsom den som det rör sig om i målet vid den nationella domstolen.

100. Mot bakgrund av de uppgifter som den hänskjutande domstolen lämnat förefaller det som att den situation som personer som har ingått äktenskap befinner sig i och den situation som personer som ingått registrerat partnerskap enligt den tillämpliga nationella lagstiftningen befinner sig i är jämförbar med avseende på den förmån som det rör sig om i målet vid den nationella domstolen i den mening som avses i artikel 2.2 a i direktiv 2000/78. Under dessa omständigheter utgör en höjning av en ålderspension som enbart grundar sig på kriteriet äktenskap, såsom föreskrivs i 10 § punkt 6 första RGG, direkt diskriminering på grund av sexuell läggning.

99. Av handlingarna i målet framgår att Jürgen Römers pension skulle ha höjts med tillämpning av 8 § punkt 10 sista meningen första RGG om han i oktober 2001 hade ingått äktenskap med en kvinna och inte registrerat partnerskap med en man. Denna mer förmånliga behandling hade varken något samband med den lön som de parter som ingick i föreningen hade eller förekomsten av barn eller andra faktorer såsom sådana avseende makens eller makans ekonomiska behov. Dessutom påverkades inte de avgifter som den berörda parten inbetalat under sitt yrkesliv av hans civilstånd, han var nämligen skyldig att lämna bidrag för att täcka

2. Indirekt diskriminering

101. Frågan avseende tolkningen av artikel 2.2 b i direktiv 2000/78 beträffande begreppet indirekt diskriminering uppkommer enbart för det fall att direkt diskriminering inte har fastställts föreligga, antingen vid domstolens prövning av huruvida situationerna är jämförbara, om den anser sig kunna företa denna prövning, såsom kommissionen har föreslagit, eller vid en bedömning av detta

50 — Arbeitsgericht Hamburg har framför allt klargjort att det genom lagen av den 15 december 2004, genom vilken lagen om partnerskap, ändrades, har skett en ytterligare tillnärmning av institutionen registrerat partnerskap till institutionen äktenskap.

slag som överläts till den nationella domstolen. Följande synpunkter lämnas därmed bara för fullständighetens skull.

för att uppnå målen för sin socialpolitik men att detta inte får leda till en urholkning av principen om förbud mot diskriminering.

102. Klaganden i målet vid den nationella domstolen har begärt att domstolen ska utvidga den rättspraxis som utvecklats i domen i målet Maruko genom att även besvara frågan om indirekt diskriminering. Jürgen Römer har till stöd för sin argumentation att han utsatts för indirekt diskriminering på grund av sexuell läggning gjort gällande att den omständigheten att förmånerna kopplas till ett äktenskap som enbart är giltigt mellan personer av motsatt kön medför ett sådant resultat utan att detta objektivt motiveras enligt unionsrätten. Han har gjort gällande att Freie und Hansestadt Hamburg inte har förklarat på vilket sätt skyddet av makar kräver att han får lägre pension än hans heterosexuella kolleger trots att han under 45 år betalat samma avgifter som dem till yrkesförsäkringskassan.

104. För det fall det inte godtas att partners och makar befinner sig i en jämförbar situation när det gäller den berörda förmånen, vilket innebär att det inte föreligger någon direkt diskriminering i förevarande fall, ska bestämmelserna i artikel 2.2 b i i direktiv 2000/78 tolkas på så sätt att de kan hjälpa den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida en sådan lagstiftning som den i målet vid den nationella domstolen kan medföra indirekt diskriminering på grund av sexuell läggning.

105. Såvitt jag vet innehåller inte rättspraxis några uppgifter om tolkningen av begreppet indirekt diskriminering, framför allt inte när det gäller sexuell läggning i den mening som avses i direktiv 2000/78.

103. Kommissionen har med stöd av domstolens rättspraxis avseende principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder⁵¹ gjort gällande att medlemsstaterna har ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning när de väljer vilka medel de vill använda

106. Enlig ordalydelsen i ovannämnda direktiv ska det i förevarande fall först och främst undersökas om det finns "en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium [som] särskilt missgynnar personer med ... en viss sexuell läggning jämfört med andra personer". Kravet på äktenskap som uppställs i 10 § punkt 6 första RGG kan vid första anblicken anses som ett neutralt särskiljande

51 — Se bland annat dom av den 5 mars 2009 i mål C-388/07, *Age Concern England* (REG 2009, s. I-1569), punkt 47 och följande punkter. Det ska påpekas att direktiv 2000/78 innehåller särskilda bestämmelser avseende de grunder som kan rättfärdiga skillnader i behandling som antingen direkt eller indirekt grundar sig på ålder (se punkt 32 i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande av den 6 maj 2010 i mål C-499/08, *Andersen*, målet är ännu inte avgjort av domstolen).

kriterium. Eftersom äktenskapet och de förmåner som följer därav enbart är tillgängliga för personer av motsatt kön, vilket bland annat är fallet i Tyskland, är den särskiljande verkan av ett sådant kriterium inte obetydlig. Detta missgynnar särskilt homosexuella personer, eftersom andra rättsliga former än det registrerade partnerskapet inte står dem till buds för att formalisera sin förening och de således inte kan ansluta sig till den gynnade gruppen om de inte förnekar sin sexuella läggning.

107. Ett objektivt synsätt ska användas här och inte ett subjektivt. Det saknar betydelse huruvida kravet på äktenskap kan eller inte kan utesluta framför allt par av samma kön om detta krav i sig missgynnar dessa par i förhållande till par av motsatt kön. Bestämmelsen i målet vid den nationella domstolen utesluter förvisso samtliga mottagare av pensionsförmåner som inte är gifta,⁵² men personer av samma kön missgynnas allvarligare än till exempel heterosexuella sambor, eftersom de sistnämnda inte definitivt har uteslutits från möjligheten att erhålla en sådan förmån då de har möjlighet att ingå äktenskap om de så önskar.

52 — Det bör emellertid erinras om att det i 10 § punkt 6 första RGG föreskrivs att den förmånligare beräkningsmetod som följer av en tillämpning av skattekolumn III/0 inte enbart säkerställs för pensionerade makar, utan även för pensionärer som inte är gifta som kan göra gällande barnbidrag eller motsvarande förmåner.

108. Konstaterandet att 10 § punkt 6 första RGG kan vara särskilt missgynnande räcker inte för att indirekt diskriminering ska anses föreligga, eftersom denna "objektivt" kan motiveras av ett "berättigat mål" i den mening som avses i artikel 2.2 b i i direktiv 2000/78. Freie und Hansestadt Hamburg har anfört skattemässiga överväganden vars förekomst eller berättigande emellertid inte stöds av bevisning som det ankommer på motparten i målet vid den nationella domstolen att framlägga. Den hänskjutande domstolen har i sin tur anfört att lagstiftaren möjligen avsett att skydda äktenskapet och familjen.⁵³

109. Det ska inledningsvis påpekas att orsakssambandet mellan den aktuella skillnaden i behandling och skydd av äktenskapet och familjen, som i sig kan utgöra ett "berättigat mål", kan ifrågasättas enligt min mening.

110. Även om ett sådant mål kan anses vara berättigat står sig bestämmelserna i 10 § punkt 6 moment 1 första RGG enligt min mening inte vid en prövning av huruvida de

53 — Jag kommer att återkomma till denna fråga inom ramen för svaren på de sista frågorna som avser inverkan av ovan nämnda artikel 6 punkt 1 i Tysklands grundlag i vilken en sådan målsättning föreskrivs.

