FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT N. JÄÄSKINEN fremsat den 15. juli 2010[1]

Indhold

I — Indledning ..... I - 3596

II — Retsforskrifter ..... I - 3597

A — EU-retten ..... I - 3597

1. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder ..... I - 3597

2. EF-traktaten ..... I - 3597

3. Direktiv 2000/78 ..... I - 3598

B — De nationale bestemmelser ..... I - 3599

1. Grundgesetz ..... I - 3599

2. Lov om registreret partnerskab ..... I - 3600

3. Den for Hamburg gældende delstatslovgivning om socialsikring ..... I - 3600

4. HmbZVG ..... I - 3601

5. Første RGG ..... I - 3602

III — Tvisten i hovedsagen ..... I - 3602

IV — Den præjudicielle forelæggelse ..... I - 3604

V — Bedømmelse ..... I - 3607

A — Indledning ..... I - 3607

B — Det materielle anvendelsesområde for direktiv 2000/78 ..... I - 3609

1 — Originalsprog: fransk

1. Artikel 3, stk. 3, i direktiv 2000/78 ..... I - 3609

2. 22. betragtning til direktiv 2000/78 ..... I - 3614

C — Tilstedeværelsen af en forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 2000/78 ..... I - 3617

1. Direkte forskelsbehandling ..... I - 3617

2. Indirekte forskelsbehandling ..... I - 3622

3. Foreløbig konklusion ..... I - 3625

D — Tilsidesættelsen af artikel 141 EF eller et almindeligt EU-retligt princip ..... I - 3626

E — Sagens tidsmæssige aspekter ..... I - 3631

1. De tidsmæssige virkninger af retten til ligebehandling ..... I - 3631

2. En tidsmæssig begrænsning af virkningerne af Domstolens dom ..... I - 3636

F — Kombinationen mellem ligebehandlingsprincippet og et formål i henhold til national ret, såsom den særlige beskyttelse af ægteskabet og familien ..... I - 3638

1. Spørgsmålet om forrang for det EU-retlige princip om ligebehandling ... I - 3638

2. Spørgsmål om, hvorvidt et formål i henhold til national ret eventuelt kan begrunde en forskelsbehandling ..... I - 3640

VI — Forslag til afgørelse ..... I - 3642

I — Indledning

1. Den præjudicielle anmodning vedrører fortolkningen af almindelige principper og bestemmelser i EU-retten, såvel primære som afledte, vedrørende forskelsbehandling som følge af seksuel orientering på området for beskæftigelse og erhverv.

2. Anmodningen er fremsat i forbindelse med en sag mellem Jürgen Römer og Freie und Hansestadt Hamburg [2] vedrørende sidstnævntes afslag på at tildele ham en supplerende alderspension i den størrelsesorden, som han krævede på det grundlag, at den beregningsmetode, der var anvendt af hans tidligere arbejdsgiver, var mere gunstig for gifte pensionsmodtagere end for pensionsmodtagere, der — som ham selv — levede i et registreret partnerskab i henhold til tysk ret.

3. Den præjudicielle anmodning giver Domstolen lejlighed til at præcisere og supplere det standpunkt, den indtog i Maruko-dommen [3], der blev afsagt af Store Afdeling den 1. april 2008, vedrørende et afslag på at tildele en mand, som havde indgået registreret partnerskab, og hvis partner var afgået ved døden, en pension, som var omfattet af ydelser til efterladte i henhold til en erhvervstilknyttet lovpligtig pensionsforsikringsordning, som den afdøde partner havde været tilknyttet. Desuden får Domstolen mulighed for at udtale sig om rækkevidden af sin praksis vedrørende retten til lige behandling, som Domstolen navnlig har udviklet i Mangold-dommen [4] og Kücükdeveci-dommen [5] på et parallelt område til forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, nemlig forskelsbehandling på grundlag af alder.

4. I den foreliggende sag opfordres Domstolen navnlig til at fastlægge det materielle anvendelsesområde for Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv [6], at give en detaljeret beskrivelse af de elementer, som udgør en direkte eller indirekte forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering i direktivets forstand eller i henhold til andre unionsretlige normer, samt til at definere de tidsmæssige virkninger af de svar, der gives. Desværre er denne opgave navnlig med hensyn til forståelsen af de nationale bestemmelser blevet gjort vanskeligere for Domstolen som følge af den omstændighed, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har fremsat bemærkninger til de præjudicielle spørgsmål, og Land Hamburg blot har indgivet meget summariske skriftlige indlæg i sagen for Domstolen.

2 — »Den frie hansestad Hamburg« er både en by og en af Tysklands 16 delstater (Länder). I henhold til § 4, stk. 1, i Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg af 6.6.1952, adskilles statslige og kommunale aktiviteter ikke.

3 — Dom af 1.4.2008, sag C-267/06, Sml. I, s. 1757.

4 — Dom af 22.11.2005, sag C-144/04, Sml. I, s. 9981.

5 — Dom af 19.1.2010, sag C-555/07, Sml. I, s. 365.

6 — EFT L 303, s. 16.

II — Retsforskrifter

A — *EU-retten*[7]

1. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

5. Artikel 21, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder[8] har følgende ordlyd: »Enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt.«

2. EF-traktaten

6. Ved Amsterdamtraktaten[9] blev følgende nye affattelse af EF-traktatens artikel 13, stk. 1, indført: »Med forbehold af denne traktats øvrige bestemmelser og inden for rammerne af de beføjelser, som traktaten tillægger Fællesskabet, kan Rådet med enstemmighed på forslag af Kommissionen og efter høring af Europa-Parlamentet træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.«

7. Artikel 141 EF bestemmer:

»1. Hver medlemsstat gennemfører princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi.

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

7 — Da tvisten i hovedsagen vedrører anvendelsen af bestemmelser i tysk ret i den affattelse, som var gældende før ikrafttrædelsen af traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, dvs. den 1.12.2009, vil der blive henvist til bestemmelserne i EF-traktaten i henhold til den nummerering, der var gældende før denne dato.

8 — Chartret, som blev proklameret i Nice den 7.12.2000 (EFT C 364, s. 1), blev ændret og gjort juridisk bindende ved ikrafttrædelsen af Lissabontraktaten (EUT 2007 C 303, s. 1, herefter »chartret om grundlæggende rettigheder«).

9 — EFT 1997 C 340, s. 1.

Lige løn uden forskelsbehandling på grundlag af køn indebærer:

a) at den løn, der ydes for samme akkordlønnede arbejde, fastsættes på samme beregningsgrundlag

b) at den løn, der ydes for tidlønnet arbejde, er den samme for samme slags arbejde. […]«

3. Direktiv 2000/78

8. 13. og 22. betragtning til dette direktiv, som er vedtaget på grundlag af artikel 13 EF, bestemmer følgende:

»(13) Dette direktiv finder ikke anvendelse på ordninger for social sikring og social beskyttelse, hvis ydelser ikke er sidestillet med løn i den betydning, dette udtryk er anvendt i EF-traktatens artikel 141, eller på udbetalinger af enhver art fra staten, hvor formålet er adgang til eller bibeholdelse af beskæftigelsen.

[…]

(22) Dette direktiv berører ikke national ret vedrørende civilstand og ydelser, der er afhængige heraf.«

9. Direktivets artikel 1 bestemmer:

»Formålet med dette direktiv er, med henblik på at gennemføre princippet om ligebehandling i medlemsstaterne, at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.«

10. Direktivets artikel 2 har følgende ordlyd:

»1. I dette direktiv betyder princippet om ligebehandling, at ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunde.

2. I henhold til stk. 1

a) foreligger der direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet

b) foreligger der indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer med en bestemt religion eller tro, et bestemt handicap, personer, som tilhører en bestemt aldersgruppe, eller personer med en bestemt seksuel orientering, særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre

i) den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige […]«

11. Artikel 3 i direktiv 2000/78 har følgende ordlyd:

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

[…]

c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn

[…]

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

12. I henhold til artikel 18, stk.1, i direktiv 2000/78 skulle medlemsstaterne i princippet have vedtaget de nødvendige love og administrative bestemmelser for at efterkomme direktivet senest den 2. december 2003 eller have overladt det til arbejdsmarkedets parter at gennemføre direktivet for så vidt angik bestemmelser, der henhører under kollektive overenskomster.

B — *De nationale bestemmelser*

1. Grundgesetz

13. Artikel 6, stk. 1, i Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Forbundsrepublikken Tysklands forfatning, herefter »Grundgesetz«) [10] bestemmer: »Ægteskab og familie nyder en særlig beskyttelse i det statslige retssystem.«

10 — Forbundsrepublikken Tysklands forfatning af 23.5.1949, BGBl. III 100-1.

2. Lov om registreret partnerskab

14. § 1 i lov om registreret partnerskab (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) af 16. februar 2001 [11], som ændret ved lov af 15. december 2004 [12] (herefter »LPartG«), bestemmer følgende vedrørende fremgangsmåden og betingelserne for indgåelse af et sådant partnerskab:

»1) To personer af samme køn indgår partnerskab, når de begge, og under den anden parts tilstedeværelse, erklærer, at de ønsker at leve sammen i et registreret partnerskab (registrerede partnere). Erklæringerne kan ikke gøres betingede eller gælde en tidsbegrænset periode. Erklæringerne har kun virkning, såfremt de fremsættes for den kompetente myndighed. […]«

15. § 2 i LPartG bestemmer:

»De registrerede partnerne skal, så længe partnerskabet består, yde hinanden hjælp og støtte og har en gensidig forpligtelse til at leve sammen. Hver part påtager sig ansvaret for den anden part.«

16. Samme lovs § 5 bestemmer:

»De registrerede partnere skal begge på tilstrækkelig vis bidrage til den fælles forsørgelse ved hjælp af deres arbejde og ejendom. § 1360, andet punktum, § 1360 a og 1360 b i [BGB] samt § 16, stk. 2, finder tilsvarende anvendelse.«

17. Lovens § 11, stk. 1, bestemmer følgende for så vidt angår andre virkninger af partnerskabet:

»Medmindre andet angives, anses en registreret partner for at være medlem af den anden registrerede partners familie.«

3. Den for Hamburg gældende delstatslovgivning om socialsikring

18. De relevante nationale bestemmelser for så vidt angår tvisten i hovedsagen består af to retsakter vedtaget af delstaten Hamburg [13], nemlig lov af 7. marts 1995 om supplerende

11 — BGBl. 2001 I, s. 266.

12 — BGBl. 2004 I, s. 3396. Ifølge den forelæggende ret er det disse bestemmelser, der er relevante i det foreliggende tilfælde.

13 — De oplysninger, der er fremlagt af den forelæggende ret samt af Kommissionen, er ikke fuldstændige for så vidt angår den præcise ordlyd af de bestemmelser, der finder anvendelse. De forekommer mig dog at være tilstrækkelige til at vurdere de ydelser, der er udbetalt på grundlag af bestemmelserne, i forhold til EU-retten.

pension (Hamburgisches Zusatzversorgungsgesetz, herefter »HmbZVG«) [14] og lov om supplerende alders- og efterladtepension til funktionærer og arbejdere ved Freie und Hansestadt Hamburg (Freie und Hansestadt Hamburgs første lov om arbejdsophørspension, herefter »første RGG«) [15], som affattet den 30. maj 1995, senest ændret den 2. juli 2003.

I § 2c er det fastsat, at bidraget beregnes på grundlag af den ansattes skattepligtige indkomst, og at det vil blive indeholdt i lønnen.

20. HmbZVG's § 6 bestemmer, at det månedlige pensionsbeløb for hvert hele år af den pensionsberettigede beskæftigelsesperiode svarer til 0,5 % af den løn, der indgår i pensionsberegningen [16].

4. HmbZVG

21. De løndele, der indgår i pensionsberegningen, er opregnet i HmbZVG's § 7, mens de pensionsgivende beskæftigelsesperioder samt de beskæftigelsesperioder, der ikke tages i betragtning, er defineret i § 8.

19. I HmbZVG's § 1 angives, at loven finder anvendelse på personer, der er ansat ved Freie und Hansestadt Hamburg, samt på de personer, til hvem Freie und Hansestadt Hamburg skal udbetale pension i henhold til § 2 (pensionsmodtagere). Ifølge § 2 udbetales pensionen som en alderspension (§§ 3-10) eller en efterladtepension (§§ 11-19). § 2a bestemmer, at de ansatte bidrager til pensionsudgifterne ved at indbetale et bidrag til den oprindelige sats på 1,25 %. I henhold til § 2b begynder bidragspligten ved indgåelsen af arbejdsforholdet og ophører ved arbejdsforholdets afslutning.

22. HmbZVG's § 29 indeholder overgangsbestemmelser vedrørende de pensionsmodtagere, der i henhold til § 1, stk. 1, andet punktum, er omfattet af første RGG. § 29, stk. 1, sammenholdt med § 29, stk. 5, bestemmer, at denne kategori af pensionsmodtagere bl.a. som en undtagelse til § 6, stk. 1 og 2, fortsat modtager en pension svarende til det beløb, som de oppebar i juli 2003, eller det beløb, som de i december 2003 havde ret til i henhold til stk. 2 og 4.

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) som affattet ved bekendtgørelse af 30.5.1995 (GVBl. s. 108).

16 — Kommissionen har anført, at en lignende regel er fastsat i første RGG's §§ 1, 1a, 1b, 1c, 6, 7 og 8.

5. Første RGG

23. Første RGG's § 10, stk. 6, bestemmer:

»(6) Den fiktive nettoindkomst, der tages i betragtning ved pensionsberegningen, fastlægges ved at fratrække den løn, der indgår i pensionsberegningen (§ 8)

1. det beløb, der skulle have været betalt i indkomstskat (dog ikke kirkeskat (Kirchenlohnsteuer)) ifølge skatteklasse III/0, for gifte pensionsmodtagere, som ikke vedvarende lever adskilt på tidspunktet for pensionsudbetalingens påbegyndelse (§ 12, stk. 1), eller for pensionsmodtagere, som på samme tidspunkt kan gøre krav på børnetilskud eller tilsvarende ydelser

2. det beløb, der på tidspunktet for pensionsudbetalingens påbegyndelse skulle have været betalt i indkomstskat (dog ikke kirkeskat) ifølge skatteklasse I, for øvrige pensionsmodtagere […]«

24. Det følger af første RGG's § 8, stk. 10, sidste punktum, at såfremt betingelserne i første RGG's § 10, stk. 6, nr. 1), først bliver opfyldt, efter at pensionsudbetalingerne er påbegyndt, skal skatteklasse III/0 på modtagerens opfordring finde anvendelse fra dette tidspunkt.

25. Det skal tilføjes, at det beløb, der skal fratrækkes i medfør af skatteklasse III/0, er betydeligt lavere end det, der skal fratrækkes i medfør af skatteklasse I.

III — Tvisten i hovedsagen

26. Parterne er uenige om den beløbsmæssige størrelse af den pension, som Jürgen Römer kunne gøre krav på fra november 2001.

27. Fra 1950 og indtil uarbejdsdygtighedens indtræden den 31. maj 1990 arbejdede Jürgen Römer for sagsøgte i hovedsagen, Freie und Hansestadt Hamburg, som administrativ medarbejder. Fra 1969 var Jürgen Römer samlevende med U uden afbrydelser i samlivsforholdet. Den 15. oktober 2001 indgik sagsøgeren i hovedsagen og dennes partner et registreret partnerskab i henhold til LPartG. Jürgen Römer oplyste sin arbejdsgiver herom ved skrivelse af 16. oktober 2001. Ved en ny skrivelse af 28. november 2001 anmodede han om, at den alderspension, han fik udbetalt, blev genberegnet, således at den mere

fordelagtige indkomstskat i klasse III blev anvendt og dette med virkning fra den 1. august 2001 ifølge de oplysninger, der er fremlagt af den forelæggende ret, mens sagsøgeren i hovedsagen i sit skriftlige indlæg har angivet først at have ansøgt om denne forhøjelse med virkning fra den 1. november 2001.

28. Ved skrivelse af 10. december 2001 oplyste Freie und Hansestadt Hamburg Jürgen Römer om, at han ikke var berettiget til at være omfattet af skatteklasse III i stedet for skatteklasse I med den begrundelse, at det fremgår af første RGG's § 10, stk. 6, nr. 1), at kun gifte pensionsmodtagere, som ikke vedvarende lever adskilt, eller pensionsmodtagere, som har ret til børnetilskud eller tilsvarende ydelser, kan være omfattet af skatteklasse III.

29. I overensstemmelse med den »pensionsoversigt«, der var udarbejdet af Freie und Hansestadt Hamburg den 2. september 2001, beløb den månedlige pensionsydelse, der blev udbetalt til Jürgen Römer ifølge skatteklasse I, fra september 2001 sig til 1 204,55 DEM (615,88 EUR). Ifølge sagsøgeren i hovedsagens beregninger, som ikke er bestridt af hans arbejdsgiver, ville den månedlige pensionsydelse i september 2001 have været 590,87 DEM (302,11 EUR) større, såfremt skatteklasse III havde været anvendt.

30. Tvisten blev indbragt for Arbeitsgericht Hamburg (Tyskland). Jürgen Römer var af den opfattelse, at han for så vidt angik beregning af hans pension på grundlag af første RGG's § 10, stk. 6, nr. 1), havde ret til at blive behandlet som en gift pensionsmodtager, der ikke vedvarende levede adskilt. Han gjorde gældende, at bestemmelsens kriterium vedrørende »gifte pensionsmodtagere, som ikke vedvarende lever adskilt«, skulle forstås således, at det også omfattede pensionsmodtagere, der havde indgået registreret partnerskab i overensstemmelse med LPartG.

31. Jürgen Römer anførte, at hans ret til lige behandling i forhold til gifte pensionsmodtagere, som ikke vedvarende lever adskilt, under alle omstændigheder følger af direktiv 2000/78. Ifølge ham er en begrundelse for den forskellige behandling af gifte pensionsmodtagere og pensionsmodtagere, der har indgået registreret partnerskab, baseret på ægtefællens evne til at få børn ikke overbevisende, da det selv i partnerskaber indgået mellem personer af samme køn forholder sig således, at de børn, som den ene af partnerne sætter i verden, bliver opdraget af og kan adopteres af et par, der har indgået registreret partnerskab. Jürgen Römer anførte desuden, at eftersom nævnte direktiv ikke var blevet gennemført i national ret inden for den frist, der er fastsat i direktivets artikel 18, stk. 2, dvs. senest den 2. december 2003, fandt direktivet direkte anvendelse på sagsøgte i hovedsagen.

32. Freie und Hansestadt Hamburg nedlagde påstand om frifindelse. Sagsøgte i hovedsagen

gjorde gældende, at udtrykket »gift« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i første RGG's § 10, stk. 6, nr. 1), ikke kunne fortolkes på den af Jürgen Römer angivne måde. Sagsøgte i hovedsagen anførte i det væsentlige, at ifølge Grundgesetz' artikel 6, stk. 1, står ægteskab og familie under statens særlige beskyttelse, fordi de meget længe har udgjort grundlaget for det nationale fællesskab, og at et ægteskab uden børn — uanset om dette er et bevidst valg eller ej — af samme grund også er beskyttet, da det fremmer ligestillingen mellem kønnene på det grundlæggende niveau af det nationale fællesskab. Endvidere er ægteskabet ifølge sagsøgte i hovedsagen generelt set forudsætningen for etableringen af en familie, for så vidt som det som den mest almindelige form for fællesskab mellem mand og kvinde, der er anerkendt af loven, danner rammen om børnefødsler og dermed transformationen fra et gift par til en familie.

33. Desuden kunne der ifølge Freie und Hansestadt Hamburg drages en parallel mellem spørgsmålet om sambeskatning og muligheden for, at skatteklasse III fandt fiktiv anvendelse ved beregningen af pensioner udbetalt i henhold til første RGG. Freie und Hansestadt Hamburg gjorde gældende, at de økonomiske midler, som de berørte rådede over pr. måned til at dække de daglige behov, blev fastlagt såvel på grundlag af sambeskatningen i løbet af det erhvervsaktive liv som på grundlag af den fiktive anvendelse af skatteklasse III ved pensionsberegningen. Den fordel, der gives de personer, som har stiftet familie, eller som kunne have gjort det, har til formål at kompensere for den yderligere økonomiske byrde forbundet hermed.

IV — Den præjudicielle forelæggelse

34. Ved kendelse af 10. april 2008 [17] har Arbeitsgericht Hamburg besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål [18]:

»1) Må de supplerende pensionsydelser, der udbetales til tidligere funktionærer og arbejdere ved Freie und Hansestadt Hamburg samt til disses efterladte, og som er reguleret ved første RGG, anses for »udbetalinger […] fra offentlige eller lignende ordninger, herunder offentlige ordninger for social sikring og social beskyttelse eller lignende ordninger« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 3, stk. 3, i direktiv 2000/78 med den følge, at det nævnte direktiv ikke finder anvendelse inden for det anvendelsesområde, der omfattes af første RGG?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende, spørges:

a) Må de bestemmelser i første RGG, som med henblik på beregningen af pensionsydelsernes størrelse

17 — Dvs. blot få dage efter afsigelsen af Maruko-dommen.

18 — Det fremgår af den præjudicielle anmodning, at Arbeitsgericht Hamburg med henblik på en prøvelse af forfatningsmæssigheden af første RGG's § 10, stk. 6, nr. 1), samtidigt har forelagt et spørgsmål, hvis ordlyd er sammenlignelig med det tredje af de spørgsmål, der er forelagt Domstolen, dels for Bundesverfassungsgericht (den tyske forfatningsdomstol), dels for Hamburgisches Verfassungsgericht (forfatningsdomstolen for delstaten Hamburg).

sondrer mellem gifte pensionsmodtagere, på den ene side, og alle andre pensionsmodtagere, på den anden side, og i den forbindelse stiller gifte pensionsmodtagere fordelagtigere — i det konkrete tilfælde i forhold til personer, som har indgået et registreret partnerskab med en person af samme køn i henhold til Forbundsrepublikken Tysklands Lebenspartnerschaftsgesetz (lov om registrerede partnerskaber) — anses for »national[e] ret[sforskrifter] vedrørende civilstand og ydelser, der er afhængige heraf« i henhold til 22. betragtning til direktiv 2000/78?

b) Såfremt det foregående spørgsmål besvares bekræftende, spørges: Medfører dette, at direktiv 2000/78 ikke finder anvendelse på de nævnte bestemmelser i første RGG, skønt selve direktivet ikke indeholder nogen tilsvarende begrænsning svarende til grundene i 22. betragtning?

3) Såfremt spørgsmål 2, a), eller 2, b), besvares benægtende, spørges: Er § 10, stk. 6, i første RGG — hvorefter pensionsydelser for gifte pensionsmodtagere, som ikke vedvarende lever adskilt, beregnes under fiktiv anvendelse af skatteklasse III/0 (der er fordelagtigere for den skattepligtige), hvorimod pensionsydelserne for alle andre pensionsmodtagere beregnes under fiktiv anvendelse af skatteklasse I (som er ufordelagtigere for den skattepligtige) — i strid med artikel 1, jf. artikel 2 og artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78 i forhold til en pensionsmodtager, som lever i registreret partnerskab med en person af samme køn og ikke lever vedvarende adskilt fra denne?

4) Såfremt spørgsmål 1 eller spørgsmål 2, b), besvares bekræftende, eller spørgsmål 3 besvares benægtende, spørges: Er § 10, stk. 6, i første RGG da i strid med artikel 141 EF eller med en almindelig grundsætning i fællesskabsretten på grund af de i spørgsmål 3 nævnte bestemmelser eller disses retsvirkninger?

5) Såfremt spørgsmål 3 eller 4 besvares bekræftende, spørges: Medfører dette, at også en pensionsmodtager, som lever i et registreret partnerskab med en person og ikke vedvarende adskilt fra denne, kan kræve, så længe § 10, stk. 6, i første RGG ikke er ændret ved en ophævelse af den anfægtede forskelsbehandling, at blive behandlet som en gift pensionsmodtager, der ikke lever vedvarende adskilt fra ægtefællen, ved beregningen af pensionsydelserne? Gælder dette i bekræftende fald — forudsat at direktiv 2000/78 finder

anvendelse, og spørgsmål 3 besvares bekræftende — også allerede før udløbet af fristen for direktivets gennemførelse i henhold til artikel 18, stk. 1, i direktiv 2000/78?

6) Såfremt spørgsmål 5 besvares bekræftende, spørges: Gælder dette i overensstemmelse med præmisserne i Domstolens dom af 17. maj 1990, Barber (sag C-262/88, Sml. I, s. 1889), med den begrænsning, at ligebehandlingen ved beregningen af pensionsydelserne kun skal sikres for så vidt angår de andele af pensionsydelserne, som pensionsmodtageren har krav på fra den 17. maj 1990?«

35. Ved kendelse af 23. januar 2009 besluttede Arbeitsgericht Hamburg at supplere sin oprindelige anmodning om præjudiciel afgørelse ved at tilføje en række spørgsmål med følgende ordlyd hertil:

»7) Såfremt Domstolen kommer til det resultat, at der foreligger en direkte forskelsbehandling,

a) hvilken betydning skal der da i denne forbindelse tillægges den særlige omstændighed, på den ene side, at ligebehandlingsprincippet skal overholdes såvel ifølge Forbundsrepublikken Tysklands forfatning som ifølge fællesskabsretten, men, på den anden side, at ægteskab og familie nyder en særlig beskyttelse i tysk ret fra statens side i kraft af den udtrykkelige forfatningsretlige bestemmelse i artikel 6, stk. 1, i Grundgesetz?

b) Kan en lovbestemmelse, som medfører en direkte forskelsbehandling, være berettiget på trods af ordlyden af direktiv 2000/78, fordi den tjener et andet formål, som udgør en integrerende del af en medlemsstats nationale retsorden, men ikke af fællesskabsretten? Går i et sådant tilfælde det andet formål, som medlemsstatens nationale retsorden forfølger, uden videre forud for ligebehandlingsprincippet?

Såfremt det foregående spørgsmål besvares benægtende:

c) Efter hvilket retligt kriterium skal det afgøres, hvorledes afvejningen mellem fællesskabsrettens ligebehandlingsprincip og det andet retlige formål, som medlemsstatens nationale retsorden forfølger, skal foretages i et sådant tilfælde? Stilles der også i denne forbindelse krav om, som det ifølge direktivets artikel 2, stk. 2, litra b) [19], nr. i), er en betingelse for at acceptere en indirekte forskelsbehandling som lovlig, at den bestemmelse, som medfører forskelsbehandling, for det første er objektivt

19 — Dette spørgsmål er blevet ændret ved korrigendum af 11.3.2009, hvorefter den korrekte henvisning er »Art. 2 Abs. 2 lit. b, Ziff. i« i stedet for »Art. 2 Abs. 1 lit. a, Ziff. i«.

begrundet i et legitimt mål, og for det andet, at midlet til at opfylde det er hensigtsmæssigt og nødvendigt?

d) Opfylder en bestemmelse som § 10, stk. 6, i første RGG de krav til lovligheden, som gælder i fællesskabsretten, afhængigt af, hvorledes det foregående spørgsmål besvares? Opfylder den disse krav alene på grund af den særlige bestemmelse i national ret, hvortil der ikke findes nogen tilsvarende bestemmelse i fællesskabsretten, altså på grund af artikel 6, stk. 1, i Grundgesetz?«

V — Bedømmelse

A — *Indledning*

36. På trods af spørgsmålenes tilsyneladende kompleksitet, der skyldes den detaljerede ordlyd og kaskadeopstillingen, forekommer det mig, at de forskellige præjudicielle spørgsmål, der er forelagt Domstolen til prøvelse, i det væsentlige kan henføres under fem generelle problemstillinger.

37. For det første ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om ordningen for de supplerende pensioner, der udbetales af Freie und Hansestadt Hamburg, materielt set er omfattet af direktiv 2000/78, og dette under to forskellige synsvinkler. Den forelæggende ret har først rejst spørgsmålet om rækkevidden af dette direktivs udelukkelse af udbetalinger fra offentlige eller lignende ordninger, og dernæst om det skel, der går mellem medlemsstaternes kompetence på området for civilstand og gennemførelsen af de EU-retlige normer om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering.

38. For det andet ønsker den forelæggende ret i tilfælde af, at direktiv 2000/78 faktisk finder anvendelse i forhold til første RGG's § 10, stk. 6, vejledning i at vurdere, om der foreligger en direkte eller indirekte forskelsbehandling med hensyn til direktivets bestemmelser.

39. For det tredje ønsker retten i modsat fald subsidiært en præcisering med hensyn til betydningen for tvisten i hovedsagen af artikel 141 EF og EU-rettens almindelige principper.

40. For det fjerde har den forelæggende ret rejst spørgsmålet om de tidsmæssige virkninger af dels de EU-retlige normer, som den har henvist til, dels den dom, der vil blive afsagt af Domstolen.

41. For det femte har retten opfordret Domstolen til at definere, hvilke regler der gør det

muligt at afgøre en konflikt mellem de anvisninger, der følger af en forfatningsmæssig regel i den nationale retsorden, og de krav, der følger af princippet om ligebehandling med hensyn til seksuel orientering, som finder anvendelse i henhold til EU-retten.

42. Efter min opfattelse er det uden tvivl det tredje af disse led, der giver anledning til flest fortolkningsvanskeligheder i mangel af en fast retspraksis vedrørende spørgsmålet, om der findes et almindeligt EU-retligt princip på det pågældende område.

43. I sit forslag til afgørelse i Maruko-sagen redegjorde generaladvokat Ruiz Jarabo Colomer indgående for den retlige udvikling, der gik forud for anerkendelsen af retten til ligebehandling for homoseksuelle i EU-rettens forstand [20].

44. I den dom, der blev afsagt i nævnte sag, fastslog Domstolen, at bestemmelserne i artikel 1, sammenholdt med artikel 2, i direktiv 2000/78 var til hinder for en ordning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter en registreret partner efter sin partners død ikke tildeltes efterladtepension ligesom ægtefæller, selv om det registrerede partnerskab i national ret placerede personer af samme køn i en situation, der kunne sammenlignes med ægtefællers situation for så vidt angik den omhandlede efterladteydelse, idet det præciseredes, at det tilkom den forelæggende ret at efterprøve, om en efterladt registreret partner var i en situation, der kunne sammenlignes med situationen for en ægtefælle, der modtog den omhandlede ydelse [21].

45. Sagsakterne i den foreliggende sag viser, at de tyske retter har anlagt forskellige fortolkninger for så vidt angår anvendelsen af de sammenlignelighedskriterier, der er fastlagt af Domstolen. Navnlig rejses spørgsmålet, om der er tale om at søge en abstrakt identitet mellem de retlige institutioner eller snarere en tilstrækkelig lighed mellem de retlige og faktiske situationer, hvori de berørte personer befinder sig.

46. Den retspraksis, som Domstolen har udviklet, vedrørende forbud mod forskelsbehandling på grundlag af alder giver også anledning til spørgsmålet om, hvorvidt forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering har eller ikke har status af et almindeligt EU-retligt princip. Et bekræftende svar på dette spørgsmål vil få indflydelse på de tidsmæssige aspekter af denne sag. Et benægtende svar vil nødvendiggøre en forklaring af årsagen til, at forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af dette kriterium har en lavere normativ status end

20 — Punkt 83-95 i nævnte forslag til afgørelse.

21 — Maruko-dommen, præmis 73.

forbuddet på grundlag af de øvrige kriterier, der er ulovlige i henhold til artikel 13 EF og chartret om grundlæggende rettigheder.

B — *Det materielle anvendelsesområde for direktiv 2000/78*

47. Da de to første præjudicielle spørgsmål begge vedrører det materielle anvendelsesområde for direktiv 2000/78, vil de blive behandlet samlet. Den forelæggende ret har anført, at det er en forudsætning for, at der kan være tale om en tilsidesættelse af direktivet, at det finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, hvilket ifølge den forelæggende ret kan bestrides ud fra to grunde: dels på grundlag af direktivets artikel 3, stk. 3, dels på grundlag af 22. betragtning til direktivet.

1. Artikel 3, stk. 3, i direktiv 2000/78

48. Det følger af artikel 3, stk. 1 litra c), i direktiv 2000/78, at det finder anvendelse både i den offentlige og den private sektor, herunder offentlige organer, på alle personer bl.a. for så vidt angår lønvilkår.

49. Med det første spørgsmål søges det afgjort, om direktivet finder anvendelse på det område, der er dækket af første RGG, som regulerer de supplerende pensioner, der udbetales til tidligere ansatte ved Freie und Hansestadt Hamburg og deres efterladte, selv om direktivets artikel 3, stk. 3, udelukker »udbetalinger af enhver art fra offentlige eller lignende ordninger, herunder offentlige ordninger for social sikring og social beskyttelse eller lignende ordninger« [22].