är välgrundade och proportionerliga, vilket föreskrivs i direktiv 2000/78 genom att ange att "sätten för att genomföra detta syfte [ska vara] lämpliga och nödvändiga". För att främja institutionen äktenskap finns enligt min mening andra medel än att skada, även indirekt, ekonomiska intressen hos par av samma kön som inte har rättslig möjlighet att ingå äktenskap i Tyskland och som följaktligen inte väljer bort äktenskapet för att ingå ett registrerat partnerskap. Under alla omständigheter kan institutionen äktenskap skyddas utan att det varken är lämpligt eller nödvändigt att gynna en viss typ av lagligen erkänd samlevnadsform i förhållande till en annan.⁵⁴

motiveras objektivt av ett berättigat mål och huruvida kravet på äktenskap för att kunna komma i åtnjutande av denna förmån är proportionerligt för att uppnå ett sådant mål.

3. Slutsats i denna del

111. Mot bakgrund av vad som anförts ovan ankommer det på den nationella domstolen, som ensam är behörig att bedöma de faktiska omständigheterna i det anhängiggjorda målet och att tolka den tillämpliga nationella lagstiftningen, att i det konkreta fallet fastställa huruvida det föreligger en indirekt diskriminering. Den ska bedöma i vilken mån den omständigheten att Jürgen Römer erhåller en pension som är lägre än den som en gift person erhåller enligt 10 § punkt 6 första RGG

112. Sammanfattningsvis föreslår jag att domstolen besvarar den tredje tolkningsfrågan på så sätt att bestämmelserna i artiklarna 1, 2 och 3.1 c i direktiv 2000/78 utgör hinder för en lagstiftning liknande den i målet vid den nationella domstolen, enligt vilken en mottagare av pensionsförmåner som ingått registrerat partnerskap inte erhåller en kompletterande ålderspension motsvarande den som beviljas gifta mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskilda medan personer av samma kön som ingått ett registrerat partnerskap enligt den nationella lagstiftningen befinner sig i en situation som är jämförbar med den som makar befinner sig i vad gäller ovannämnda pension. Vid bedömningen av huruvida situationerna är jämförbara ska fokus läggas på makars och partners rättigheter och skyldigheter som följer av de bestämmelser som är tillämpliga på äktenskap och de bestämmelser som är tillämpliga på registrerat partnerskap som är relevanta med beaktande av villkoren för beviljande av förmånen i fråga. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att undersöka om en

54 — Jämför Bundesverfassungsgerichts beslut i det ovannämnda målet av den 7 juli 2009. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har även framhållit följande: När staterna har ett begränsat utrymme för skönsmässig bedömning, såsom är fallet med avseende på en skillnad i behandling på grund av sexuell läggning, krävs det enligt proportionalitetsprincipen att den beslutade rättsakten gör det möjligt att uppnå det mål som eftersträvas, men det krävs även att det visas att det för att uppnå detta mål var nödvändigt att utesluta vissa personer, i förevarande fall personer som lever i ett homosexuellt förhållande, från tillämpningsområdet för den berörda rättsakten (Europadomstolens dom av den 24 juli 2003 i målet Karner mot Österrike, Recueil des arrêts et décisions, 2003-IX, punkt 41).

partner befinner sig i en situation som i rättsligt och faktiskt hänseende är jämförbar med den i vilken makar som kommer i åtnjutande av kompletterande ålderspension befinner sig, vilken pension föreskrivs i ett yrkesbaserat försäkringssystem som administreras av Freie und Hansestadt Hamburg.

113. I andra hand, om man vid bedömningen av huruvida situationerna är jämförbara kan dra slutsatsen att det inte förekommer någon indirekt diskriminering på grund av sexuell läggning, föreligger i vart fall en indirekt diskriminering i den mening som avses i artikel 2.2 b i i direktiv 2000/78, eftersom bestämmelserna i 10 § punkt 6 första RGG, som föreskriver en beräkningsmetod för en kompletterande ålderspension som är förmånligare för gifta mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskilda, å ena sidan, särskilt missgynnar en mottagare av pensionsförmåner som har ingått ett registrerat partnerskap och, å andra sidan, inte objektivt motiveras av ett berättigat mål eller inte utgör ett lämpligt eller nödvändigt medel för att uppnå ett sådant mål, vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma.

D – Huruvida det föreligger ett åsidosättande av artikel 141 EG eller av en allmän unionsrättslig princip

114. Den hänskjutande domstolen vill genom sin fjärde fråga huvudsakligen få klarhet i huruvida 10 § punkt 6 första RGG, för det

fall den inte anses åsidosätta direktiv 2000/78, emellertid åsidosätter artikel 141 EG eller en allmän unionsrättslig princip.

115. Denna fråga kan närmare bestämt delas upp i tre delar. Arbeitsgericht Hamburg har redan klargjort denna fråga i sin kompletterande begäran om förhandsavgörande.

116. Det ska påpekas att den första och den andra situationen, som den fjärde frågan avser, är situationer i vilka frågan huruvida direktiv 2000/78 inte ska tillämpas ska besvaras jakande. Den fjärde frågans tredje del har ställts för det fall det fastställs att 10 § punkt 6 första RGG inte strider mot principen om förbud mot diskriminering, vare sig direkt eller indirekt, som fastställs i direktiv 2000/78. Av ovan anförda skäl saknar de tre delarna av denna tolkningsfråga föremål enligt min mening. För fullständighetens skull, för det fall domstolen inte följer mitt förslag till avgörande, ges följande svar.

117. Vad gäller ett eventuellt åsidosättande av artikel 141 EG kan ett sådant inte anses föreligga i tvisten i målet vid den nationella domstolen. Det ska erinras om att ”principen om lika lön för kvinnor och män för lika

arbete eller likvärdigt arbete” fastställs i ovan nämnda artikel.

118. Det rättsliga innehållet i 10 § punkt 6 första RGG kan inte åsidosätta ovan nämnda princip, eftersom den skillnad i behandling med avseende på beräkningen av pensioner som görs till nackdel för klaganden i målet vid den nationella domstolen inte grundar sig på en skillnad mellan kvinnor och män utan mellan gifta anställda och övriga anställda. Den hänskjutande domstolen har själv konstaterat detta men anför att ovan nämnda paragraf kan utgöra en diskriminerande bestämmelse, med utgångspunkt i den omständigheten att klaganden i målet vid den nationella domstolen är en man, i den mån som Jürgen Römer för att skapa en rättslig förening med en annan man enbart kunnat ingå ett registrerat partnerskap och inte ett äktenskap

119. Jag vill dock, i likhet med kommissionen, påpeka att den aktuella nationella bestämmelsen missgynnar mottagare av pensionsförmåner av samma kön oberoende av om partnerskapet har ingåtts mellan två män eller två kvinnor. Den nackdel som drabbar Jürgen Römer är varken kopplad till hans kön eller till partnerns kön men till att det inte föreligger något äktenskap. Det är enligt min mening uppenbart att en sådan bestämmelse inte kan strida mot artikel 141 EG som avser skillnad i behandling på grund av kön och inte på grund av sexuell läggning.

120. Den hänskjutande domstolens argumentation liknar förvisso domstolens argumentation i domen i målet K.B.,⁵⁵ enligt vilken artikel 141 EG i princip utgör hinder för en lagstiftning som i strid med Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen) innebär att det är omöjligt för ett par där en av parterna är transsexuell som har genomgått en könsbytesoperation men som i folkbokföringen fortfarande registrerats som varande av samma kön som den andra partnern att uppfylla det krav på äktenskap som uppställs för att en av parterna ska kunna komma i åtnjutande av en förmån som utgör en del av den andra partens lön i den mening som avses i artikel 141 EG, nämligen änkepension.