50. Denne udelukkelse bekendtgøres med et lignende ordvalg i 13. betragtning til direktivet, hvorefter direktivet »[ikke] finder anvendelse på ordninger for social sikring og social beskyttelse, hvis ydelser ikke er sidestillet med løn i den betydning, [hvori] dette udtryk er anvendt i EF-traktatens artikel 141« [23].

51. Bedømmelsen af rækkevidden af artikel 3, stk. 3, i direktiv 2000/78 har givet problemer

22 — For at imødegå en analyse foretaget af den forelæggende ret alene ud fra den eneste tyske version af teksten, skal det påpeges, at udtrykket »der staatlichen Système« i den tyske affattelse af artikel 3, stk. 3, bruges på samme måde som ordene »les régimes publics«, der er anvendt i den franske version, mens betegnelsen »öffentlichen« er anvendt i bestemmelsens stk. 1 i stedet for det franske adjektiv »public«.

23 — Der henvises til, at det følger af artikel 141, stk. 2, EF, at der ved »løn« skal forstås den almindelige grund- eller minimumsløn og alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier.

i forhold til en ensartet anvendelse inden for de nationale retssystemer, idet de udtryk, der er anvendt, varier fra en sprogversion til en anden. I Tyskland har de nationale retter indtaget modsatrettede holdninger til den mere eller mindre restriktive fortolkning af denne bestemmelse. Særligt har spørgsmålet om, hvorvidt efterladtepensioner er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 2000/78, splittet de tyske retter [24].

52. For det første henvises til, at flere af Domstolens domme, herunder navnlig Maruko-dommen [25], giver brugbare bidrag til fortolkningen af artikel 3, stk. 3, i direktiv 2000/78, som peger i retning af, at direktivet skal finde anvendelse i det foreliggende tilfælde. I lighed med sagsøgeren i hovedsagen og Kommissionen er jeg på ingen måde i tvivl om, at direktivet finder anvendelse på alderspensioner ydet på grundlag af første RGG til tidligere ansatte ved Freie und Hansestadt Hamburg og deres ydelsesberettigede pårørende.

53. Domstolen har fastslået, at anvendelsesområdet for direktiv 2000/78 på baggrund af artikel 3, stk. 1, litra c), og artikel 3, stk. 3, sammenholdt med 13. betragtning til direktivet, skal forstås således, at det ikke finder anvendelse på ordninger for social sikring og social beskyttelse, hvis ydelser ikke er sidestillet med løn i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 141 EF, eller på udbetalinger af enhver art fra staten, hvor formålet er adgang til eller bibeholdelse af beskæftigelsen. Hvis en ydelse derimod må sidestilles med »løn« som omhandlet i artikel 141 EF, som det er tilfældet i den foreliggende sag, vil den være omfattet af bestemmelserne i direktiv 2000/78.

54. Begrebet »løn« i artikel 141, stk. 2, EF opfattes meget bredt af Domstolen [26]. Begrebet omfatter navnlig pensioner af enhver art, der udbetales på en erhvervsmæssig baggrund, modsat dem, der udbetales i henhold til en lovbestemt ordning af generel karakter [27].

24 — For den tyske retspraksis vedrørende dette emne og virkningerne af Maruko-dommen se: M. Mahlmann, *Report on measures to combat discrimination — Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC — Country report 2008 — Germany* (særligt fodnote 211). Rapporten er tilgængelig på hjemmesiden for Netværk af juridiske eksperter på området for forbud mod forskelsbehandling://www.non-discrimination.net

25 — Jf. dommens præmis 41 f., idet det bemærkes, at dommen behandler et lignende spørgsmål, men vedrører en efterladtepension tildelt i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsforsikringsordning.

26 — Begrebet er blevet fortolket således, at det omfatter »samtlige ydelser, aktuelle eller fremtidige, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren, eventuelt indirekte, i penge eller i naturalier, i henhold til ansættelseskontrakten, ifølge lov eller frivilligt«. Jf. bl.a. dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 12, og af 19.11.1998, sag C-66/96, Høj Pedersen m.fl., Sml. I, s. 7327, præmis 32.

27 — I dom af 17.4.1997, sag C-147/95, Evrenopoulos, Sml. I, s. 2057, fastslog Domstolen, at en pensionsordning for et offentligt organ var omfattet af EF-traktatens artikel 119 (nu artikel 141 EF) med den begrundelse, at det var uden betydning, at ordningen var indført af lovgiver, eftersom det, henset til de opstillede kriterier, kunne antages, at pensionen blev udbetalt som følge af arbejdsforholdet til det pågældende organ.

Ifølge fast retspraksis [28] udelukker den omstændighed, at visse ydelser, såsom alderspension, udbetales efter arbejdsforholdets ophør, ikke, at de kan have karakter af »løn« i artikel 141 EF's forstand [29].

55. For at afgøre, om en pension kan betegnes som løn, har Domstolen fastslået, at det eneste kriterium, der kan tillægges afgørende betydning, er kriteriet om arbejdsforholdet, som fremgår af selve ordlyden af traktatens artikel 119 (artikel 141 EF), hvilket forudsætter, at det fastslås, at ydelsen tildeles arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet mellem ham og hans tidligere arbejdsgiver [30].

56. Det er imidlertid ubestridt, at kriteriet om arbejdsforholdet ikke er eneafgørende, idet der ved pensioner, der udbetales i henhold til lovbestemte sociale sikringsordninger, helt eller delvis kan tages hensyn til den pågældendes løn [31]. Domstolen har derfor tilføjet andre elementer, der skal tages i betragtning ved klassificeringen af en pension udbetalt i henhold til en erhvervstilknyttet pensionsordning som »løn«. Det skal dels undersøges, om pensionen kun berører en bestemt gruppe af arbejdstagere, dels om den direkte afhænger af den tilbagelagte tjenestetid, og endelig om den fastsættes på grundlag af arbejdstagerens senest [32] oppebårne løn.

57. I det foreliggende tilfælde [33] fremgår det af HmbZVG, at de i hovedsagen omhandlede ydelser opfylder det første af disse tre kriterier, idet den supplerende alderspension, der ydes af Freie und Hansestadt Hamburg, alene vedrører en bestemt gruppe arbejdstagere.

58. Nævnte pensioner udbetales således som et supplement til ydelserne i henhold til den generelle lovbestemte sociale sikringsordning, der af den forelæggende ret er betegnet som »første søjle« i pensionsordningen i Tyskland, og de adskiller sig fra de ydelser, der udbetales i henhold til private forsikringsordninger, som udgør den »tredje søjle«.

28 — Jf. bl.a. Maruko-dommen, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis.

29 — Jf. f.eks. dom af 12.9.2002, sag C-351/00, Niemi, Sml. I, s. 7007, vedrørende den alderspension, der udbetales af den finske stat til de tjenestemænd, der er ansat ved landets forsvarsstyrker.

30 — Jf. bl.a. dom af 28.9.1994, sag C-7/93, Beune, Sml. I, s. 4471, præmis 43, Evrenopoulos-dommen, præmis 19, og Maruko-dommen, præmis 46.

31 — Maruko-dommen, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis.

32 — Maruko-dommen, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis. Efter min opfattelse kunne Domstolen med fordel undlade tilføjelsen »senest« i det tredje kriterium, da dette ville være mere i overensstemmelse med, hvad der i øjeblikket er tilfældet for pensionsordningerne, som ved denne beregning generelt tager hensyn til flere eller alle oppebårne lønudbetalinger, frem for at begrænse sig til den seneste. Henset til retspraksis, synes dette kriterium, som således forekommer mig at have mistet sin betydning, ikke at være fortolket som et absolut kriterium, eftersom ydelser, hvis størrelse er beregnet på grundlag af flere lønudbetalinger, ikke er blevet anset for udelukket fra begrebet »løn«.

33 — Sammenholdt med Domstolens gennemgang af de tidligere anførte kriterier i præmis 49-57 i Maruko-dommen.

59. Ifølge den forelæggende ret består den »anden søjle« af erhvervsmæssig pensionsforsikring, som direkte eller indirekte tildeles af den tidligere offentlige eller private arbejdsgiver. Den lovbestemte ordning for »erhvervsmæssig pensionsforsikring« for tidligere ansatte ved Freie und Hansestadt Hamburg er omfattet af denne kategori. Den er forbeholdt ansatte, som i løbet af deres erhvervsaktive liv har arbejdet i den offentlige sektor uden dog at have status som tjenestemand, idet de har arbejdet for Freie und Hansestadt Hamburg i henhold til en civilretlig ansættelsesaftale.

60. Ifølge de oplysninger, der er fremlagt af Kommissionen, er den pågældende ordning finansieret af arbejdstagerne og arbejdsgiveren, som ganske vist er et offentligt organ, men som i det foreliggende tilfælde alene fungerer som en privat arbejdsgiver.

61. Med hensyn til det andet relevante kriterium, hvorefter pensionen direkte afhænger af den tilbagelagte tjenestetid, bestemmer HmbZVG's § 6, at beregningsmetoden afhænger af beskæftigelsesperiodens længde. De beskæftigelsesperioder, der giver ret til supplerende pension (»Ruhegeldfähige Beschäftigungszeit«), er defineret i lovens § 8.

62. Hvad angår det tredje kriterium, der består i at afgøre, om pensionsbeløbet er fastsat på grundlag af arbejdstagerens senest oppebårne løn, fremgår det også af HmbZVG's § 6, at det månedlige pensionsbeløb ikke er fastsat ved loven, men for hvert hele år af den pensionsgivende beskæftigelsesperiode svarer til 0,5 % af den løn, der indgår i pensionsberegningen i henhold til § 7, hvorved disse lønudbetalinger (»Ruhegäldfähige Bezüge«) er fastsat temmeligt detaljeret.

63. Det følger heraf, at de tre kriterier, der er kendetegnende for arbejdsforholdet, som Domstolen har anset for at spille en afgørende rolle med henblik på at få tildelt betegnelsen løn i artikel 141 EF's forstand, synes at være opfyldt for så vidt angår de omhandlede ydelser.

64. Den forelæggende ret virker især hæmmet af fortolkningen af begrebet »offentlige eller lignende ordninger« i artikel 3, stk. 3, i direktiv 2000/78. Den har rejst spørgsmålet, om direktivet, selv om begrebet »løn« afgrænses bredt i forhold til de pensionsydelser, der udbetales til sagsøgeren i hovedsagen i henhold til første RGG, alligevel ikke finder anvendelse, da disse ydelser udgør udbetalinger foretaget af en offentlig eller lignende ordning i denne bestemmelses forstand. Den forelæggende ret har understreget, at såfremt Domstolen besvarer dette spørgsmål bekræftende, er første del af 13. betragtning til

direktivet åbenbart fejlagtig og i det væsentlige uden betydning.

65. Efter min opfattelse kan andre »offentlige eller lignende ordninger« end dem, der er omfattet af socialsikring eller social beskyttelse, som fortsat er undtaget fra direktivets anvendelsesområde, være særlige offentlige ordninger, der ikke er knyttet til et arbejdsforhold, som f.eks. de ydelser, der udbetales af staten til personer, der er blevet handikappede under obligatorisk militær- eller civiltjeneste, til krigsveteraner eller krigsinvalide, til ofre for krig eller forfølgelse, til fremragende kunstnere osv. Da der findes ordninger af denne type af offentlig eller lignende karakter i medlemsstaterne, er udtrykket »herunder« i artikel 3, stk. 3, i direktiv 2000/78 ikke uden genstand.

66. Domstolens praksis giver anledning til at antage, at hverken den omstændighed, at Freie und Hansestadt Hamburg har karakter af en offentligretlig juridisk person, eller den lovpligtige karakter af medlemskab af den ordning, der giver ret til den i hovedsagen omhandlede alderspension, ændrer noget ved, at denne ordning må betegnes som en erhvervstilknyttet pension [34]. Eftersom de tre kriterier, der er behandlet ovenfor, er opfyldt i det foreliggende tilfælde, adskiller den pension, der udbetales af den offentlige arbejdsgiver, sig ikke fra den, som en privat arbejdsgiver ville udbetale til sine tidligere ansatte.

67. Domstolen har fastslået, at konstateringen af, at en pensionsordning er lovbestemt, ikke i sig selv er tilstrækkeligt til, at den anses for omfattet af kategorien »social sikring« eller »social beskyttelse« og dermed til at udelukke en sådan ordning fra anvendelsesområdet for traktatens artikel 119 (nu artikel 141 EF) [35]. Desuden anses de strukturelle elementer i en ordning med pensionsydelser ikke for at have afgørende betydning i modsætning til, hvad der er tilfældet, såfremt der foreligger en forbindelse mellem arbejdsforholdet og den omhandlede ydelse [36].

68. Da den i hovedsagen omhandlede supplerende alderspension i det væsentlige afhænger af det arbejdsforhold, der har eksisteret mellem Jürgen Römer og Freie und Hansestadt Hamburg, udgør den »løn« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 141 EF, og den er ikke omfattet af den

34 — Maruko-dommen, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis. Jf. også Niemi-dommen, præmis 42.

35 — Evrenopoulos-dommen, præmis 16 og Niemi-dommen, præmis 41.

36 — Niemi-dommen, præmis 45. Domstolen fandt, at den omstændighed, at pensionsordningen for tjenestemænd ved den finske stat var en del af en harmoniseret ordning, således at den samlede pension, som en forsikret person modtog, afspejlede det arbejde, som den forsikrede havde udført igennem hele sin karriere, uanset den pågældendes arbejde eller arbejdssektor, og det forhold, at denne ordning var blevet meddelt som en ordning, der var omfattet af anvendelsesområdet for forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT 1971 II, s. 366.), kan ikke i sig selv udelukke, at traktatens artikel 119 finder anvendelse, når pensionsydelsen var forbundet med arbejdsforholdet, og den således blev betalt af staten i dens egenskab af arbejdsgiver.

undtagelse, der er fastsat i artikel 3, stk. 3, i direktiv 2000/78.

2. 22. betragtning til direktiv 2000/78

69. Såfremt den forelæggende rets foregående spørgsmål besvares benægtende, hvilket jeg mener må være tilfældet, ønsker Arbeitsgericht Hamburg subsidiært oplyst, dels om bestemmelserne i første RGG, som ved beregningen af pensionsydelsernes størrelse sondrer mellem gifte pensionsmodtagere, på den ene side, og alle andre pensionsmodtagere, på den anden side, og som stiller gifte pensionsmodtagere fordelagtigere, er omfattet af forbeholdet i 22. betragtning til direktiv 2000/78, dels om det i så tilfælde er nødvendigt at undlade at anvende betragtningens bestemmelser, selv om bestemmelserne i den normative del ikke indeholder begrænsninger af direktivets anvendelsesområde, der udtrykkeligt svarer til denne betragtning.

70. Det erindres, at det i 22. betragtning til direktiv 2000/78 er angivet, at direktivet ikke »berører […] national ret vedrørende civilstand og ydelser, der er afhængige heraf«.

71. Kommissionen er enig i den forelæggende rets synspunkt, hvorefter første RGG's § 10, stk. 6, nr. 1), ikke er en national bestemmelse vedrørende civilstand. Som begge har anført, indeholder denne bestemmelse ingen bestemmelser om ægteskab som sådan, men stiller det krav til pensionsmodtagerens civilstand, at den svarer til en gift persons civilstand, idet denne stand således er en forudgående betingelse for at være berettiget til den mere fordelagtige pensionsberegning, som bestemmelsen indeholder. Følgelig kan denne bestemmelse højst udgøre en bestemmelse om en ydelse, der afhænger af civilstand i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i 22. betragtning til direktivet.

72. Arbeitsgericht Hamburg har præciseret, at den stiller dette spørgsmål, fordi to af de højere retsinstanser i Forbundsrepublikken Tyskland [37] åbenlyst har anlagt et vidtrækkende syn på rækkevidden af 22. betragtning til direktiv 2000/78, hvorefter den udelukker bestemmelser, der regulerer beregningen af løn i bred forstand i forhold til civilstand, som det er tilfældet med første RGG's § 10, stk. 6, nr. 1), fra anvendelsesområdet for direktiv 2000/78.