121. Även om Jürgen Römer och hans partner befinner sig i en liknande situation som de berörda parterna i målet K.B., eftersom äktenskap enbart kan ingås mellan personer av motsatt kön, anser jag emellertid inte att detta hinder i förevarande fall kan anses som en diskriminering på grund av kön. I ovan nämnda mål ifrågasatte domstolen inte huruvida lagstiftningen i Förenade kungariket var förenlig med gemenskapslagstiftningen på grund av att den inte ger par av samma kön möjlighet att ingå äktenskap, utan enbart på grund av att den innebär en skillnad i behandling vad gäller beviljandet av änkepensionen, som hänför sig till ett villkor som dessförinnan måste vara uppfyllt, nämligen behörigheten att ingå äktenskap.⁵⁶ Denna rättsliga omöjlighet som innebär att Jürgen Römer missgynnas är en följd av det val

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

56 — Punkterna 28, 30 och 33 i denna dom.

som Förbundsrepubliken Tyskland gjorde när det utövade sin behörighet på det civilrättsliga området att enbart ge par av motsatt kön möjlighet att ingå äktenskap. Detta krav kan i sig inte anses utgöra en diskriminering på grund av kön, eftersom lagstiftarens val har liknande konsekvenser för personer av samma kön, oberoende av om det rör sig om kvinnor eller män.

ska det erinras om att det i domarna i målen Mangold och Küçükdeveci⁵⁸ bekräftas att principen om likabehandling i arbetslivet inte behandlas i direktiv 2000/78. Denna princip härleds ur olika internationella instrument och medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, vilket framgår av artikel 1 samt skälen 1 och 4 i ovan nämnda direktiv.

122. Den nationella domstolen har med avseende på ett eventuellt åsidosättande av en allmän gemenskapsrättslig princip genom 10 § punkt 6 första RGG i den mån som den missgynnar klaganden i målet vid den nationella domstolen på grund av hans sexuella läggning, till stöd för sin begäran, åberopat domen i målet Mangold.⁵⁷ Den har erinrat om att principen om likabehandling i arbetslivet enligt ovan nämnda dom inte behandlas i direktiv 2000/78. Denna ska således anses vara en allmän rättsprincip i gemenskapsrätten. Domstolen har i sin kompletterande begäran hänvisat till att en annan allmän rättsprincip i gemenskapsrätten eventuellt har åsidosatts, till skillnad från principen om lika lön för män och kvinnor, vilken föreskrivs i artikel 141 EG, men anger inte vilken princip det rör sig om i förevarande fall.

123. För det fall domstolen kommer fram till att denna fråga inte saknar föremål med avseende på de situationer som angetts tidigare,

124. Domstolen har härvid slagit fast att en princip om förbud mot diskriminering på grund av ålder föreligger och ska anses vara en allmän rättsprincip i unionsrätten. Denna princip kommer enbart till uttryck i ovan nämnda direktiv genom att det inrättas en allmän ram för det område som den omfattar.⁵⁹ Den påpekade dessutom att "[a]ll diskriminering på grund av bland annat ... ålder ska vara förbjuden" enligt artikel 21.1 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, som ska ha samma rättsliga värde som fördragen enligt artikel 6.1 FEU.⁶⁰

125. Det återstår att fastställa huruvida ovan nämnda rättspraxis kan överföras på så sätt att förbudet mot diskriminering på grund av sexuell läggning ska anses ha samma ställning som en allmän unionsrättslig princip

57 — Domen i målet Mangold (ovan fotnot 4), punkterna 74 och 75.

58 — Domarna i målen Mangold (ovan fotnot 4), punkt 74, och Küçükdeveci (ovan fotnot 5), punkt 20.

59 — Domarna i målen Mangold (ovan fotnot 4), punkt 75, och Küçükdeveci (ovan fotnot 5), punkt 21.

60 — Domen i målet Küçükdeveci (ovan fotnot 5), punkt 22.

som förbudet mot diskriminering på grund av ålder.

126. Såsom nämnts ovan ändrades artikel 13.1 EG genom Amsterdamfördraget, som undertecknades den 2 oktober 1997 och som trädde i kraft den 1 maj 1999, i syfte att ge gemenskapen, inom ramen för dess materiella behörighet, särskilda befogenheter att förebygga all slags diskriminering på grund av en av de sex grunder som anges där, i vilka sexuell läggning ingår.⁶¹

127. Vid denna tidpunkt tog inte medlemsstaterna avstånd från diskrimineringar på grund av ovannämnda kriterium, och detta nämndes inte heller i Europakonventionen. I domen i målet Grant, som meddelades den 17 februari 1998,⁶² konstaterade domstolen 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. Domstolen drog härav slutsatsen att olika behandling på grund av sexuell läggning inte var förbjuden, eftersom den inte uttryckligen var förbjuden enligt någon gemenskapsrättslig bestämmelse, och anförde vidare att det inte kunde ankomma på lagstiftaren att i förekommande fall vidta åtgärder för att ändra denna situation.

128. Såsom generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer konstaterade stod det restriktiva synsätt som domstolen valde i kontrast till, exempelvis, rättspraxis i fråga om diskriminering på grund av föräldraskap.⁶³ Av senare rättspraxis framgår att det även fanns vissa betänkligheter vad gäller genomförandet av förbudet mot diskriminering på grund av sexuell läggning.⁶⁴

129. Enligt min mening kan från en strikt rättslig synpunkt en mindre strikt tillämpning av principen om likabehandling inte motiveras med avseende på diskriminering på grund av sexuell läggning jämförd med diskriminering på andra grunder, som anges i artikel 13 EG. Den omständigheten att det har

61 — Direktiv 2000/78 antogs på grundval av denna bestämmelse liksom 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) 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 (EUT L 373, s. 37). För att komplettera denna rättsliga ram lade kommissionen den 2 juli 2008 fram ett förslag till direktiv om likabehandling av personer oavsett religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning (KOM(2008) 426 slutlig).

62 — Dom av den 17 februari 1998 i mål C-249/96, Grant (REG 1998, s. I-621), punkt 35 och följande punkter.

63 — Se punkt 92 i nämnda förslag till avgörande i målet Maruko och där angiven rättspraxis (fotnot 90).

64 — Se bland annat 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), vars innehåll generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer återgett i punkt 94 i sitt förslag till avgörande i målet Maruko.

medgetts att detta område är särskilt känsligt och av rättslig betydelse innebär att domstolen fäst vikt vid fördomar som inte är berättigade oberoende av deras ursprung och vägrat ge personer med en annorlunda sexuell läggning samma rättsliga skydd.

130. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna har sedan år 1999 fastställt att en skillnad i behandling på grund av sexuell läggning omfattas av artikel 14 i Europakonventionen vars innehåll inte är uttömmande och att en sådan diskriminering inte kan tolereras enligt konventionen.⁶⁵ De grundläggande rättigheter som garanteras i Europakonventionen utgör en integrerad del i de bestämmelser som Europeiska unionen ska säkerställa iakttagandet av som allmänna principer enligt artikel 6.3 FEU. Förbudet mot "[a]ll diskriminering på grund av bland

annat ... sexuell läggning" har fastställts i artikel 21.1 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, som inte hade till uppgift att skapa nya rättigheter men att bekräfta de grundläggande rättigheter som erkänts i unionsrätten.⁶⁶

131. Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser jag, i likhet med vad som fastställts av domstolen med avseende på diskriminering på grund av ålder, att förbudet mot diskriminering på grund av sexuell läggning ska anses vara en allmän rättsprincip i unionsrätten.⁶⁷

132. För det fall den lagstiftning som det rör sig om i domen i målet vid den nationella

65 — Europadomstolens dom av den 21 december 1999 i mål Salgueiro Da Silva Mouta mot Portugal, Recueil des arrêts et décisions, 1999-IX, punkterna 28 och 36. Se även Europadomstolens dom av den 9 januari 2003, S.L. mot Österrike, Recueil des arrêts et décisions, 2003 I, punkt 37 (skillnader som grundar sig på sexuell läggning ska vara motiverade av särskilt allvarliga skäl) och angiven rättspraxis. Se även Europadomstolens dom av den 2 mars 2010 i målet Kozak mot Polen, ännu inte publicerat i Recueil des arrêts et décisions (i punkterna 98 och 99 medger Europadomstolen att skyddet för familjen, som grundar sig på ett förbund mellan man och kvinna, vilket stadgas i den polska grundlagen, i princip utgör ett legitimt skäl för att motivera särbehandling. Europadomstolen tillade emellertid att när staten söker uppnå jämvikt mellan skyddet för familjen och de rättigheter som sexuella minoritetsgrupper ges i konventionen ska den beakta samhällets utveckling, i synnerhet det faktum att det inte endast finns ett sätt för en individ att leva sitt privata liv på. Nämda domstol kan inte godta att det, för att skydda familjen, är nödvändigt att generellt vägra överlåtelse av ett hyreskontrakt till personer som lever i en homosexuell relation och fann därför enhälligt att artikel 14 jämte artikel 8 i Europakonventionen hade åsidosatts.

66 — I inledningen till stadgan anges att det "[m]ed beaktande av unionens behörighet och uppgifter samt subsidiaritetsprincipen ... i denna ... [beträffas] de rättigheter som har sin grund särskilt i medlemsstaternas gemensamma författningstraditioner och internationella förpliktelser, Europakonventionen, unionens och Europarådets sociala stadgor samt rättspraxis vid Europeiska unionens domstol och Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna".

67 — Den första meningen i punkt 76 i domen i målet Mangold (ovan fotnot 4) har följande lydelse: "respekten för den allmänna principen om likabehandling, *särskilt* på grund av ålder" (min kursivering), varav slutsatsen kan dras att domstolen inte har avsett att begränsa sitt synsätt enbart till denna grund. Det ska i detta avseende erinras om att syftet med direktiv 2000/78 är att bekämpa diskriminering i arbetslivet "på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning" (artikel 1). Generaladvokaten Tizzano har på motsvarande sätt konstaterat i sitt förslag till avgörande i detta mål att "även innan direktiv 2000/78 och de särskilda bestämmelserna i detta antogs fastställde domstolen att det finns en *allmän likabehandlingsprincip*" (min kursivering) (se punkt 83 och där angiven rättspraxis).

domstolen inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2000/78, vilket enligt min mening är föga sannolikt, kan det inte uteslutas att denna lagstiftning, konkret begreppet "make" som begränsar dess tillämpningsområde, strider mot den allmänna unionsrättsliga principen avseende förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning.

E – *De tidsmässiga aspekterna i målet*

135. Den femte och den sjätte tolkningsfrågan bör prövas tillsammans, eftersom båda avser problem vad gäller tillämpningen i tiden ur skilda synvinklar.

133. Det ska emellertid påpekas att om domstolen grundar sin prövning på denna allmänna princip och inte på direktiv 2000/78 påverkar det svaret på den hänskjutande domstolens femte tolkningsfråga vad gäller följderna av ett åsidosättande av unionsrätten i tidsmässigt avseende.

1. Rättsverkningarna i tiden av rätten till likabehandling

136. Den hänskjutande domstolen har anfört att den genom den femte frågan vill få klarhet i de rättsliga konsekvenserna av domstolens svar på de fyra första frågorna, detta för att kunna ta ställning till förevarande mål.

134. Sammanfattningsvis anser jag i första hand att det inte är nödvändigt att besvara den fjärde tolkningsfrågan. Om detta inte skulle anses vara fallet föreslår jag i andra hand att domstolen fastställer att 10 § punkt 6 första RGG inte kan utgöra ett åsidosättande av artikel 141 EG men kan strida mot den allmänna unionsrättsliga principen som förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning utgör, vilket emellertid ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra mot bakgrund av de uppgifter som lämnats i det anhängiggjorda målet.

137. Den önskar först och främst få klarhet i huruvida den berörda parten, för det fall domstolen skulle finna att nackdelen för klaganden i målet vid den nationella domstolen utgör ett åsidosättande av unionsrätten, av motparten i målet vid den nationella domstolen kan begära att behandlas på samma sätt som gifta mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskilda innan 10 § punkt 6 första RGG ändras på motsvarande sätt.

138. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende anfört att Freie und Hansestadt Hamburg inte är en privaträttslig arbetsgivare, trots att det rör sig om ett civilrättsligt anställningsavtal, men en offentligrättslig kommunal organisation, som både agerar som arbetsgivare och lagstiftare med avseende på den i målet vid den nationella domstolen aktuella lagstiftningen.

139. För det fall en direkt eller indirekt diskriminering fastställs föreligger anser jag att klaganden i målet vid den nationella domstolen kan göra gällande rätten till likabehandling utan att behöva vänta till dess att den nationella bestämmelsen i fråga ändras av den tyska lagstiftaren.

140. Den hänskjutande domstolen vill huvudsakligen få klarhet i frågan från och med när 10 § punkt 6 första RGG inte längre ska tillämpas. För det fall EU-domstolen skulle finna att ovannämnda bestämmelse endast utgör ett åsidosättande av direktiv 2000/78, anser den hänskjutande domstolen att det är logiskt att klaganden i det nationella målet har rätt att av motparten i det nationella målet begära betalning med samma belopp som utbetalas till gifta mottagare av pensionsförmåner tidigast från och med utgången av den frist för genomförande som föreskrivs i artikel 18.1 i direktiv 2000/78, det vill säga från och med den 3 december 2003.

141. Den har vidare anfört att utgångspunkten kan fastställas till en senare tidpunkt för det fall domstolen anser att den omständigheten att partnerskap som ingåtts av personer

av samma kön i den nationella lagstiftningen har tillnärmats institutionen äktenskap i flera etapper är av avgörande betydelse. I en sådan situation föreslår den hänskjutande domstolen att rättsverkningarna av domstolens tolkning först ska kunna tillämpas på klaganden i målet vid den nationella domstolen, till exempel från och med ikraftträdandet av lagen av den 15 december 2004, genom vilken lagen om partnerskap ändrades, nämligen den 1 januari 2005.

142. Medan kommissionen delar den hänskjutande domstolens uppfattning är klaganden i målet vid den nationella domstolen av liknande uppfattning enbart vad gäller det första datum som den hänskjutande domstolen har föreslagit.⁶⁸ Jürgen Römer medger att domstolen kan komma fram till att rättsverkningarna är begränsade till ålderspension som utbetalats efter den 2 december 2003. Han anser emellertid att hans pension under alla omständigheter bör beräknas från och med detta datum på grundval av alla de avgifter som han inbetalat, oberoende av när detta skett.

143. Han anser däremot inte att utgångspunkten ska fastställas till en tidpunkt före den tidpunkt som fastställts för att beakta utvecklingen av ett system som är tillämpligt

68 — Det ska emellertid påpekas att den formulering som den hänskjutande domstolen använder i denna fråga är tvetydig eller inexakt, eftersom den har anfört att "domen [från domstolen] [kommer att klargöra] direktivets innehåll såsom det ska tolkas från och med den 2 december 2003, det vill säga tidpunkten för dess ikraftträdande" (min kursivering). I artikel 20 i direktiv 2000/78 anges emellertid att direktivet trädde i kraft samma dag som det offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, eller den 2 december 2000, medan det i artikel 18 föreskrivs att medlemsstaterna skulle införliva direktivet med nationell rätt senast den 2 december 2003.

på registrerat partnerskap i den tyska lagstiftningen. Han har med avseende på direkt diskriminering gjort gällande att de skyldigheter som parterna har gentemot varandra vad gäller underhåll sammanfaller med de skyldigheter som makar har gentemot varandra sedan institutionen partnerskap inrättades år 2001.⁶⁹ Han har härav dragit slutsatsen att tidigare anställda vid Freie und Hansestadt Hamburg som ingått partnerskap fortfarande befinner sig i samma situation som tidigare anställda makar vad gäller tillgången till de kompletterande ålderspensionerna i fråga. Han har i andra hand med avseende på indirekt diskriminering medgett att han från första början utsatts för diskriminering på grund av sexuell läggning.