37 — Den forelæggende ret har anført (i den første forelæggelseskendelses præmis 55), at Bundesverwaltungsgericht har lagt dette ræsonnement til grund på grundlag af 22. betragtning til direktiv 2000/78 i forhold til »børnetilskud på første niveau« forbeholdt gifte personer, og at Bundesgerichtshof har indtaget samme standpunkt for så vidt angik efterladtepension, som blev udbetalt ud fra det samme særlige kriterium i forbindelse med en supplerende erhvervstilknyttet pensionsordning (forbunds- og delstatspensionsordningen), og for så vidt angik en mere fordelagtig beregningsmetode af en supplerende pension, der fuldstændigt svarede til den, der er fastsat i første RGG's § 10, stk. 6.

73. Jeg er af samme opfattelse som Kommissionen, for så vidt som den har anført, at 22. betragtning til direktiv 2000/78 blot gentager den indlysende begrænsning af anvendelsesområdet, der er fastsat i artikel 3, stk. 1, in limine, hvorefter direktivet kun finder anvendelse »[i]nden for rammerne af Fællesskabets beføjelser«. Den Europæiske Union har således ikke kompetence til at lovgive vedrørende »civilstand og [de] ydelser, der er afhængige heraf«.

74. I Maruko-dommen [38] tog Domstolen stilling til et lignende spørgsmål, idet den anførte, at civilstanden og de dertil knyttede ydelser i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i 22. betragtning til direktiv 2000/78, ganske vist er områder, der henhører under medlemsstaternes kompetence, og at fællesskabsretten ikke gør indgreb i denne kompetence. Domstolen bemærkede dog, at medlemsstaterne ved udøvelsen af denne kompetence skal overholde fællesskabsretten, herunder bestemmelserne vedrørende princippet om forbud mod forskelsbehandling.

75. Efter min opfattelse vil det være nyttigt at præcisere denne konstatering ved at angive, at den kompetence, der er overladt medlemsstaterne på området for civilstand, betyder, at reguleringen af ægteskab eller enhver anden form for retlig anerkendt forbindelse mellem personer af samme eller modsatte køn samt den retlige status for børn eller andre familiemedlemmer i bred forstand er forbeholdt medlemsstaterne.

76. Det er alene medlemsstaterne, der afgør, om deres nationale retsorden giver eller ikke giver adgang til en eller anden form for retlig forbindelse, der er tilgængelig for homoseksuelle par, eller om ægteskabet er eller ikke er forbeholdt par bestående af to personer af modsat køn. Efter min opfattelse vil et tilfælde, hvor en medlemsstat ikke anerkender nogen form for retligt anerkendt forbindelse mellem personer af samme køn, kunne anses for at være en forskelsbehandling som følge af seksuel orientering, da det er muligt af lighedsprincippet, sammenholdt med pligten til at respektere homoseksuelle personers menneskelige værdighed [39], at udlede en forpligtelse til at give dem mulighed for at leve i et

38 — Præmis 59 ff. samt analogt den deri nævnte retspraksis.

39 — Jeg bemærker, at Ungarns forfatningsdomstol (Alkotmánybíróság), efter ved afgørelse nr. 154/2008 af 17.12.2008 at have annulleret lov nr. CLXXXIV af 2007 om registret partnerskab på grund af tilsidesættelse af forfatningens artikel 15, der beskytter ægteskabsinstitutionen, fordi lovgiver agtede at indføre denne samlivsform ikke blot for homoseksuelle, men også for heteroseksuelle, for nylig har fastslået, ved afgørelse nr. 32/2010 af 25.3.2010, at lov nr. XXIX af 2009 er forenelig med forfatningen, fordi den forbeholder registret partnerskab for homoseksuelle par. I sidstnævnte afgørelse har Alkotmánybíróság understreget, at muligheden for at indgå et registret partnerskab mellem personer af samme køn var begrundet i retten til respekt for den menneskelige værdighed (Magyar Közlöny 2010/43).

varigt forhold inden for rammerne af en retligt anerkendt forpligtelse [40]. Denne problematik vedrørende reguleringen af civilstand falder imidlertid efter min opfattelse uden for EU-rettens interventionsområde.

77. Derimod kan en medlemsstat ikke på de områder, der er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde, såsom udøvelsen af de grundlæggede friheder eller betingelserne for behandling af arbejdstagere i deres faglige karriere, begrunde en tilsidesættelse af EU-retten ved at påberåbe sig indholdet af de nationale regler om civilstand.

78. Det skal siges, som Domstolen gjorde i forbindelse med Maruko-sagen, at eftersom en ydelse som den i hovedsagen omhandlede er klassificeret som »løn« i artikel 141 EF's forstand, og da den er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78 af de grunde, der er anført i forbindelse med besvarelsen af det første spørgsmål, som er forelagt i det foreliggende tilfælde, berører 22. betragtning til direktivet ikke anvendelsen af direktivet.

79. Den fortolkning, Domstolen således har anlagt af 22. betragtning til direktiv 2000/78, synes at være egnet til at undgå de forskelle i den nationale retspraksis, der er nævnt af den forelæggende ret, og til at sikre en ensartet anvendelse af direktivet. Under alle omstændigheder skal betragtningen, som ikke har nogen selvstændig bindende virkning af de grunde, der er anført af generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer [41], ikke længere anvendes således, at den i sig selv kan udelukke en kontrol af, hvorvidt nationale bestemmelser, der giver ægtefæller flere fordele end dem, der gives registrerede partnere, er forenelige med direktiv 2000/78. Faktisk er 22. betragtning til direktiv 2000/78 blot en påmindelse om den begrænsning, som er afledt af artikel 13, stk. 1, EF og i øvrigt er åbenbar, om, at direktivet finder anvendelse på »Fællesskabets beføjelser« i overensstemmelse med ordlyden af direktivets artikel 3, stk. 1, in limine.

80. Under alle omstændigheder bemærkes, at medlemsstaterne, når de handler inden for

40 — I denne forbindelse gøres opmærksom på, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ved dom af 24.6.2010 har truffet afgørelse i sagen Schalk og Kopf mod Østrig (endnu ikke trykt i *Reports of Judgements and Decisions*), hvor officielt samlevende østrigske statsborgere af samme køn har påberåbt sig artikel 12 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder med henblik på at fordømme myndighedernes afvisning af at give dem tilladelse til at gifte sig, en påstand, som er hidtil ukendt ved domstolen i Strasbourg, og som forkastede den med enstemmighed, De påberåbte sig også, at der forelå en forskelsbehandling baseret på deres seksuelle orientering, idet de blev nægtet ret til at gifte sig, samt at de ikke har nogen anden mulighed for at få deres forbindelse anerkendt lovmæssigt, men Menneskerettighedsdomstolen fastslog, at der ikke forelå tilsidesættelse af artikel 14, sammenholdt med samme konventions artikel 8. Endelig påberåbte sagsøgerne sig artikel 1 i tillægsprotokollen til EMRK med henblik på at hævde, at de er stillet i en ringere økonomisk position i forhold til gifte par, men denne påstand blev erklæret klart ugrundet. Jeg skal tilføje, at østrigsk lovgivning anerkender officielt samliv som en form for forbindelse, der står til rådighed for homoseksuelle, og som i vidt omfang ligestilles med ægteskab.

41 — Forslag til afgørelse i Maruko-sagen, punkt 76. Værdien af en betragtning som den, der er omhandlet i denne sag, er begrænset til at tjene som et fortolkningsværktøj, for så vidt som den indeholder begrundelsen for de væsentligste bestemmelser i direktivet, og ikke som værende bærer af en norm med bindende virkning.

rammerne af de kompetencer, der er forbeholdt dem, ikke er fritaget for den generelle forpligtelse, der hviler på dem, til at overholde EU-retten, hvilket inkluderer overholdelsen af normer vedrørende princippet om forbud mod forskelsbehandling.

81. Det følger heraf, at i modsætning til, hvad der har kunnet antages i national retspraksis, kan 22. betragtning til direktiv 2000/78 ikke føre til, at der rejses tvivl om, at direktivet finder anvendelse på bestemmelser som dem i første RGG, der vedrører beregningen af løn i bred forstand, og som anvender en bestemt civilstand, nemlig ægteskabsstatus, som afgørende kriterium.

82. Følgelig er jeg af den opfattelse, at det første og andet spørgsmål skal besvares med, at den supplerende pension, som er udbetalt til tidligere ansatte ved Freie und Hansestadt Hamburg og deres efterladte, og som er reguleret ved første RGG, sammenholdt med HmbZVG, er omfattet af det materielle anvendelsesområde for direktiv 2000/78, og at disse nationale bestemmelser derfor skal bedømmes i lyset af de krav, direktivet stiller.

C — *Tilstedeværelsen af en forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 2000/78*

83. Det tredje spørgsmål er stillet for det tilfælde, at det følger af de svar, der er givet på de forudgående spørgsmål, at direktiv 2000/78, som jeg har lagt til grund, finder anvendelse på første RGG's § 10, stk. 6, hvoraf det i det væsentlige fremgår, at pension udbetalt til gifte pensionsmodtagere er mere fordelagtig end pension, der udbetales til en pensionsmodtager, som har indgået et registreret partnerskab med en person af samme køn. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om denne bestemmelse er uforenelig med bestemmelserne i artikel 1 og 2, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78, for så vidt som den forskelsbehandler sagsøgeren i hovedsagen som følge af hans seksuelle orientering direkte eller alene indirekte [42].

1. Direkte forskelsbehandling

84. Den forelæggende ret har præciseret, at den hælder til at mene, at første RGG's § 10, stk. 6, nr. 1), er direkte forskelsbehandlende. Retten har fremhævet, at ægteskabet for heteroseksuelle personer, henholdsvis det registrerede partnerskab for homoseksuelle

42 — Artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78 bestemmer, at der foreligger direkte forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, »hvis en person […] behandles ringere, end en anden[, der befinder sig] i en tilsvarende situation« på grundlag af sin seksuelle orientering. Til gengæld fastslås det i direktivets artikel 2, stk. 2, litra b), at der foreligger indirekte forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, »hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis [ikke desto mindre] vil stille personer med en bestemt […] seksuel orientering særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre […] den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige«.

personer, udgør den form for livsfællesskab, der er fastsat i loven, eller den mest almindelige civilstand, selv om det ikke kan udelukkes, at en person på trods af sin homoseksualitet beslutter at gifte sig med en person af det modsatte køn. Det skal understreges, at i henhold til de oplysninger, der fremgår af forelæggelsesafgørelsen, er den omstændighed, at alene to personer af forskelligt køn kan gifte sig med hinanden, ikke er udtrykkeligt præciseret i den tyske civillovbog (BGB), men i praksis anses for at være en nødvendig forudsætning. Derimod fremgår det af LPartG's § 1 stk. 1, at alene to personer af samme køn kan indgå et registreret partnerskab i henhold til nævnte lov.

85. Freie und Hansestadt Hamburg har anført, at de omtvistede bestemmelser, der giver alle registrerede partnere adgang til den supplerende ordning under skatteklasse I og ikke III/0, ikke giver anledning til en forskellig behandling på grundlag af køn eller seksuel orientering.

86. Jürgen Römer har fremhævet, at Domstolen i Maruko-dommen ganske vist overlod det til den forelæggende rets skøn at afgøre, om der forelå en »situation, der kunne sammenlignes«, men fastsatte klare materielle kriterier med henblik herpå. Jürgen Römer har for det første anført, at Domstolen i overensstemmelse med direktiv 2000/78 ikke kræver, at der er identitet i retning af en maksimal ligestillethed, men blot en sammenlignelig karakter. Han har tilføjet, at denne karakter ikke skal efterprøves ved på en abstrakt måde at sammenligne de retlige institutter, men i stedet sammenligne de to berørte personkategorier og dette på en konkret måde under hensyntagen til den sociale ydelse, der er omhandlet. I modsætning til de højere tyske retsinstansers praksis, som ifølge Jürgen Römer har misforstået direktivet samt de fortolkningsbidrag, der er anført i Maruko-dommen, var det i det foreliggende tilfælde nødvendigt at sammenligne en tidligere ansat ved Freie und Hansestadt Hamburg, der lever sammen med sin partner under ordningen for registreret partnerskab, på den ene side, og en tidligere ansat ved Freie und Hansestadt Hamburg, der lever sammen med sin ægtefælle i henhold til ægteskabsordningen, på den anden side. Jürgen Römer har principalt gjort gældende, at Domstolen med henblik på at garantere de effektive retsmidler mod forskelsbehandling, som direktivet har til formål at sikre, bør fastsætte endnu klarere materielle kriterier, som de nationale retter skal anvende, når de foretager sammenligningen.

87. Kommissionen er ligesom Arbeitsgericht Hamburg af den opfattelse, at de registrerede partnere i det foreliggende tilfælde behandles mindre favorabelt end ægtefæller for så vidt angår deres pensioner, uden at der foreligger en gyldig grund, som kan forklare denne ulige behandling. Kommissionen har gjort gældende, at den omstændighed, at ægtefællerne eventuelt har børn at opdrage, navnlig ikke kan begrunde en sådan differentiering, da første RGG's § 10, stk. 6, nr. 1), stiller alle gifte pensionsmodtagere, der ikke vedvarende lever adskilt, mere fordelagtigt, uanset om de har afkom. Kommissionen er også enig i

den forelæggende rets opfattelse, hvorefter der ikke foreligger et empirisk grundlag, der bekræfter, at gifte pensionsmodtagere skulle have behov for øget støtte i forhold til pensionsmodtagere, der har indgået registreret partnerskab, henset til deres respektive partneres pensionsmæssige situation. Kommissionen har tilføjet, at den pågældende bestemmelse under alle omstændigheder ikke er egnet til at nå det således tilsigtede formål, eftersom den ikke tager hensyn til, om pensionsmodtageren eller dennes ægtefælle har et barn, og end ikke opstiller dette som en betingelse. Kommissionen er af den opfattelse, at det i modsætning til den fremgangsmåde, der blev fulgt i Maruko-dommen, i det foreliggende tilfælde vil være overflødigt at overlade det til den forelæggende ret at afgøre, om en ægtefælle og en registreret partner er i sammenlignelige situationer i forhold til den omhandlede ydelse, med den begrundelse, at retten allerede i sin forelæggelsesafgørelse har foretaget de nødvendige undersøgelser af den pågældende partners retlige status og har draget de relevante konklusioner i denne henseende. Kommissionen har foreslået, at det fastslås, at bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede udgør en direkte forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering.

88. Det følger af ordlyden af artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78, at spørgsmålet, om der foreligger en direkte forskelsbehandling i direktivets forstand, afhænger af, hvorvidt de situationer, der sammenholdes, er sammenlignelige. Kriterierne, på grundlag af hvilke undersøgelsen af en sådan sammenlignelighed skal foretages, er derfor afgørende. Domstolen bør give et svar, der forener flere krav, dvs. at den ikke skal blot give den forelæggende ret alle de oplysninger, som gør det muligt for den at træffe afgørelse i tvisten i hovedsagen, idet det samtidigt skal påses, at der ikke gribes ind i de nationale dommeres beføjelser, men også sikre EU-rettens fulde virkning, idet den skal respektere medlemsstaternes eksklusive kompetenceområder, navnlig på området for civilstand.

89. Indledningsvis bemærkes, at i størstedelen af medlemsstaterne er ægteskabet en forbindelse mellem en mand og en kvinde. Adgangen til et registreret partnerskab eller en lignende retlig forbindelse kan være begrænset til par af samme køn eller også par af forskelligt køn, som det er tilfældet med den franske »pacte civil de solidarité« (civil solidaritetspagt). Forbindelsen mellem homoseksualitet og formen for forbindelsen mellem to personer er ikke automatisk. Det kan således ikke udelukkes, at en homoseksuel person foretager det sociale valg at gifte sig med en person af det andet køn, og omvendt er der intet, der forhindrer en heteroseksuel person i at vælge at leve i et registreret partnerskab med en person af samme køn. Efter min mening skal man dog ikke henholde sig til denne sofisme ved den retlige vurdering. Det ville være i strid med den fremherskende virkelighed at nægte at indrømme, at i et land som Tyskland, hvor ægteskab er udelukket for personer af samme køn, og hvor det registrerede partnerskab er den form for retlige forbindelse, som er forbeholdt dem, udgør en forskelsbehandling, der udøves til skade

for personer, som er forenet i et sådant partnerskab, en kilde til forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering [43].