144. För att besvara denna fråga bör man skilja mellan olika situationer. Å ena sidan, för det fall domstolen skulle finna att det föreligger en diskriminering som sammanhänger med åsidosättandet av bestämmelserna i direktiv 2000/78, kan det anses att klaganden i målet vid den nationella domstolen inte kan komma i åtnjutande av samma rättigheter till kompletterande pension som gifta mottagare av pensionsförmåner före den dag då medlemsstaternas tidsfrist för att införliva direktivet hade löpt ut, nämligen den 2 december 2003. Ett argument som stöder detta är att direktivet inte kan ges retroaktiv verkan

genom att det fastställs att detta ska tillämpas före utgången av fristen för införlivande. Å andra sidan, för det fall domstolen däremot skulle besvara den tredje frågan nekande vill den hänskjutande domstolen i andra hand få klarhet i huruvida 10 § punkt 6 första RGG utgör ett åsidosättande av artikel 141 EG eller av en allmän unionsrättslig princip. I det fallet skulle utgången av fristen för införlivande av direktiv 2000/78 inte ha någon inverkan på behandlingen av målet vid den nationella domstolen.

145. En sådan åtskillnad skulle emellertid, såsom jag påpekat, innebära att det inte beaktades att domstolen hade framhållit att principen om likabehandling i arbetslivet inte fastställs i direktiv 2000/78.⁷⁰ Domstolen har härav dragit slutsatsen att principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder ska anses vara en allmän princip i gemenskapsrätten och att efterlevnaden av den allmänna principen om likabehandling inte som sådan kunde vara beroende av att medlemsstaternas frist för införlivande av ett direktiv som har till syfte att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering på grund av ålder har löpt ut. Den anförde vidare att det ankommer på den nationella domstolen att säkerställa att den allmänna rättsprincipen får full verkan genom att underlätta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen som kan strida mot gemenskapsrätten, även om

69 — Klaganden i målet vid den nationella domstolen har gjort gällande att till en början enbart underhållsfordran mellan makar i förhållande till andra underhållsfordringar uppfattades annorlunda, men att detta inte har någon inverkan på jämförbarheten av makars och partners underhållsskyldigheter gentemot deras partners.

70 — Domarna i målen Mangold (ovan fotnot 4), punkt 74, och Küçükdeveci (ovan fotnot 5), punkt 20.

införlivandefristen för nämnda direktiv som föreskrivs i artikel 18 i nämnda direktiv inte har löpt ut.

146. Enligt min mening kan ett absolut identiskt resonemang föras avseende principen om förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning. Direktiv 2000/78 avser huvudsakligen att underlätta tillämpningen i det konkreta fallet av denna allmänna unionsrättsliga princip, det påverkar varken dess innehåll eller dess räckvidd. Eftersom den inte fastställs i direktiv 2000/78, utan enbart kommer till uttryck i detta kan det anses att åsidosättandet av nämnda princip samt rättsverkningarna därav kan härledas till en tidpunkt före den 2 december 2003. De slutsatser som den hänskjutande domstolen i förekommande fall ska dra i det anhängiggjorda målet är inte knutna till den dag då direktiv 2000/78 trädde i kraft eller till utgången av fristen för införlivande av direktivet, eftersom den allmänna principen om förbud mot diskriminering som erkänts har högre dignitet än en sekundärrättslig bestämmelse.

147. Mot bakgrund av den utveckling som jag redan har redogjort för förefaller det som om domstolen inte har erkänt principen om förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning i sin rättspraxis från 1990-talet. Det ska emellertid erinras om att domstolen i Strasbourg i december 1999⁷¹ slog fast att en sådan diskriminering inte är förenlig med Europakonventionen. Mot bakgrund av att Europeiska unionen som allmänna principer garanterar de grundläggande rättigheter som

skyddas av denna konvention⁷² och med vetskap om att stadgan om de grundläggande rättigheterna enbart kodifierar de rättigheter som redan garanteras i Europeiska unionen,⁷³ är det enligt min uppfattning uppenbart att rätten till likabehandling på grund av sexuell läggning redan utgjorde en allmän unionsrättslig princip vid den tidpunkt då Jürgen Römer registrerade sitt partnerskap med sin partner den 15 oktober 2001.

148. För det fall domstolen inte ansluter sig till mitt resonemang i denna fråga och önskar hålla fast vid genomförandet av bestämmelserna i direktiv 2000/78, bör det med avseende på tidpunkten för ikraftträdandet göras en åtskillnad beroende på domstolens klassificering av diskrimineringen.

149. Vad gäller indirekt diskriminering kan en sådan enbart fastställas från och med den tidpunkt då den situation i vilken mottagare av pensionsförmåner som ingått partnerskap befinner sig i kan jämföras med den situation som gifta mottagare av pensionsförmåner befinner sig med avseende på den kompletterande pensionen i fråga.

150. Det kan i likhet med vad den nationella domstolen anfört och i motsats till vad klaganden i målet vid den nationella domstolen

71 — Europadomstolens dom av den 21 december 1999 i målet Da Silva Mouta mot Portugal (ovan fotnot 65).

72 — Artikel 6.3 FEU.

73 — Inledningen i stadgan.

gjort gällande, vid en begränsning till de kriterier som är relevanta med avseende på den berörda förmånen, visa sig att tillräcklig samstämmighet mellan de rättigheter och skyldigheter som följer av äktenskap och de rättigheter och skyldigheter som följer av partnerskap åstadkommits successivt och inte vid den tidpunkt då den första lagen i detta avseende antogs. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att fastställa denna tröskel för samstämmighet, eftersom detta ska ske genom en bedömning och tolkning av den nationella lagstiftningen.

151. Det ska i detta avseende påpekas att det av beslutet om hänskjutande i dess ursprungliga lydelse framgår att partnerskapets rättsliga ställning i den mening som avses i LPartG, i dess lydelse av den 16 februari 2001 – delvis inspirerades av rättsinstitutionen äktenskap, men att den för övrigt skilde sig från denna,⁷⁴ och att denna rättsinstitution undergick tre reformer varav en med verkan från och med den 1 januari 2005 förstärkte likheterna mellan partnerskap och rättsinstitutionen äktenskap⁷⁵ såtillvida att det inte längre finns några märkbara rättsliga skillnader mellan

dess två typer av civilstånd som föreslås i den tyska rättsordningen. Trots att klaganden i målet vid den nationella domstolen har invänt mot denna bedömning av en tillnärmning i flera steg är det uppenbart att den nationella domstolen kommer att ta hänsyn till den successiva utvecklingen av den nationella lagstiftningen såsom beskrivits ovan och som dessutom sammanfaller med den ståndpunkt som intagits av två tyska federala domstolar inom ramen för beslut⁷⁶ som fattats i direkt förlängning av domen i målet Maruko.⁷⁷ Den omständigheten att Jürgen Römer emellertid kan göra gällande likabehandling vid en viss tidpunkt men inte vid en annan beror huvudsakligen på de kriterier som domstolen ansett vara de som den hänskjutande domstolen ska tillämpa vid en jämförelse mellan de två kategorierna av situationer.