90. I Maruko-dommen [44] synes Domstolen, selv om den anførte, at spørgsmålet var overladt til den nationale rets efterprøvelse, ved at have fastsat tilstrækkeligt klare kriterier indirekte at have haft den opfattelse, at situationerne var sammenlignelige. I overensstemmelse med ordlyden af artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78 stillede Domstolen ikke krav om identiske situationer, men henviste til, at der skulle foreligge tilstrækkeligt sammenlignelige situationer, idet den baserede sig på den analyse af tysk ret, der var foretaget af den forelæggende ret. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har anvendt samme tilgangsvinkel [45].

91. Det bemærkes, at ægteskabet uanset dets betydning på det moralske, religiøse eller sociologiske plan er en kompleks institution, hvis indhold er defineret af ægtefællernes rettigheder og pligter over for hinanden samt over for tredjemand og over for samfundet som helhed. Det kan desuden være en nødvendig forudsætning for forskellige retlige virkninger, hvad enten det drejer sig om socialret, skatteret eller forvaltningsret, at der foreligger et ægteskab. På samme måde er et registreret partnerskab eller enhver anden form for retligt anerkendt forbindelse enten karakteriseret ved parternes rettigheder og pligter eller ved de retlige virkninger, som den pågældende retsorden knytter til tilstedeværelsen af et sådant partnerskab.

92. Domstolen har sørget for at præcisere, at sammenligneligheden skal efterprøves i forhold til den ydelse, der konkret er tale om, dvs. ved at fokusere på det relevante retlige element og ikke ved blot at anlægge en helhedsvurdering af den retlige situation. I Maruko-sagen, hvor det præjudicielle spørgsmål vedrørte tildeling af efterladtepension til en afdød pensionsmodtagers registrerede partner, understregede Domstolen efter at have konstateret, at der i tysk ret havde været en »progressiv […] tilnærmelse mellem ordningen om registreret partnerskab og den ordning, der finder anvendelse på ægteskab«, at »indgåelse af registreret partnerskab sidestilles med indgåelse af ægteskab for så vidt angår enke- eller enkemandspension« [46].

93. Sammenligningen af situationerne skal således være støttet på en målrettet analyse, der navnlig har til formål at identificere de

43 — Jeg tilslutter mig således det standpunkt, som Bundesverfassungsgerichts første afdeling indtog i kendelsen afsagt den 7.7.2009 (BVerfG, 1 BvR 1164/07). For at bedømme, om der foreligger en sådan forskelsbehandling, understregede Bundesverfassungsgericht, at der er en snæver forbindelse mellem seksuel orientering og valget mellem ægteskab eller registreret partnerskab (præmis 89), og at den tyske lovgiver indførte sidstnævnte form for retlige forbindelse med henblik på at give homoseksuelle mulighed for at indgå i en forbindelse med hinanden (præmis 90).

44 — Præmis 69.

45 — I dommen i sagen Burden mod Det Forenede Kongerige, afsagt den 29.4.2008 (endnu ikke trykt i *Reports of Judgments and Decisions*), fastslog denne domstols storkammer, at to søstre, der havde levet sammen i mere end 30 år i et fælles hus, ikke kunne påberåbe sig en skattemæssig forskelsbehandling på grundlag af EMRK's artikel 14, da de ikke var i en situation, der kunne sammenlignes med ægtefællers eller registrerede partneres situation.

46 — Præmis 67-69.

rettigheder og pligter for gifte personer indeholdt i privatretlige bestemmelser og de rettigheder og pligter for personer forbundet via et registreret partnerskab, som er relevante i forhold til den omhandlede ydelse. Efter min opfattelse ville den effektive virkning af forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering ikke være sikret, såfremt en fuldstændig identitet mellem de retlige institutioner var påkrævet, eller hvis rettigheder eller pligter, som var irrelevante i forhold til den givne situation, skulle tages i betragtning.

94. Navnlig bør de bestemmelser, der finder anvendelse i tilfælde af en eventuel opløsning af forbindelsen mellem partnerne ved død eller enhver anden årsag, ikke få indflydelse på sammenligningen af de situationer, der foreligger i løbet af ægteskabet og det registrerede partnerskab for så vidt angår ydelser, som afhænger af, at den gifte pensionsmodtager ikke er vedvarende separeret. Omvendt vil sådanne bestemmelser kunne få indflydelse ved vurderingen af sammenligneligheden af separerede ægtefællers og registrerede partneres situationer.

95. De virkninger, som er knyttet til ægteskabet ved skatteretlige, socialretlige eller forvaltningsretlige bestemmelser, som en betingelse for tildeling af en fordel eller en rettighed, bør heller ikke få indflydelse på sammenligningen af de situationer, som personer forbundet igennem ægteskab eller registreret partnerskab befinder sig i, da en forskellig behandling i henhold til sådanne bestemmelser snarere er et holdepunkt for, at der foreligger en ulovlig forskelsbehandling, end en faktor, som definerer situationernes sammenlignelighed.

96. Da Domstolen allerede har beskrevet dem i Maruko-dommen [47], forekommer det mig unødvendigt her at gennemgå de skridt, der er taget i den tyske civilret, i retning af en ensretning af den ordning, der finder anvendelse på registreret partnerskab, og den, der findes for ægteskab.

97. Hvad nærmere angår den omhandlede ydelse, dvs. den supplerende alderspension, der udbetales af Freie und Hansestadt Hamburg til en af dens tidligere ansatte, er den omfattet af retsområdet for formueretlige forpligtelser mellem ægtefæller. Det bemærkes, at registrerede partnere ifølge oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen har en gensidig pligt til dels at yde hinanden hjælp og støtte, dels på tilstrækkelig vis at bidrage til den fælles forsørgelse ved hjælp af deres arbejde og ejendom [48], som det også er tilfældet mellem ægtefæller i løbet af deres samliv [49]. Selv om LPartG ikke har gennemført en total ensretning af rettighederne for gifte par og par forenet via et registreret partnerskab, har

47 — Præmis 67 ff.

48 — §§ 2 og 5 i LPartG, som affattet ved lov om ændring af bestemmelserne om registreret partnerskab (Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts) af 15.12.2004, trådt i kraft den 1.1.2005.

49 — LPartG's § 5 henviser således udtrykkeligt til tilsvarende bestemmelser i BGB, idet den bestemmer, at »§ 1360, andet punktum, § 1360 a og 1360 b i [BGB] samt § 16, stk. 2, finder tilsvarende anvendelse«.

loven dog indført forpligtelser, der i vidt omfang ligner hinanden for disse to forbindelser, navnlig på det økonomiske plan.

98. Ifølge den forelæggende ret er der efter de successive ændringer af LPartG [50] »følgelig ikke flere betydelige retlige forskelle mellem de to civilstande, der er mulige i henhold til den tyske retsorden, dvs. ægteskabet og det registrerede partnerskab […]. Forskellen er hovedsagligt af en faktuel karakter: Ægteskab forudsætter, at ægtefællerne er af forskelligt køn, mens det registrerede partnerskab forudsætter, at partnerne er af samme køn«. Der er således ikke en tilstrækkelig forskel i situationerne til at begrunde en sådan ulighed i behandlingen som den, der er omhandlet i hovedsagen.

99. Det fremgår af sagen, at Jürgen Römers pension ville være blevet forhøjet i henhold til første RGG's § 8, stk. 10, sidste punktum, hvis han i oktober 2001 havde indgået ægteskab med en kvinde og ikke et registreret partnerskab med en mand. Denne mere favorable behandling ville hverken have været knyttet til den indkomst, parterne i forbindelsen oppebar, eller den omstændighed, om der var børn eller ej, eller til andre faktorer såsom dem, der vedrører ægtefællens eller partnerens økonomiske behov. Desuden var de bidrag, som den berørte havde indbetalt i løbet af sin karriere, på ingen måde påvirket af hans civilstand, idet han var forpligtet til at bidrage til pensionsudgifterne ved at overføre et bidrag svarende til det, som hans gifte kolleger indbetalte. Den konstaterede forskel i behandlingen hviler således udelukkende på et kriterium, der er ulovligt i medfør af direktiv 2000/78, nemlig seksuel orientering.

100. På baggrund af de oplysninger, der er fremlagt af den forelæggende ret, fremgår det, at for så vidt angår den ydelse, der er omhandlet i hovedsagen, er de situationer, som personer, der har indgået en ægteskabskontrakt, og personer, der er forbundne via et partnerskab registreret i henhold til de gældende nationale bestemmelser, befinder sig i, sammenlignelige i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/78. Under disse omstændigheder synes en forhøjelse af en pension, der udelukkende er støttet på et ægteskabskriterium, således som det er fastsat i første RGG's § 10, stk. 6, at udgøre en direkte forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering.

2. Indirekte forskelsbehandling

101. Spørgsmålet om fortolkningen af artikel 2, stk. 2, litra b), i direktiv 2000/78 vedrørende begrebet indirekte forskelsbehandling opstår kun, såfremt betingelserne for, at der foreligger en direkte forskelsbehandling, ikke er opfyldt enten ved afslutningen af den bedømmelse af, om situationerne er sammenlignelige, som bliver foretaget af Domstolen selv, hvis den vurderer at kunne gøre dette, som Kommissionen har foreslået den, eller ved afslutningen af den analyse af denne karakter, som er overladt til den nationale ret at

50 — Arbeitsgericht Hamburg har præciseret, at særligt nævnte lov af 15.12.2004 om ændring af bestemmelserne om registreret partnerskab har »medført en yderligere tilnærmelse af bestemmelserne om registreret partnerskab til ægteskabsbestemmelserne«.

gennemføre. Det er således kun subsidiært og for fuldstændighedens skyld, at jeg anfører de følgende betragtninger.

102. Sagsøgeren i hovedsagen har opfordret Domstolen til at udvide retspraksis i Maruko-sagen ved også at svare på et spørgsmål vedrørende indirekte forskelsbehandling. Til støtte for, at han er offer for en indirekte forskelsbehandling på grundlag af sin seksuelle orientering, har Jürgen Römer gjort gældende, at det forhold, at ydelserne er knyttet til et ægteskab, der kun er gyldigt mellem personer af forskelligt køn, fører til et sådant resultat, uden at det er objektivt begrundet i henhold til EU-retten. Jürgen Römer har anført, at Freie und Hansestadt Hamburg ikke har forklaret, i hvilken henseende beskyttelsen af gifte par gør det nødvendigt, at han modtager en mindre pension end sine heteroseksuelle kolleger, selv om han i 45 år har indbetalt de samme bidrag som disse kolleger til den erhvervstilknyttede pensionskasse.

103. Kommissionen har, idet den støtter sig på Domstolens praksis vedrørende princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af alder [51], anført, at medlemsstaterne råder over en vid skønsmargin ved valget af, hvilke foranstaltninger der kan opfylde deres socialpolitiske mål, men at dette skøn ikke kan have til virkning, at gennemførelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling gøres illusorisk.

104. I tilfælde af, at det ikke kan lægges til grund, at registrerede partnere og ægtefæller befinder sig i sammenlignelige situationer i forhold til den omhandlede ydelse, hvilket i det foreliggende tilfælde ville udelukke en direkte forskelsbehandling, skal bestemmelserne i artikel 2, stk. 2, litra b), nr. i), i direktiv 2000/78 fortolkes med henblik på at hjælpe den forelæggende ret med at afgøre, om bestemmelser som dem, der er omhandlet i hovedsagen, kan udgøre en indirekte forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering.

105. Så vidt jeg ved, indeholder retspraksis ingen fortolkningsbidrag med hensyn til begrebet indirekte forskelsbehandling, der særligt er støttet på seksuel orientering som omhandlet i direktiv 2000/78.

106. I henhold til direktivets ordlyd skal der i det foreliggende tilfælde først tages stilling til, om der foreligger »en tilsyneladende neutral bestemmelse [eller] betingelse […], [som] vil stille personer med en bestemt […] seksuel orientering særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer«. Kriteriet vedrørende en ægteskabelig forbindelse, der er indeholdt i første RGG's § 10, stk. 6, kan a priori fremstå som en neutral differentieringsfaktor. Eftersom

51 — Navnlig dom af 5.3.2009, sag C-388/07, Age Concern England, Sml. I, s. 1569, præmis 47 ff. Det skal understreges, at direktiv 2000/78 indeholder specifikke regler vedrørende de grunde, der kan berettige uligheder i behandlingen støttet enten direkte eller indirekte på alder (jf. forslag til afgørelse af 6.5.2010 fra generaladvokat Kokott i sag C-449/08, Andersen, punkt 32).

ægteskabet og de fordele, der er knyttet hertil, udelukkende er forbeholdt personer af forskelligt køn, som det bl.a. er tilfældet i Tyskland, er et sådant kriteriums adskillende virkning imidlertid ikke harmløs. Kriteriet vil være særligt ufordelagtigt for homoseksuelle personer, da de ikke har andre retlige midler end det registrerede partnerskab til at formalisere deres forbindelse, og de har således ikke adgang til den favoriserede gruppe, medmindre de fornægter deres seksuelle orientering.

107. Tilgangsvinkelen her skal ikke være subjektiv, men objektiv. Det er irrelevant, om kravene til et aktuelt ægteskab specifikt kan udelukke par af samme køn, så længe det i sig selv tydeligvis stiller dem ringere i forhold til par af forskelligt køn. Den i hovedsagen omhandlede bestemmelse udelukker ganske vist alle pensionsmodtagere, der ikke er gift [52], men faktisk bliver homoseksuelle hårdere ramt end f.eks. heteroseksuelle samlevende par, da sidstnævnte ikke er definitivt nægtet adgang til muligheden for at opnå en sådan fordel, da de har mulighed for at gifte sig, hvis de en dag måtte ønske det.

108. Konstateringen af, at en »særlig ufordelagtigt« stilling kan følge af første RGG's § 10, stk. 6, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at udgøre en indirekte forskelsbehandling, da den kan være »objektivt begrundet i et legitimt mål«, jf. artikel 2, stk. 2, litra b), nr. i), i direktiv 2000/78. Den forklaring, som Freie und Hansestadt Hamburg har angivet, vedrører skattemæssige anliggender, hvis realitet eller berettigelse imidlertid ikke er understøttet af de beviser, som det påhviler sagsøgte i hovedsagen at fremkomme med. Den forelæggende ret har for sit vedkommende henvist til, at lovgivers mulige hensigt har været at beskytte ægteskabet og familien [53].

109. Jeg skal med det samme bemærke, at kausaliteten mellem den omhandlede ulige behandling og beskyttelsen af ægteskabet og familien, som i sig selv skulle kunne udgøre et »legitimt formål«, er tvivlsom efter min opfattelse.

110. Selv hvis det antages, at et sådant formål kan anses for legitimt, forekommer bestemmelserne i 1. RGG's § 10, stk. 6, mig ikke, hvorledes det end forholder sig, at kunne bestå den prøvelse af velbegrundethed og

52 — Det skal dog bemærkes, at 1. RGG's § 10, stk. 6, bestemmer, at den mere fordelagtige beregningsmetode, der følger af anvendelsen af skatteklasse III/0, ikke alene skal anvendes på gifte pensionsmodtagere, men også på pensionsmodtagere, som ikke er gift, men som har krav på børnetilskud eller tilsvarende ydelser.

53 — Jeg vender tilbage til dette i forbindelse med besvarelsen af den sidste række spørgsmål vedrørende betydningen af den tyske forfatnings artikel 6, stk. 1, der fastsætter et formål af denne karakter.

forholdsmæssighed, som direktiv 2000/78 dernæst fastsætter ved at kræve, at »midlerne til at opfylde det[te formål] er hensigtsmæssige og nødvendige«. Jeg er af den opfattelse, at der er andre måder at fremme ægteskabet på end selv indirekte at skade de økonomiske interesser for homoseksuelle par, som under alle omstændigheder ikke har adgang til at indgå ægteskab i Tyskland og derfor ikke risikerer at vende sig bort fra det og foretrække et registreret partnerskab. Under alle omstændigheder kan ægteskabet beskyttes, uden at det vil være hverken adækvat eller bydende nødvendigt at gøre én retligt anerkendt konjugal levemåde mere fordelagtig i forhold til en anden [54].

111. Henset til disse betragtninger, tilkommer det den forelæggende ret, som har enekompetence til at bedømme de faktiske omstændigheder i den sag, den er forelagt, og til at fortolke de anvendelige nationale lovbestemmelser, at afgøre, om der konkret foreligger en indirekte forskelsbehandling. Retten skal bedømme, i hvilket omfang den omstændighed, at Jürgen Römer modtager en mindre pension end en gift person i henhold til første RGG's § 10, stk. 6, er objektivt begrundet i et legitimt formål, og om den forudgående betingelse for at opnå denne fordel, som består i, at der skal foreligge et aktuelt ægteskab, er et proportionalt middel til at nå et sådant formål.

54 — Jf. kendelsen afsagt af Bundesverfassungsgericht den 7.7.2009, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har ligeledes understreget følgende: Når den skønsmargin, der er overladt medlemsstaterne, er snæver [som i tilfælde af] en forskelsbehandling baseret på […] seksuel orientering […], kræver proportionalitetsprincippet, at den foranstaltning, der træffes, normalt er egnet til at nå det forfulgte mål, men det indebærer også en pligt til at påvise, at det var nødvendigt for at nå dette mål at udelukke visse personer — i det foreliggende tilfælde individer, der lever i et homoseksuelt forhold — fra anvendelsesområdet for den foranstaltning, det drejer sig om (dommen i sagen Karner mod Østrig af 24.7.2003, *Reports of Judgments and Decisions* 2003-IX, præmis 41).

3. Foreløbig konklusion

112. Sammenfattende vedrørende samtlige de problemstillinger, der er omfattet af det tredje spørgsmål, foreslår jeg Domstolen at besvare dette spørgsmål med, at bestemmelserne i artikel 1 og 2, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78, er til hinder for bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede, hvorefter en pensionsmodtager, der lever i et registreret partnerskab, ikke oppebærer en supplerende alderspension svarende til den, som ydes til gifte pensionsmodtagere, som ikke vedvarende lever adskilt, selv om det registrerede partnerskab i national ret placerer personer af samme køn i en situation, der kan sammenlignes med ægtefællers situation for så vidt angår den omhandlede pension. Vurderingen af sammenligneligheden skal være fokuseret på ægtefællers og registrerede partneres rettigheder og pligter, således som de følger af henholdsvis de bestemmelser, der gælder for ægteskab, og dem, der gælder for registreret partnerskab, som er relevante i forhold til betingelserne for tildeling af den omhandlede ydelse. Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om en

registreret partner befinder sig i en retlig og faktisk situation, der kan sammenlignes med situationen for en ægtefælle, der modtager den supplerende alderspension, som er fastsat ved den erhvervstilknyttede pensionsordning, som administreres af Freie und Hansestadt Hamburg.

113. Subsidiært foreligger der, såfremt sammenlignelighedsvurderingen udelukker, at der er tale om en direkte forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, i det mindste en indirekte forskelsbehandling som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra b), nr. i), i direktiv 2000/78, idet bestemmelserne i første RGG's § 10, stk. 6, som for det første fastsætter en beregningsmetode for en supplerende alderspension, der er mere fordelagtig for gifte pensionsmodtagere, som ikke vedvarende lever adskilt, hvilket er særligt ufordelagtigt for en pensionsmodtager, der lever i et registreret partnerskab, og for det andet ikke objektivt opfylder et legitimt formål eller udgør et hverken tilstrækkeligt eller nødvendigt middel til at nå et sådan mål, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at afgøre.

D — *Tilsidesættelsen af artikel 141 EF eller et almindeligt EU-retligt princip*

114. Med sit fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om første RGG's § 10, stk. 6, i tilfælde af, at det ikke fastslås, at den nationale bestemmelse er i strid med direktiv 2000/78, ikke desto mindre er i strid med artikel 141 EF eller et almindeligt fællesskabsretligt princip.

115. Dette spørgsmål kan mere præcist opdeles i tre alternativer. Arbeitsgericht Hamburg har i sin supplerende anmodning om præjudiciel afgørelse anført præciseringer hertil.

116. Det bemærkes, at det første og andet tilfælde, der er omhandlet i det fjerde spørgsmål, er de tilfælde, hvor spørgsmålene om, hvorvidt anvendelsen af direktiv 2000/78 eventuelt er udelukket, bliver besvaret bekræftende. Det fjerde spørgsmåls tredje led vedrører det tilfælde, hvor det bliver fastslået, at første RGG's § 10, stk. 6, ikke er i strid med princippet om forbud mod forskelsbehandling, hverken direkte eller indirekte, som fastsat ved direktiv 2000/78. Af ovennævnte grunde er disse tre led af dette præjudicielle spørgsmål efter min opfattelse uden genstand. Dog vil jeg for fuldstændighedens skyld i tilfælde af, at Domstolen ikke følger mine forslag, subsidiært give den følgende besvarelse.

117. Hvad angår en eventuel tilsidesættelse af artikel 141 EF forekommer det mig ikke, at der er tale om en sådan i tvisten i hovedsagen. Det erindres, at denne artikel opstiller

»princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi«.

118. Det lovgivningsmæssige indhold af første RGG's § 10, stk. 6, kan ikke udgøre en krænkelse af det således affattede princip, da den forskellige behandling ved pensionsberegningen, der foretages til skade for sagsøgeren i hovedsagen, ikke hviler på en sondring mellem mænd og kvinder, men mellem gifte ansatte og de øvrige. Faktisk konstaterer den forelæggende ret selv dette, men foreslår, at den pågældende bestemmelse alligevel kunne være diskriminerende på grundlag af den omstændighed, at sagsøgeren i hovedsagen er en mand, idet Jürgen Römer kun har kunnet indgå registreret partnerskab og ikke et ægteskab som retlig forbindelse med en anden mand.

119. Ikke desto mindre skal jeg i lighed med Kommissionen påpege, at den omhandlede nationale bestemmelse er til skade for pensionsmodtagere af samme køn, uanset om det registrerede partnerskab er indgået mellem to mænd eller to kvinder. Desuden er den ufordelagtige stilling, som Jürgen Römer er placeret i, hverken knyttet til hans køn eller til hans partners køn, men vedrører alene det forhold, at der ikke er indgået ægteskab. Det forekommer mig åbenlyst, at en sådan bestemmelse ikke kan være i strid med artikel 141 EF, der omhandler forskelsbehandling som følge af køn og ikke som følge af seksuel orientering.

120. Ganske vist ligner den forelæggende rets argumentation det ræsonnement, Domstolen fulgte i K.B.-sagen [55], hvorefter artikel 141 EF i princippet var til hinder for en lovgivning, der i strid med den europæiske menneskerettighedskonvention (herefter »EMRK«) hindrede et par, hvor den ene var transseksuel og havde undergået en kønsskifteoperation, men fortsat var indført i folkeregisteret som værende af samme køn som den anden, i at opfylde den nødvendige betingelse om, at de skal have indgået ægteskab for, at den ene af dem kan opnå ret til en del af den andens løn i artikel 141 EF's forstand, nemlig en enkemandspension.

121. Selv om Jürgen Römer og hans partner befinder sig i en situation, der ligner den, hvori de berørte i K.B.-sagen befandt sig, eftersom ægteskab er forbeholdt personer af forskelligt køn, mener jeg imidlertid ikke, at denne hindring i det foreliggende tilfælde kan betegnes som en forskelsbehandling på grundlag af køn. I den pågældende sag rejste Domstolen ikke tvivl om foreneligheden med fællesskabsretten af Det Forenede Kongeriges lovgivning, for så vidt som den ikke gav par af samme køn adgang til ægteskab, men alene for så vidt som den medførte en ulige behandling ved at angive en ufravigelig forudgående betingelse for tildelingen af enkemandspension, nemlig muligheden for at gifte sig [56]. Ligeledes er den umulighed, der er til skade for Jürgen Römer, en konsekvens af, at Tyskland under udøvelse af dets kompetencer på

55 — Dom af 7.1.2004, sag C-117/01, Sml. I, s. 541.
56 — Dommens præmis 28, 30 og 33.

området for civilstand har valgt at forbeholde ægteskabet for par af forskelligt køn. Eftersom dette lovgivningsmæssige valg har de samme konsekvenser for homoseksuelle personer uafhængigt af, om der er tale om kvinder eller mænd, kan en sådan betingelse ikke i sig selv anses for kønsdiskriminerende.

122. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt første RGG's § 10, stk. 6, eventuelt udgør en tilsidesættelse af et almindeligt EU-retligt princip, idet bestemmelsen stiller sagsøgeren i hovedsagen ufordelagtigt som følge af hans seksuelle orientering, har den forelæggende ret støttet sit spørgsmål på Mangold-dommen [57]. Retten har anført, at direktiv 2000/78 ifølge den pågældende dom ikke i sig selv indeholder noget princip om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, hvorfor dette princip må anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip. I sin supplerende forelæggelse har retten henvist til muligheden af en tilsidesættelse af et »(andet) almindeligt fællesskabsretligt princip«, som forekom retten at være i strid med princippet om lige løn til mænd og kvinder indeholdt i artikel 141 EF, men retten præciserede ikke, hvilket andet princip der kunne være tale om i det foreliggende tilfælde.

123. I tilfælde af, at Domstolen er af den opfattelse, at dette spørgsmål ikke er uden genstand i forhold til den kombination af situationer, der er opregnet som forudsætninger, bemærkes, at Mangold-dommen og Kücükdeveci-dommen [58] med sikkerhed bekræfter, at direktiv 2000/78 ikke indeholder noget princip om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, da dette princip har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som det fremgår af direktivets artikel 1 samt første og fjerde betragtning hertil.

124. Domstolen har i denne sammenhæng anerkendt, at der gælder et princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, der skal anses for et almindeligt EU-retligt princip, som direktivet blot konkretiserer ved at opstille en generel ramme for det område, det dækker [59]. Desuden har Domstolen understreget, at »[e]nhver forskelsbehandling på grund af […] alder er forbudt« i henhold til artikel 21, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder, der har samme juridiske værdi som traktaterne ifølge artikel 6, stk. 1, TEU [60].

125. Tilbage er at afgøre, om denne retspraksis kan gennemføres på en sådan måde, at forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering har samme status som almindeligt EU-retligt princip som den

57 — Præmis 74 og 75.

58 — Mangold-dommen, præmis 74, og Kücükdeveci-dommen, præmis 20.

59 — Mangold-dommen, præmis 75, samt Kücükdeveci-dommen, præmis 21.

60 — Kücükdeveci-dommen, præmis 22.

status, forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder har.

126. Som allerede anført blev artikel 13, stk. 1, EF ændret ved Amsterdamtraktaten, der blev undertegnet den 2. oktober 1997 og trådte i kraft den 1. maj 1999, således at Fællesskabet inden for rammerne af dets materielle kompetencer fik tildelt specifikke kompetencer til at bekæmpe alle former for forskelsbehandling på grundlag af en af de seks kategorier af grunde, som bestemmelsen opregner, hvor seksuel orientering er iblandt [61].

127. På daværende tidspunkt var det ikke alle medlemsstater, som fordømte forskelsbehandling på grundlag af dette kriterium, og det var heller ikke nævnt i EMRK. I Grant-dommen, der blev afsagt den 17. februar 1998 [62], udtalte Domstolen, at faste samlivsforhold mellem homoseksuelle ikke efter gældende ret i Fællesskabet kunne ligestilles med forhold mellem gifte personer eller med faste heteroseksuelle samlivsforhold uden for ægteskab. Domstolen udledte heraf, at en forskellig behandling på grundlag af seksuel orientering ikke var forbudt, da der ikke fandtes nogen fællesskabsretlig norm, der udtrykkeligt forbød det, og tilføjede, at det i givet fald kun kunne tilkomme lovgiver at vedtage foranstaltninger, som kunne ændre denne situation.

128. Som generaladvokat Ruiz Jarabo Colomer har bemærket, stod den restriktive tilgangsvinkel, som Domstolen valgte, i kontrast til f.eks. retspraksis vedrørende forskelsbehandling af kvinder på grund af moderskab [63]. Den senere retspraksis viser ligeledes en vis tilbageholdenhed med at gennemføre forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering [64].

129. Efter min opfattelse er der under en streng juridisk synsvinkel ingen begrundelse for at foretage en mindre intens anvendelse af ligebehandlingsprincippet for så vidt angår forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering end for så vidt angår den forskelsbehandling, der er støttet på de øvrige grunde nævnt i artikel 13 EF. At indrømme, at der på

61 — Direktiv 2000/78 er vedtaget på grundlag af denne bestemmelse ligesom Rådets direktiv 2000/43/EF af 29.6.2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse (EFT L 180, s. 22) og Rådets direktiv 2004/113/EF af 13.12.2004 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser (EUT L 373, s. 3). For at supplere disse retlige rammer fremsatte Kommissionen den 2.7.2008 et forslag til et direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering uden for arbejdsmarkedet (KOM(2008) 426 endelig).

62 — Dom af 17.2.1998, sag C-249/96, Sml. I, s. 621, præmis 35 ff.

63 — Jf. punkt 92 i forslaget til afgørelse i Maruko-sagen samt de talrige henvisninger, der er nævnt (fodnote på s. 90).

64 — Navnlig dom af 31.5.2001, forenede sager C-122/99 P og C-125/99 P, D. og Sverige mod Rådet, Sml. I, s. 4319, hvis indhold der er redegjort for i punkt 94 i forslaget til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i Maruko-sagen.

dette område findes en speciel ømfindtlighed, der har en retlig rækkevidde, vil betyde, at Domstolen tillægger uberettigede fordomme, uanset oprindelse, vægt og nægter personer med en seksuel orientering, der er i mindretal, en lige retlig beskyttelse.

130. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har således siden 1999 fastslået, at en forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering er omfattet af EMRK's artikel 14, hvis indhold ikke er indskrænkende, og at en sådan forskelsbehandling ikke kan tolereres i medfør af konventionen [65]. De grundlæggende rettigheder, der er sikret ved EMRK, udgør imidlertid en integrerende del af de normer, som Den Europæiske Union sikrer overholdelsen af i form af almindelige principper i overensstemmelse med artikel 6, stk. 3, TEU. Forbuddet mod »enhver forskelsbehandling på grund af […] seksuel orientering« blev således indskrevet i artikel 21, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, hvis formål ikke var at skabe nye rettigheder, men at bekræfte de grundlæggende rettigheder, der anerkendes af EU-retten [66].

131. På baggrund af disse betragtninger forekommer det mig, at forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering i lighed med, hvad Domstolen har fastslået med hensyn til forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder, skal anses for et almindeligt EU-retligt princip [67].

132. I det efter min opfattelse lidet sandsynlige tilfælde, at de i hovedsagen omhandlede

65 — Dommen i sagen Salgueiro Da Silva Mouta mod Portugal af 21.12.1999, *Reports of Judgments and Decisions* 1999-IX, præmis 28 og 36. Jf. desuden dommen i sagen S.L. mod Østrig af 9.1.2003, *Reports of Judgments and Decisions* 2003-I, præmis 37 (»forskelle på grundlag af seksuel orientering skal være begrundet af særligt vægtige grunde«) og den deri nævnte retspraksis i denne retning, og dommen i sagen Kozak mod Polen af 2.3.2010, endnu ikke trykt i *Reports of Judgments and Decisions*, (i præmis 98 og 99 udtaler Menneskerettighedsdomstolen, at beskyttelsen af familien, som er baseret på forbindelsen mellem en mand og en kvinde, som fastsat i den polske forfatning, i princippet udgør et lovligt hensyn, der kan begrunde en forskellig behandling. Den tilføjer imidlertid, at når den forsøger at varetage den tilsigtede ligevægt mellem beskyttelsen af familien og de rettigheder, som konventionen anerkender for de seksuelle minoriteter, skal staten tage hensyn til den samfundsmæssige udvikling, navnlig den omstændighed, at der ikke kan eksistere en enkelt måde for personer at føre deres privatliv på. Da Menneskerettighedsdomstolen ikke kunne antage, at det med henblik på at beskytte familien generelt var nødvendigt at nægte overførsel af et lejemål til personer, der lever i et homoseksuelt forhold, fastslog den med enstemmighed at der forelå tilsidesættelse af EMRK's artikel 14, sammenholdt med artikel 8).

66 — Det anføres i chartrets præambel, at chartret »under hensyn til Unionens kompetencer og opgaver samt nærhedsprincippet [bekræfter] de rettigheder, der bl.a. følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner og internationale forpligtelser, [EMRK], de socialpagter, som Unionen og Europarådet har vedtaget, samt Den Europæiske Unions Domstols og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis«.