152. Vad gäller indirekt diskriminering är det tvärtom inte nödvändigt att slå fast att det föreligger två situationer som är jämförbara i rättsligt hänseende, utan det räcker att slå fast att en person särskilt missgynnas och att detta inte motiveras av ett berättigat mål. Den skyldighet som åligger den hänskjutande domstolen att dra slutsatser som är förenliga med unionsrätten skulle således kunna få verkan från och med den tidpunkt då den tyska lagstiftaren skapade rättsinstitutionen

74 — Den hänskjutande domstolen har med avseende på ålderspension anförut att det i LPartDisBG (Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften) inte föreskrevs någon kompensationsfördelning av pensionsrättigheterna för parter vid en eventuell upplösning av deras partnerskap och att LPartDisBG inte heller innehöll någon bestämmelse avseende rätt till pension vid dödsfall. Den ändamålsenliga verkan av principen om förbud mot diskriminering i unionsrätten skulle emellertid inte kunna säkerställas om man inom ramen för en jämförelse av situationerna beaktade kriterier som är rent hypotetiska i förhållande till parternas särskilda situation. Med beaktande av omständigheterna i förevarande fall att Jürgen Römer genom att ingå partnerskap år 2001 enbart legaliserade ett fast förhållande, eftersom det hade varit sedan år 1969, och mot bakgrund av den omständigheten att det är fråga om en förmån som förutsätter att det rör sig om gifta mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskilda anser jag att det inte är motiverat att vid jämförelsen beakta bestämmelserna om upplösning av förhållandet.

75 — Se i detta avseende domen i målet Maruko (ovan fotnot 3), bland annat punkt 12 och följande punkter.

76 — Se dom av den 14 januari 2009 meddelad av den högsta arbetsdomstolen i Tyskland (Bundesarbeitsgericht), särskilt punkt 34, beslut fattat av den federala författningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht) den 7 juli 2009 i det ovan nämnda målet, särskilt punkt 36 och följande punkter.

77 — De två ovan nämnda besluten hänför sig uttryckligen till domstolens dom av den 1 januari 2008 i målet Maruko (ovan fotnot 3).

registrerat partnerskap, nämligen den 1 augusti 2001, då LPartG trädde i kraft. Klaganden i målet vid den nationella domstolen kan såvitt avser honom med avseende på beräkningen av sin kompletterande pension begära att behandlas på samma sätt som gifta mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskilda efter utgången av den månad under vilken han ingick partnerskap.

hänskjutande domstolen genom den sjätte frågan få klarhet i huruvida rätten till pension med samma belopp som den som utbetalas till gifta mottagare av pensionsförmåner ska begränsas i tiden och framför allt om principen om likabehandling med avseende på beräkning av pensionen enbart kan tillämpas på rättigheter som pensionären förvärvat under perioder under vilka avgifter erlagts efter den 17 maj 1990 med stöd av domen i målet Barber, som meddelades detta datum.⁷⁸

153. Jag föreslår följaktligen att den femte frågan ska besvaras på så sätt att det ankommer på den nationella domstolen att säkerställa att den allmänna principen om förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning får full verkan genom att underlåta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen, såsom 10 § punkt 6 första RGG, som kan strida mot denna princip, till och med innan den frist som föreskrivs för införlivande av direktiv 2000/78 löpt ut.

155. Klaganden i målet vid den nationella domstolen och kommissionen är eniga om att det saknas skäl för att begränsa domens rättsverkningar i tiden. Kommissionen hänvisade till domen i målet Maruko inom ramen för vilken en liknande fråga var föremål för prövning.⁷⁹

2. Begränsning i tiden av rättsverkningarna av domstolens dom

156. Av fast rättspraxis framgår att den tolkning som domstolen gör av en unionsrättslig bestämmelse, vid utövandet av den behörighet som den har enligt artikel 267 FEUF, i erforderlig utsträckning klargör och preciserar innebörden och räckvidden av denna bestämmelse, såsom den ska eller skulle ha tolkats och tillämpats från och med sitt ikraftträdande. Av detta följer att den på detta sätt tolkade bestämmelsen kan och ska tillämpas av den nationella domstolen även på

154. För det fall domstolen skulle finna att direktiv 2000/78, artikel 141 EG eller en allmän princip i unionsrätten utgör hinder för en sådan lagstiftning som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen, vill den

⁷⁸ — Domen i det ovannämnda målet avseende lika lön för kvinnor och män i vilken domstolen slog fast att "den direkta effekten av artikel 119 i fördraget [artikel 141 EG] ... inte [kan] åberopas till stöd för krav på rätt till pension med verkan från en tidpunkt som infaller före dagen för denna dom, med undantag för arbetstagare eller deras rättsinnehavare som före denna dag inlett ett rättsligt förfarande eller rest motsvarande krav i enlighet med tillämplig nationell rätt" (punkt 45).

⁷⁹ — Domen i målet Maruko (ovan fotnot 3), punkt 77 och följande punkter.

rättsförhållanden som har uppstått och grundats före den dom som meddelas avseende begäran om tolkning, om de omständigheter som gör det möjligt att införa de behöriga domstolarna föra en tvist angående tillämpningen av nämnda bestämmelse i övrigt har uppfyllts.⁸⁰

förmåtts att handla på ett sätt som strider mot unionsbestämmelserna på grund av att det har förelegat en objektiv och betydande osäkerhet beträffande de unionsrättsliga bestämmelsernas räckvidd, en osäkerhet till vilken andra medlemsstaters eller kommissionens beteenden kan ha bidragit.⁸²

157. Domstolen kan i undantagsfall, med beaktande av de allvariga störningar som domen skulle kunna medföra när det gäller det förflutna, se sig nödsakad att begränsa möjligheten för alla berörda att återropa den tolkning som domstolen gett en bestämmelse i ett förhandsavgörande. En sådan begränsning i tiden, med tillämpning av en i gemenskapens rättsordning ingående allmän rättssäkerhetsprincip, kan endast tillåtas av domstolen i själva den dom varigenom den begärda tolkningen ges.⁸¹

159. För det fall domstolen skulle besvara frågan avseende begränsning i tiden av domens rättsverkningar, trots att varken Förbundsrepubliken Tyskland eller Freie und Hansestadt Hamburg har begärt detta, ska det påpekas att det av detta förfarande för förhandsavgörande inte framgår av handlingarna att den ekonomiska balansen i det kompletterande pensionssystem som administreras av motparten i målet vid den nationella domstolen riskerar att rubbas retroaktivt om det inte sker en begränsning i tiden.

158. Domstolen har endast använt denna lösning när vissa särskilda omständigheter har varit för handen, då det dels har förelegat fara för allvariga 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, dels har framgått att enskilda och nationella myndigheter har

160. Om de villkor som föreskrivs i 10 § punkt 6 moment 1 första RGG, nämligen ett äktenskap där makarna inte lever varaktigt åtskilda, har uppfyllts först efter det att ålderspensionen börjat betalas ut ska enligt 8 § punkt 10 sista meningen första RGG skattekolumn III/0, som är förmånligare för mottagarna av pensionsförmåner, tillämpas från och med denna tidpunkt om den berörda parten har begärt detta. För det fall Jürgen

80 — Se framför allt domstolens nyligen avkunnade dom (stora avdelningen) av den 13 april 2010 i mål C-73/08, Bressol m.fl. och Chaverot m.fl. (REU 2010, s. I-2735), punkt 90 och följande punkter och där angiven rättspraxis.