67 — Mangold-dommens præmis 76 begynder således: »det almindelige princip om ligebehandling, *bl.a.* med hensyn til alder […]« (min fremhævelse), hvilket gør det muligt at antage, at Domstolen ikke har haft til hensigt at begrænse sin tilgangsvinkel til denne ene grund, idet det erindres, at direktiv 2000/78 har til formål at bekæmpe forskelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv »på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering« (artikel 1). Desuden har generaladvokat Tizzano påpeget, at »Domstolen allerede inden vedtagelsen af direktiv 2000/78 og de deri indeholdte særlige bestemmelser bekræftede, at der findes *en almindelig lighedsgrundsætning*« (min fremhævelse) (jf. punkt 83 i forslaget til afgørelse i Mangold-sagen og den deri nævnte retspraksis).

bestemmelser ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2000/78, kan det ikke udelukkes, at disse bestemmelser — nærmere bestemt udtrykket »gift«, der begrænser deres anvendelsesområde — krænker et almindeligt EU-retligt princip vedrørende forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering.

E — *Sagens tidsmæssige aspekter*

135. Det femte og sjette spørgsmålet vil blive behandlet samlet, da de begge vedrører problemer i forhold til den tidsmæssige anvendelse under forskellige synsvinkler.

133. Det skal ikke desto mindre understreges, at såfremt Domstolen støtter nævnte kontrol på et almindeligt princip og ikke på direktiv 2000/78, vil dette få indflydelse på besvarelsen af det femte spørgsmål, der er stillet af den forelæggende ret, dvs. spørgsmålet om de tidsmæssige virkninger af tilsidesættelsen af EU-retten.

1. De tidsmæssige virkninger af retten til ligebehandling

136. Den forelæggende ret har anført, at det femte spørgsmål har til formål at afklare, hvilke retlige konsekvenser retten med henblik på at træffe afgørelse i den foreliggende sag skal drage af de svar, Domstolen giver på de første fire præjudicielle spørgsmål.

134. Sammenfattende er jeg principalt af den opfattelse, at der ikke i det foreliggende tilfælde er grund til at besvare det fjerde præjudicielle spørgsmål. I modsat fald foreslår jeg ikke desto mindre subsidiært Domstolen at udtale, at første RGG's § 10, stk. 6, ikke indebærer en tilsidesættelse af artikel 141 EF, men vil kunne udgøre en krænkelse af det almindelige EU-retlige princip, som udgøres af forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, hvilet det påhviler den forelæggende ret at tage stilling til på baggrund af omstændighederne i den tvist, der er forelagt den.

137. Den forelæggende ret har anført, at den for det først er i tvivl om, hvorvidt sagsøgeren i hovedsagen i tilfælde af, at Domstolen medgiver, at den omstændighed, at den berørte har været stillet ufordelagtigt, udgør en tilsidesættelse af EU-retten, kan kræve af sagsøgte i hovedsagen at blive behandlet på samme måde som gifte pensionsmodtagere, der ikke vedvarende lever adskilt, og dette endog inden første RGG's § 10, stk. 6, blev ændret i denne henseende.

138. I denne forbindelse har den forelæggende ret anført, at Freie und Hansestadt Hamburg i det foreliggende tilfælde ikke er en privat arbejdsgiver, selv om der er tale om en civilretlig ansættelseskontrakt, men et offentligt organ, der på en gang handler som arbejdsgiver og som lovgiver i forhold til den omhandlede bestemmelse.

139. Jeg er af den opfattelse, at sagsøgeren i hovedsagen i tilfælde af, at det lægges til grund, at der er sket direkte eller indirekte forskelsbehandling, vil kunne gøre krav på retten til ligebehandling, uden at der er grund til at afvente, at den omtvistede nationale bestemmelse ændres af den tyske lovgiver.

140. For det andet ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, fra hvilken dato ophævelsen af første RGG's § 10, stk. 6, skal gælde. Retten har præciseret, at den er af den opfattelse, at det, såfremt Domstolen måtte lægge til grund, at bestemmelsen alene tilsidesætter direktiv 2000/78, ville være logisk, at sagsøgte i hovedsagen gav sagsøgeren i hovedsagen ret til udbetaling af pension i samme størrelsesorden som den, der udbetales til gifte pensionsmodtagere, senest fra udløbet af fristen i artikel 18, stk. 1, for at gennemføre direktiv 2000/78, dvs. fra den 3. december 2003.

141. Retten har tilføjet, at det forekommer den, at starttidspunktet kan fastsættes på et senere tidspunkt i tilfælde af, at Domstolen tillægger det afgørende betydning, at et registreret partnerskab indgået mellem personer af samme køn først er blevet tilnærmet til ægteskabet i national ret i flere stadier. Retten har anført, at i et sådant tilfælde vil de retlige virkninger af den fortolkning, Domstolen lægger til grund, først kunne finde anvendelse for sagsøgeren i hovedsagen f.eks. efter, at lov af 15. december 2004 om ændring af retten til registreret partnerskab trådte i kraft, dvs. den 1. januar 2005.

142. Mens Kommissionen tilslutter sig det standpunkt, den forelæggende ret således har indtaget, har sagsøgeren i hovedsagen kun indtaget et lignende synspunkt for så vidt angår den første dato, der er foreslået af den forelæggende ret [68]. Jürgen Römer har medgivet, at Domstolen vil kunne udtale, at virkningerne skal være begrænset til pensionsudbetalinger, der ligger efter den 2. december 2003. Han er imidlertid af den opfattelse, at hans pensionsudbetalinger fra denne dato under alle omstændigheder skal beregnes på grundlag af alle de bidrag, han har indbetalt, uafhængigt af datoen for dem.

143. Derimod har sagsøgeren i hovedsagen bestridt synspunktet om, at starttidspunktet kan udskydes yderligere med henblik på at tage hensyn til en udvikling i ordningen for

68 — Det skal dog bemærkes, at den formulering, han anvender i denne sammenhæng, forekommer mig at være tvetydig eller uprægis, eftersom han gør gældende, at »[Domstolens] afgørelse [vil] klarlægge direktivets indhold, således som det skulle have været forstået *fra den 2. december 2003, datoen for dets ikrafttræden*« (min fremhævelse). Det fremgår imidlertid af artikel 20 i direktiv 2000/78, at det trådte i kraft på datoen for dets offentliggørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, dvs. den 2.12.2000, mens artikel 18 bestemmer, at medlemsstaterne havde frist til den 2.12.2003 til at gennemføre det i national ret.

registreret partnerskab i tysk ret. Hvad angår direkte forskelsbehandling har han gjort gældende, at de underholdsforpligtelser, der gælder mellem de registrerede partnere, har været sammenfaldende med dem, der påhviler ægtefæller, siden indførelsen af det registrerede partnerskab i 2001 [69]. Han har udledt heraf, at tidligere ansatte ved Freie und Hansestadt Hamburg, der har indgået et registreret partnerskab, hele tiden har befundet sig i den samme situation som gifte tidligere ansatte i forhold til adgangen til de omtvistede supplerende pensionsydelser. Hvad angår indirekte forskelsbehandling har han subsidiært anført, at han fra begyndelsen har været offer for en forskelsbehandling på grundlag af sin seksuelle orientering.

144. For at besvare dette spørgsmål er det tænkeligt, at der må sondres mellem forskellige situationer. For det første vil det, såfremt Domstolen finder, at der i det foreliggende tilfælde er tale om en forskelsbehandling knyttet til en tilsidesættelse af direktiv 2000/78, kunne lægges til grund, at sagsøgeren i hovedsagen ikke kan være berettiget til de samme rettigheder til supplerende pension som gifte pensionsmodtagere før udløbet af den frist, der er pålagt medlemsstaterne til at gennemføre direktivet, dvs. den 2. december 2003. Et argument, der taler i denne retning, er, at direktivet ikke kan tillægges tilbagevirkende kraft ved at beslutte at anvende det inden udløbet af gennemførelsesfristen. For det andet ønsker den forelæggende ret, såfremt Domstolen derimod besvarer det tredje spørgsmål benægtende, subsidiært oplyst, om første RGG's § 10, stk. 6, strider mod artikel 141 EF eller et almindeligt EU-retligt princip. I dette tilfælde er fristen for gennemførelsen af direktiv 2000/78 uden betydning for behandlingen af tvisten i hovedsagen.

145. En sådan sondring tager imidlertid ikke højde for, at Domstolen, som jeg har anført ovenfor, har understreget, at direktiv 2000/78 ikke i sig selv indeholder noget princip om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv [70]. Domstolen har udledt heraf, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip, og at spørgsmålet om, hvorvidt det almindelige princip om ligebehandling er overholdt, ikke alene kan afhænge af udløbet af den frist, der er givet medlemsstaterne til at gennemføre et direktiv, hvis formål er at fastlægge en generel ramme for bekæmpelsen af forskelsbehandling på grund af dette kriterium. Domstolen tilføjede, at det påhvilede den nationale ret at sikre dette almindelige princips fulde virkning, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov,

69 — Sagsøgeren i hovedsagen har anført, at det alene var rangordenen af underholdsbidragene mellem ægtefæller i forhold til øvrige underholdsbidrag, der først var affattet anderledes, men at dette ikke har nogen betydning for, om underholdsforpligtelserne mellem ægtefæller og mellem registrerede partnere og deres partnere kan sammenlignes.

70 — Mangold-.dommen, præmis 74, og Kücükdeveci-dommen, præmis 20.

også selv om fristen for gennemførelse af direktivet, som angivet i dets artikel 18, endnu ikke var udløbet.

146. Efter min opfattelse skal der anlægges et identisk ræsonnement på alle punkter i forhold til princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering. Da direktiv 2000/78 i det væsentlige har til formål at lette den konkrete anvendelse af dette almindelige EU-retlige princip, berører det hverken dets indhold eller dets rækkevidde. Da princippet ikke er knæsat, men blot tilkendegivet ved direktivet, er det muligt at antage, at en tilsidesættelse af princippet samt de retlige virkninger, der følger heraf, kan gå tilbage til et tidspunkt, der ligger før den 2. december 2003. I givet fald vil de konsekvenser, som den forelæggende ret skal drage i den sag, der er forelagt for den, ikke være knyttet til datoen for af direktiv 2000/78's ikrafttræden eller til udløbet af fristen for gennemførelse heraf, eftersom det således anerkendte almindelige forbud mod forskelsbehandling går ud over en sådan norm i afledt ret.

147. Henset til den udvikling, jeg allerede har redegjort for, fremgår det, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering ikke var anerkendt af Domstolen i dens retspraksis fra 1990'erne. Det erindres dog, at domstolen i Strasbourg i december 1999 [71] traf afgørelse om, at en sådan forskelsbehandling ikke var i overensstemmelse med EMRK. I betragtning af den omstændighed, at Den Europæiske Union sikrer de grundlæggende rettigheder, der er beskyttet ved denne konvention [72], som almindelige principper, og henset til, at chartret om grundlæggende rettigheder blot kodificerer de rettigheder, som allerede er sikret i Den Europæiske Union [73], synes det åbenbart, at retten til ligebehandling som følge af seksuel orientering allerede var et almindeligt retligt princip anerkendt af EU-retten på det tidspunkt, da Jürgen Römer indgik registreret partnerskab med sin samlever, dvs. den 15. oktober 2001.

148. Såfremt Domstolen ikke følger min argumentation på dette punkt og ønsker at støtte sig på gennemførelsen af bestemmelserne i direktiv 2000/78, skal der gøres forskel med hensyn til ikrafttrædelsestidspunktet, afhængigt af hvilken type forskelsbehandling Domstolen lægger til grund, at der er tale om.

149. I tilfælde af direkte forskelsbehandling foreligger en sådan således først fra det tidspunkt, hvor den situation, som pensionsmodtagerne i det registrerede partnerskab befandt sig i, kunne sammenlignes med den, som gifte pensionsmodtagere befandt sig i, i forhold til den omhandlede supplerende pension.

150. Det vil i lighed med, hvad der er foreslået af den forelæggende ret, og i modsætning til, hvad sagsøgeren i hovedsagen har

71 — Dommen i sagen Salgueiro Da Silva Mouta mod Portugal.

72 — Artikel 6, stk. 3, TEU.

73 — Chartrets præambel.

gjort gældende, kunne vise sig, at der først er opstået en tilstrækkelig overensstemmelse mellem de rettigheder og pligter, der følger af ægteskabet, og dem, der følger af det registrerede partnerskab, begrænset til de relevante elementer i forhold til den omhandlede fordel, gradvist og ikke ved vedtagelsen af den første lov, der regulerer dette. Da fastlæggelsen af denne konvergenstærskel skal ske ved en analyse og en fortolkning af national ret, tilkommer det imidlertid den forelæggende ret at foretage den.

151. I denne forbindelse skal det understreges, at det er anført i forelæggelsesafgørelsen, at den retlige status for registret partnerskab som omhandlet i LPartG i dens oprindelige version, som vedtaget ved lov af 16. februar 2001, delvist var inspireret af den retlige status i ægteskabet, men for så vidt angik den resterende del adskilte sig herfra [74], og at denne status har været ændret tre gange, hvoraf den ene ændring med virkning fra den 1. januar 2005 øgede lighederne mellem det registrerede partnerskab og ægteskabet [75] i en sådan grad, at der ikke længere er betydelige retlige forskelle mellem disse to civilstande i tysk retsorden. Selv om denne analyse af en gradvis tilnærmelse er bestridt af sagsøgeren i hovedsagen, forekommer det åbenlyst, at den forelæggende ret skal tage hensyn til den således beskrevne progressive udvikling i national ret, som i øvrigt forener det standpunkter, der blev indtaget af det to tyske højesteretter i forbindelse med afgørelser [76] truffet i direkte forlængelse af Maruko-dommen [77]. Ikke desto mindre afhænger Jürgen Römers mulighed for at påberåbe sig ligebehandling på et givet tidspunkt frem for et andet i det væsentlige afhænge af, hvilke kriterier Domstolen anser for at være dem, som den forelæggende ret skal anvende med henblik på at foretage sammenligningen mellem de to typer situationer.

152. I tilfælde af indirekte forskelsbehandling er det derimod ikke nødvendigt, at der foreligger retligt set sammenlignelige situationer, men alene, at der er tale om en særligt ufordelagtig stilling, som ikke er begrundet i et legitimt formål. Den forpligtelse, der påhviler den forelæggende ret, til at drage konsekvenser, som er i overensstemmelse med EU-retten, vil således kunne have virkning fra det tidspunkt, hvor den tyske lovgiver

74 — Hvad angår alderspension har den forelæggende ret nævnt, at LPartDisBG (Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften) ikke indeholdt bestemmelse om kompensatorisk fordeling af pensionsrettigheder mellem de registrerede partnere i tilfælde af opløsning af partnerskabet, og ingen bestemmelser indeholdt om pensionsrettigheder i tilfælde af død. Ikke desto mindre er det min opfattelse, at den effektive virkning af princippet om forbud mod forskelsbehandling i EU-retten ikke vil kunne sikres, såfremt man i forbindelse med sammenligningen af situationerne tager hensyn til faktorer, som er rent hypotetiske i forhold til parternes givne situation. Henset til omstændighederne i den foreliggende sag, og idet det bemærkes, at det registrerede partnerskab indgået i 2001 af Jürgen Römer blot legaliserede et fast forhold, eftersom det faktisk havde eksisteret siden 1969, og henset til den omstændighed, at der i det foreliggende tilfælde er tale om en ydelse, der opstiller som betingelse, at pensionsmodtageren er gift og ikke vedvarende lever adskilt, forekommer det mig at være uberettiget ved den nævnte sammenligning at tage hensyn til reglerne vedrørende partnerskabets opløsning.

75 — Jf. i denne forbindelse Maruko-dommen, navnlig præmis 12 ff.

76 — Jf. dom afsagt den 14.1.2009 af den tyske forbundsarbejdsret (Bundesarbeitsgericht), særligt præmis 34, og kendelse truffet den 7.7.2009 af Bundesverfassungsgericht, særligt præmis 36 ff.

77 — De to ovennævnte afgørelser henviste udtrykkeligt til dommen afsagt af Domstolen den 1.4.2008 i Maruko-sagen.

indførte det registrerede partnerskab, dvs. fra den 1. august 2001, datoen for LPartG's ikrafttræden. For så vidt angår sagsøgeren i hovedsagen vil han kunne kræve at blive stillet som gifte pensionsmodtagere, der ikke vedvarende lever adskilt, ved beregningen af hans supplerende pension fra måneden efter sin indgåelse af registreret partnerskab.

153. Følgelig foreslår jeg, at det femte spørgsmål besvares med, at det påhviler den nationale ret at sikre den fulde virkning af det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling i forhold til seksuel orientering ved at undlade at anvende enhver bestemmelse i national ret, såsom første RGG's § 10, stk. 6, som er i strid med dette princip, og dette endog regnet fra et tidspunkt, der ligger før udløbet af fristen for gennemførelsen af direktiv 2000/78.