81 — Se framför allt dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne (REG 1976, s. 455; svensk specialutgåva, volym 3, s. 59), av den 27 mars 1980 i mål 61/79, Denkavit italiana (REG 1980, s. 1205; svensk specialutgåva, volym 5, s. 149) punkt 17, av den 6 mars 2007 i mål C-292/04, Meilicke m.fl. (REG 2007, s. I-1835), punkterna 36 och 37, samt domen i målet Barber (ovan fotnot 28), punkterna 41 och 44.

82 — Se dom av den 27 april 2006 i mål C-423/04, Richards (REG 2006, s. I-3585), punkt 42, samt domen i målet Bressol m.fl. och Chaverot m.fl. (ovan fotnot 80), punkt 93 och där angiven rättspraxis.

Römer rent hypotetiskt hade kunnat ingå äktenskap i oktober 2001 i stället för partnerskap borde Freie und Hansestadt Hamburg ha höjt den kompletterande pension som utbetalas till honom i enlighet med ovan nämnda bestämmelser. Finansieringen av det berörda pensionssystemet måste emellertid ha planerats med hänsyn till att mottagarna av pensionsförmåner eventuellt ändrar civilstånd. Det finns inget som tyder på att denna möjlighet har ökat väsentligt till följd av att registrerat partnerskap infördes i den tyska lagstiftningen.

161. Motparten i målet vid den nationella domstolen, som inte har tagit ställning till denna fråga, har inte heller gjort gällande att det föreligger en ekonomisk risk. Den hänskjutande domstolen har påpekat att Freie und Hansestadt Hamburg inte gett uttryck för farhågan för allvarliga svårigheter, utan tvärtom påpekat att beslut med tillämpning av nya beräkningsmetoder för pensionsrättigheter enbart ska fattas i vissa situationer i vilka mottagare av pensionsförmåner ingått partnerskap. Klaganden i målet vid den nationella domstolen har anfört att det åtminstone finns 15 000 registrerade partnerskap och att antalet pensionerade anställda vid Freie und Hansestadt Hamburg som har en partner av samma kön inte kan medföra allvarliga ekonomiska konsekvenser. För det fall domstolen skulle besvara de föregående frågorna jakande, kommer de ekonomiska återverkningarna av detta beslut att bli minimala.

162. Jag anser följaktligen att om den sjätte frågan besvarades skulle det inte finnas anledning att begränsa domens rättsverkningar i tiden.

F – Samspelet mellan principen om likabehandling och ett mål som följer av den nationella lagstiftningen såsom att äktenskapet och familjen ska ges ett särskilt skydd

163. Arbeitsgericht Hamburg har i ett kompletteringsbeslut ställt en rad frågor inom ramen för den sjunde frågan, genom vilka den vill få klarhet i huruvida en bestämmelse i den nationella grundlagen såsom principen att äktenskap och familj ska åtnjuta särskilt statligt skydd, vilken fastställs i artikel 6 punkt 1 i grundlagen, kan begränsa den gemenskaprättsliga principen om förbud mot direkt eller indirekt diskriminering som bland annat följer av direktiv 2000/78.

1. Huruvida den unionsrättsliga principen avseende likabehandling har företräde

164. Den sjunde frågans första del avser betydelsen av en bestämmelse i Tysklands grundlag, nämligen artikel 6 punkt 1 GG, för det fall domstolen anser att det förekommer direkt diskriminering.

165. Mot bakgrund av den grundläggande principen i unionsrätten, enligt vilken dess bestämmelser bör ges företräde framför alla bestämmelser i den nationella lagstiftningen, oberoende av deras rang, inklusive de som har grundlagsstatus,⁸³ bör svaret vara nekande. Principen om gemenskapsrättens företräde har således en oinskränkt räckvidd. Om detta inte var fallet skulle enhetligheten och effektiviteten i unionsrätten påverkas negativt.

166. Härav följer att sådana bestämmelser som de i grundlagen som avser att säkerställa skydd för äktenskap och familj, trots att de har grundlagsstatus, inte kan påverka giltigheten eller tillämpningen av principen om förbud mot diskriminering som fastställs i unionsrätten. För det fall unionsrätten utgör hinder för nationella bestämmelser innebär unionsrättens företräde en skyldighet för den nationella domstolen att tillämpa unionsrätten och att underlåta att tillämpa däremot stridande nationella bestämmelser.⁸⁴

167. Kommissionen har påpekat att en överträdelse av direktiv 2000/78 eller en allmän princip i unionsrätten som innebär ett förbud mot diskriminering inte kan vara beroende av

den nationella lagstiftarens värderingar eller åtaganden.

168. Ovannämnda överväganden förutsätter emellertid att det föreligger en normkonflikt, vilket enligt min mening inte kan vara fallet här. Risken för motsägelser mellan artikel 6 punkt 1 i Tysklands grundlag och unionsrätten har minskat avsevärt sedan Bundesverfassungsgericht (den federala konstitutionsdomstolen) avseende en bestämmelse i ett yrkesbaserat försäkringssystem slagit fast att skillnaden mellan äktenskap och partnerskap inte var berättigad och att en person som levte i partnerskap således liksom en gift person hade rätt till efterlevnads pension i händelse av partnerns död.⁸⁵ Den grundade sitt beslut på bestämmelserna i den tyska lagstiftningen, framför allt på artikel 3 punkt 1 i grundlagen, i vilken principen om att alla människor är lika inför lagen fastställs, men den hänvisade även till domen i målet Maruko⁸⁶ i fråga om förekomsten av diskriminering på grund av sexuell läggning. Bundesverfassungsgericht uttalade sig klart om den inverkan som artikel 6 punkt 1 i grundlagen kan ha på detta område och fastställde att den omständigheten att det hänvisas till äktenskap och det

83 — För en tillämpning av denna princip med avseende på en diskriminerande bestämmelse i Tysklands grundlag, nämligen artikel 12a, vilken generellt utesluter kvinnor från militära anställningar som innebär användning av vapen, se dom av den 11 januari 2000 i mål C-285/98, Kreil (REG 2000, s. I-69).

84 — Se, från senare tid, dom av den 19 november 2009 i mål C-314/08, Filipiak (REG 2009, s. I-11049).

85 — Bundesverfassungsgerichts beslut av den 7 juli 2009 (se ovan), som emellertid meddelades efter det att Arbeitsgericht Hamburg hade ställt sina kompletterande tolkningsfrågor till domstolen.

86 — Domen i målet Maruko (ovan fotnot 3), till vilken det hänvisas i punkt 92 i nämnda beslut från Bundesverfassungsgericht.

skydd som detta ska ge enligt bestämmelserna i grundlagen, framför allt med tillämpning av nämnda artikel, inte räcker för att motivera en skillnad i behandling.

ett godtagbart sätt motivera en diskriminering på grund av sexuell läggning som fastställts föreligga.

169. Mot bakgrund av det ovan anförda följer att det mål som fastställs i den nationella grundlagen, som den hänskjutande domstolen uttryckligen har anført, nämligen att äktenskap och familj åtnjuter särskilt statligt skydd, inte kan utgöra hinder för den allmänna principen om likabehandling såsom den fastställs i unionsrätten.

172. Det ska inledningsvis påpekas att en nationell bestämmelse som inom ramen för direktiv 2000/78 enligt direktivets ordalydelse fastställts utgöra en direkt diskriminering enligt min mening inte kan göras giltig i efterhand med motiveringen att den svarar mot ett mål i den nationella lagstiftningen, även om detta mål är berättigat. Av artikel 2.2 a i ovannämnda direktiv⁸⁷ går det inte att utläsa en objektiv motivering motsvarande den som föreskrivs i artikel 2.2 b i i samma direktiv avseende indirekt diskriminering.

2. Huruvida diskriminering genom ett mål som fastställs i den nationella lagstiftningen kan motiveras

170. För det fall den sjunde frågans första del besvaras nekande, ska den sjunde frågans andra del besvaras på så sätt att principen om likabehandling i unionsrätten ska ges företräde framför alla nationella mål som kan strida mot denna princip.

173. En *e contrario*-tolkning av de sistnämnda bestämmelserna innebär att indirekt diskriminering inte anses föreligga när en skenbart neutral rättsakt särskilt missgynnar personer med en viss sexuell läggning jämfört med andra personer, men som å ena sidan motiveras av ett berättigat mål och å andra sidan medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga. Om dessa rekvisit är uppfyllda anses ingen indirekt diskriminering föreligga.

171. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida och under vilka omständigheter ett mål som fastställs i en medlemsstats nationella rättsordning, såsom skyddet för äktenskap, skulle kunna förenas med ovannämnda unionsrättsliga princip och på

87 — Det ska erinras om att det i denna artikel föreskrivs att "a) 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".

174. Det stämmer att det skydd som äktenskap och familj åtnjuter i den tyska lagstiftningen enligt artikel 6 punkt 1 i grundlagen kan utgöra ett berättigat mål. Detta mål är inte heller främmande för unionsrätten. I artikel 9 i stadgan om de grundläggande rättigheterna anges följande: "Rätten att ingå äktenskap och rätten att bilda familj ska garanteras enligt de nationella lagar som reglerar utövandet av dessa rättigheter." Denna bestämmelse har uppenbarligen inspirerats av artikel 12 i Europakonventionen.⁸⁸ I artikel 33.1 i stadgan föreskrivs dessutom att "[s]kyddet av familjen på det rättsliga, ekonomiska och sociala planet ska säkerställas".

175. Det är emellertid uppenbart att målet att skydda äktenskapet eller familjen inte kan motivera en diskriminering på grund av sexuell läggning. Det är svårt att förstå vilket orsakssamband som skulle kunna förena denna typ av diskriminering, som medel, och skyddet för äktenskapet, som positiv effekt som kan följa härav.

176. För att indirekt diskriminering inte ska anses förekomma trots att pensionerade partners särskilt missgynnas krävs enligt artikel 2.2 b i i direktiv 2000/78 även att de medel som används i förevarande fall för att skydda äktenskapet och familjen är lämpliga och nödvändiga. Såsom anförts ovan i förevarande förslag till avgörande är detta inte

fallet enligt min mening, eftersom den aktuella rättsakten inte är nödvändig och inte heller proportionerlig när det gäller att uppnå nämnda mål.

177. I sitt ovannämnda beslut av den 7 juli 2009 intog Bundesverfassungsgericht samma ståndpunkt när den fastslog att skillnaden mellan partnerskap och äktenskap inte kan motiveras av det särskilda skydd som sistnämnda åtnjuter och påpekade att rättsinstitutionen äktenskap kan skyddas utan att det är nödvändigt att missgynna andra livsformer.

178. Enligt fast rättspraxis ankommer det på den nationella domstolen, som ensam är behörig att bedöma de faktiska omständigheterna i den tvist som den ska pröva och att tolka den tillämpliga nationella lagstiftningen, att avgöra huruvida och i vilken mån den lagstiftning som är i fråga i det nationella målet är ägnad att säkerställa förverkligandet av ett "berättigat mål" och om den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål i den mening som avses i artikel 2.2 b i i direktiv 2000/78.⁸⁹

88 — Artikel 12 i Europakonventionen med rubriken "Rätt att ingå äktenskap" har följande lydelse: "Giftasvuxna män och kvinnor har rätt att ingå äktenskap och bilda familj i enlighet med de nationella lagar som reglerar utövandet av denna rättighet."

89 — För en senare tillämpning avseende diskriminering på grund av ålder, se dom av den 12 januari 2010 i mål C-229/08, Wolf (REU 2010, s. I-1), och av den 12 januari 2010 i mål C-341/08, Petersen (ovan fotnot 5), samt domen i målet och Küçükdeveci (ovan fotnot 5) och där angiven rättspraxis.

179. Det följer av samtliga dessa omständigheter att det mål som fastställs i artikel 6 punkt 1 i Tysklands grundlag inte har någon avgörande betydelse och inte utgör en giltig motiveringsgrund vid bedömningen av

huruvida 10 § punkt 6 första RGG medför en direkt eller indirekt diskriminering i den mening som avses i gemenskapsrätten, men att det ankommer på den nationella domstolen att slutgiltigt avgöra detta.

VI – Förslag till avgörande

180. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Arbeitsgericht Hamburg på följande sätt:

- ”1) En kompletterande ålderspension som föreskrivs i en lagstiftning liknande den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen omfattas av det materiella tillämpningsområdet för rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling.
- 2) Bestämmelserna i artiklarna 1, 2 och 3.1 c i direktiv 2000/78 utgör hinder för en lagstiftning liknande den i målet vid den nationella domstolen, enligt vilken en mottagare av pensionsförmåner som ingått registrerat partnerskap inte erhåller

en kompletterande ålderspension motsvarande den som beviljas gifta mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskilda medan personer av samma kön som ingått ett registrerat partnerskap enligt den nationella lagstiftningen befinner sig i en situation som är jämförbar med den som makar befinner sig i vad gäller ovannämnda pension. Vid bedömningen av huruvida situationerna är jämförbara ska fokus läggas på makars och partners rättigheter och skyldigheter som följer av de bestämmelser som är tillämpliga på äktenskap och de bestämmelser som är tillämpliga på registrerat partnerskap, som är relevanta med beaktande av villkoren för beviljande av förmånen i fråga. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att undersöka om en partner befinner sig i en situation som i rättsligt och faktiskt hänseende är jämförbar med den i vilken makar som kommer i åtnjutande av kompletterande ålderspension befinner sig, vilken pension föreskrivs i ett yrkesbaserat försäkringssystem som administreras av Freie und Hansestadt Hamburg.

I andra hand föreligger, om man vid bedömningen av huruvida situationerna är jämförbara kan dra slutsatsen att det inte förekommer någon direkt diskriminering på grund av sexuell läggning, i vart fall en indirekt diskriminering i den mening som avses i artikel 2.2 b i i direktiv 2000/78, eftersom bestämmelserna av den typ som är aktuella i målet vid den nationella domstolen som föreskriver en beräkningsmetod för en kompletterande ålderspension som är förmånligare för gifta mottagare av pensionsförmåner som inte varaktigt lever åtskilda, å ena sidan, särskilt missgynnar en mottagare av pensionsförmåner som har ingått ett registrerat partnerskap, och, å andra sidan, inte objektivt motiveras av ett berättigat mål eller inte utgör ett lämpligt eller nödvändigt medel för att uppnå ett sådant mål, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma.

- 3) Det saknas anledning att besvara den fjärde tolkningsfrågan. Det ska i andra hand fastställas att bestämmelser av den typ som är aktuella i målet vid den nationella domstolen inte kan utgöra ett åsidosättande av artikel 141 EG men kan strida mot den allmänna princip i unionsrätten som förbudet mot diskriminering på grund av sexuell läggning utgör, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma.

- 4) Det ankommer på den nationella domstolen att säkerställa att den allmänna principen om förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning får full verkan genom att underlåta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen, liknande den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen, som kan strida mot denna princip, och i förekommande fall till och med innan den frist som föreskrivs för införlivande av direktiv 2000/78 löpt ut.

- 5) En nationell bestämmelse, som även har grundlagsstatus, kan inte i sig motivera en lagstiftning liknande den i målet vid den nationella domstolen, som strider mot unionsrätten och framför allt mot principen om likabehandling.”