2. En tidsmæssig begrænsning af virkningerne af Domstolens dom

154. Med sit sjette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om der i tilfælde af, at Domstolen fastslår, at direktiv 2000/78, artikel 141 EF eller et almindeligt EU-retligt princip er til hinder for bestemmelser som dem, der er omhandlet i hovedsagen, er grundlag for tidsmæssigt at begrænse retten til en pension af samme størrelse som den, der udbetales til gifte pensionsmodtagere, og især, om der er grundlag for at antage, at ligebehandlingen ved beregningen af pensionsydelserne kun skal sikres for så vidt angår de andele af pensionsydelserne, som pensionsmodtageren har krav på vedrørende bidragsperioder, der ligger efter den 17. maj 1990; jf. Barber-dommen, som blev afsagt på denne dato [78].

155. Sagsøgeren i hovedsagen og Kommissionen er enige om at antage, at der ikke er grundlag for en tidsmæssig begrænsning af virkningerne af den dom, der skal afsiges, og Kommissionen har i den forbindelse henvist til Maruko-dommen, hvorved et lignende spørgsmål blev behandlet [79].

156. Det følger af fast retspraksis, at den fortolkning, som Domstolen foretager af en EU-retlig regel under udøvelse af sin kompetence i henhold til artikel 267 TEUF, i nødvendigt omfang belyser og præciserer betydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den skal forstås og anvendes, henholdsvis burde have været forstået og anvendt, fra sin ikrafttræden. Heraf følger, at den således fortolkede regel kan og skal anvendes af

78 — Barber-dommen vedrørende ligebehandling af mandlige og kvindelige arbejdstagere med hensyn til løn, hvorved Domstolen fastslog, at »den direkte virkning af traktatens artikel 119 [artikel 141 EF] [kan] ikke påberåbes til støtte for krav om tilkendelse af pensionsret fra et tidspunkt, der ligger forud for afsigelsen af nærværende dom, medmindre arbejdstagerne eller disses retssuccessorer forinden har anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage i henhold til gældende national ret« (præmis 45).

79 — Præmis 77 ff.

domstolene endog i forbindelse med retsforhold, der er stiftet og består, før der afsiges dom vedrørende fortolkningsanmodningen, såfremt betingelserne for at anlægge sag om anvendelsen af den nævnte regel i øvrigt er opfyldt [80].

157. Domstolen kan undtagelsesvis, under hensyn til de alvorlige vanskeligheder, som dens dom vil kunne have vedrørende fortidige retsforhold, finde anledning til at begrænse muligheden for at påberåbe sig den af Domstolen således fortolkede bestemmelse i forbindelse med en anmodning om en præjudiciel afgørelse. Domstolen kan i henhold til et almindeligt retssikkerhedsprincip, der er knæsat i Unionens retsorden, kun give adgang til en sådan tidsmæssig begrænsning på grundlag af selve den dom, der afgør fortolkningsspørgsmålet [81].

158. Det bemærkes, at Domstolen kun har truffet en sådan bestemmelse under ganske bestemte omstændigheder, hvor der dels var risiko for alvorlige økonomiske følger, navnlig fordi der var stiftet mange retsforhold i god tro i henhold til de pågældende retsforskrifter, som blev anset for at være lovligt i kraft, dels fremgik det, at borgerne og de nationale myndigheder var blevet tilskyndet til at følge en adfærd, som ikke var i overensstemmelse med EU-retlige forskrifter på grund af en objektiv og betydelig usikkerhed vedrørende EU-forskrifternes rækkevidde, en usikkerhed som de øvrige medlemsstater eller Kommissionen eventuelt selv havde bidraget til med den af dem fulgte adfærd [82].

159. I tilfælde af, at Domstolen har til hensigt at kommentere den tidsmæssige begrænsning af den dom, den er anmodet om at afsige, selv om hverken Forbundsrepublikken Tyskland eller Freie und Hansestadt Hamburg har krævet det, bemærkes, at det i forbindelse med den forelæggende præjudicielle sag på ingen måde fremgår af sagsakterne, at den økonomiske ligevægt i den supplerende pensionsordning, der administreres af sagsøgte i hovedsagen, risikerer at blive forstyrret med tilbagevirkende kraft uden en sådan begrænsning.

160. Det bemærkes, at det følger af første RGG's § 8, stk. 10, sidste punktum, at såfremt betingelserne i første RGG's § 10, stk. 6, nr. 1), dvs. tilstedeværelsen af en ægteskabelig forbindelse uden vedvarende afbrydelse, først bliver opfyldt, efter at pensionsudbetalingerne er påbegyndt, skal skatteklasse III/0, som er mere fordelagtig for pensionsmodtagerne,

80 — Jf. navnlig en dom, der for nyligt er afsagt af Store Afdeling: dom af 13.4.2010, sag C-73/08, Bressol m.fl. og Chaverot m.fl., Sml. I, s. 2735, præmis 90 ff. og den deri nævnte retspraksis.

81 — Jf. bl.a. dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne, Sml. s. 455, af 27.3.1980, sag 61/79, Denkavit italiana, Sml. s. 1205, præmis 17, af 6.3.2007, sag C-292/04, Meilicke m.fl., Sml. I, s. 1835, præmis 36 og 37, samt Barber-dommen, nævnt ovenfor, præmis 41 og 44.

82 — Jf. bl.a. dom af 27.4.2006, sag C-423/04, Richards, Sml. I, s. 3585, præmis 42, og dommen i sagen Bressol m.fl. og Chaverot m.fl., nævnt ovenfor, præmis 93 og den deri nævnte retspraksis.

på modtagerens opfordring finde anvendelse fra dette tidspunkt. I den hypotetiske situation, at Jürgen Römer i oktober 2001 kunne have indgået et ægteskab i stedet for et registreret partnerskab, skulle Freie und Hansestadt Hamburg have øget den supplerende pension, han fik udbetalt, i overensstemmelse med nævnte bestemmelser. I finansieringen af den omhandlede pensionsordning må der have været taget højde for, at der kunne indtræffe mulige ændringer i pensionsmodtagernes civilstand. Der er ingen holdepunkter for, at denne mulighed skulle være forøget væsentligt ved indførelsen af det registrerede partnerskab i tysk ret.

161. I øvrigt har sagsøgte i hovedsagen, der har afholdt sig fra at tage stilling til dette spørgsmål, end ikke gjort gældende, at der foreligger en økonomisk risiko. Den forelæggende ret har anført, at Freie und Hansestadt Hamburg fjernt fra at henvise til en frygt for alvorlige vanskeligheder tværtimod har understreget, at der alene i nogle få tilfælde af pensionsmodtagere, der har indgået registreret partnerskab, vil skulle træffes afgørelse om anvendelse af nye pensionsberegningsmetoder. Sagsøgeren i hovedsagen har præciseret, at der findes mindre end 15 000 registrerede partnerskaber, og at det antal pensionerede ansatte ved Freie und Hansestadt Hamburg, der har en partner af samme køn, ikke er egnet til at forårsage alvorlige økonomiske konsekvenser. I tilfælde af, at Domstolen besvarer de tidligere stillede spørgsmål bekræftende, vil de økonomiske konsekvenser af denne afgørelse således være begrænsede.

162. Jeg er følgelig af den opfattelse, at der, såfremt det er nødvendigt at besvare det sjette spørgsmål, ikke er grundlag for at begrænse de tidsmæssige virkninger af den dom, der bliver afsagt.

F — *Kombinationen mellem ligebehandlingsprincippet og et formål i henhold til national ret, såsom den særlige beskyttelse af ægteskabet og familien*

163. Ved en supplerende kendelse har Arbeitsgericht Hamburg stillet et syvende spørgsmål bestående af en række underspørgsmål, hvorved retten nærmere bestemt ønsker oplyst, om en bestemmelse i national forfatningsret, såsom princippet om den særlige beskyttelse af ægteskabet og familien fra statens side, som er indeholdt i ved artikel 6, stk. 1, i Grundgesetz, er egnet til at begrænse det fællesskabsretlige princip om forbud mod direkte eller indirekte forskelsbehandling, navnlig således som det fremgår af direktiv 2000/78.

1. Spørgsmålet om forrang for det EU-retlige princip om ligebehandling

164. Det syvende spørgsmåls første led vedrører problemet om, hvilken placering en tysk forfatningsretlig norm, dvs. artikel 6, stk. 1, i Grundgesetz, skal gives i tilfælde af, at Domstolen konstaterer, at der er tale om en direkte forskelsbehandling.

165. Et benægtende svar trænger sig på under hensyntagen til det grundlæggende princip i EU-retten, hvorefter fællesskabsretlige regler skal have forrang for alle nationale regler uanset deres trinfølge, herunder dem, der har forfatningsrang [83]. Forrangsprincippet har således en absolut rækkevidde. Såfremt dette ikke var tilfældet, ville det kunne skade EU-rettens enhed og endog dens effektivitet.

166. Det følger heraf, at bestemmelser som dem, der er indeholdt i Grundgesetz vedrørende beskyttelsen af ægteskabet og familien, ikke, selv om de har forfatningsrang, kan påvirke gyldigheden eller anvendelsen af det EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling. I tilfælde af, at EU-retten er til hinder for nationale bestemmelser, forpligter EU-rettens forrang den nationale ret til at anvende EU-retten og undlade at anvende de modstående nationale bestemmelser [84].

167. Kommissionen har understreget, at spørgsmålet, om der foreligger en krænkelse af direktiv 2000/78 eller et almindeligt EU-retligt princip, der forbyder forskelsbehandling, ikke kan afhænge af den nationale lovgivers vurderinger eller forpligtelser.

168. Alle disse betragtninger forudsætter imidlertid, at der er en regelkonflikt, hvilket efter min opfattelse ikke synes at være tilfældet her. Risikoen for en modstrid mellem artikel 6, stk. 1, i Grundgesetz og EU-retten er således kraftigt formindsket, efter at Bundesverfassungsgericht med hensyn til status i medfør af en erhvervstilknyttet pensionsordning har fastslået, at en sondring mellem ægteskab og registreret partnerskab ikke er berettiget, og at en person, der levede i et registreret partnerskab, i tilfælde af den pågældendes partners død følgelig havde ret til en efterladteydelse, på lige fod med en person, der var gift [85]. For at træffe denne afgørelse støttede BVerfG sin argumentation på bestemmelserne i tysk ret, herunder navnlig på artikel 3, stk. 1, i Grundgesetz, som fastsætter princippet om, at alle er lige for loven, men retten henviste også til Maruko-dommen [86] for så vidt angik tilstedeværelsen af en forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering. BVerfG tog klart stilling til den virkning, som bestemmelserne i artikel 6, stk. 1, i Grundgesetz kunne få på området, idet den fandt, at det i det konkrete tilfælde ikke var

83 — For så vidt angår en anvendelse af dette princip i forhold til en diskriminerende bestemmelse i den tyske forfatning, nemlig artikel 12a, der generelt udelukkede kvinder fra militære stillinger, som medfører brug af våben, se dom af 11.1.2000, sag C-285/98, Kreil, Sml. I, s. 69.

84 — Jf. senest dom af 19.11.2009, sag C-314/08, Filipiak, Sml. I, s. 11049.

85 — Kendelse afsagt den 7.7.2009 af Bundesverfassungsgericht (nævnt ovenfor), dvs. efter den kendelse, hvorved Arbeitsgericht Hamburg formulerede sine supplerende præjudicielle spørgsmål til Domstolen.

86 — Domstolens dom er omtalt i præmis 92 i Bundesverfassungsgerichts kendelse.

tilstrækkeligt til at begrunde en ulige behandling at henvise til ægteskabet og dets beskyttelse i henhold til forfatningen og navnlig i henhold til nævnte bestemmelse.

169. Det fremgår af det ovenfor anførte, at det eneste formål i henhold til national forfatningsret, som den forelæggende ret udtrykkeligt har nævnt, dvs. den særlige beskyttelse af ægteskabet og familien fra statens side, ikke udgør en hindring for det almindelige lighedsprincip, således som det følger af EU-retten.

2. Spørgsmål om, hvorvidt et formål i henhold til national ret eventuelt kan begrunde en forskelsbehandling

170. Det vil være nødvendigt at besvare det syvende spørgsmåls andet led, for så vidt som det første led besvares benægtende i den retning, at ligebehandlingsprincippet i henhold til EU-retten har forrang for ethvert nationalt formål, der kunne være uforeneligt med dette princip.

171. Den forelæggende ret har i dette tilfælde rejst spørgsmålet, om og under hvilke betingelser et formål, der forefindes i en medlemsstats nationale retsorden, såsom beskyttelsen af ægteskabet, ikke desto mindre vil kunne bringes i overensstemmelse med dette EU-retlige princip og udgøre en acceptabel begrundelse med hensyn til den forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, der er karakteriseret.

172. Det skal indledningsvis præciseres, at inden for rammerne af direktiv 2000/78 kan en national bestemmelse, der er anset for at være direkte forskelsbehandlende i dette direktivs forstand, efter min opfattelse ikke efterfølgende blive gyldig med den begrundelse, at den opfylder et formål i henhold til national ret, selv hvis det antages, at dette formål er legitimt. Direktivets artikel 2, stk. 2, litra a) [87], henviser således ikke til en objektiv begrundelse svarende til den, der er fastsat i artikel 2, stk. 2, litra b), nr. i), vedrørende indirekte forskelsbehandling.

173. En modsætningsslutning ud fra sidstnævnte bestemmelser indebærer, at der ikke foreligger indirekte forskelsbehandling, såfremt en tilsyneladende neutral bestemmelse ganske vist er egnet til at stille personer med en bestemt seksuel orientering særligt ufordelagtigt i forhold til andre personer, men formålet imidlertid for det første er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det for det andet er hensigtsmæssige og nødvendige. Opfyldelsen af disse retlige kriterier gør det muligt at tilbagevise klassificeringen som en foranstaltning, der udgør indirekte forskelsbehandling.

87 — Nota bene: »a) [Der] foreligger direkte forskelsbehandling, hvis en person af en eller flere af de i artikel 1 anførte grunde behandles ringere, end en anden i en tilsvarende situation bliver, er blevet eller ville blive behandlet.«

174. Det er korrekt, at den beskyttelse af ægteskabet og familien, der er fastsat i tysk ret ved artikel 6, stk. 1, i Grundgesetz, i sig selv kan udgøre et legitimt formål. Dette formål er i øvrigt ikke ukendt i EU-retten. Artikel 9 i chartret for grundlæggende rettigheder har følgende ordlyd: »Retten til at indgå ægteskab og retten til at stifte familie sikres i overensstemmelse med de nationale love om udøvelsen af denne ret.« Denne bestemmelse er tydeligvis inspireret af EMRK's artikel 12 [88]. Desuden bestemmer chartrets artikel 33, stk. 1, at »[d]er drages omsorg for juridisk, økonomisk og social beskyttelse af familien«.

175. Det synes imidlertid klart, at formålet om at beskytte ægteskabet eller familien ikke kan begrunde en forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering. Det er vanskeligt at forestille sig, hvilken kausal forbindelse der kunne forene denne type forskelsbehandling, som midlet, og beskyttelsen af ægteskabet, som den positive effekt, der kunne være resultatet heraf.

176. For at der ikke foreligger en indirekte forskelsbehandling på trods af, at de pensionerede registrerede partnere er stillet »særligt ufordelagtigt«, er det desuden påkrævet i henhold til artikel 2, stk. 2, litra b), nr. i), i direktiv 2000/78, at de anvendte midler, i det foreliggende tilfælde med henblik på at beskytte ægteskabet og familien, er på en gang hensigtsmæssige og nødvendige. Som allerede anført i dette forslag til afgørelse, forekommer det mig ikke at være tilfældet, da den omhandlede foranstaltning ikke er bydende nødvendig og endnu mindre proportional med hensyn til at opnå det omhandlede mål.

177. Ved sin afgørelse af 7. juli 2009 indtog Bundesverfassungsgericht ligeledes det angivne standpunkt, idet retten lagde til grund, at sondringen mellem registreret partnerskab og ægteskab ikke kan begrundes i den særlige beskyttelse af sidstnævnte, og idet den understregede, at ægteskabet kan beskyttes, uden at det er nødvendigt at stille en anden levevis ufordelagtigt.

178. Ifølge fast retspraksis er det en opgave for den nationale ret, som er enekompetent til at vurdere de faktiske omstændigheder i den sag, der er indbragt for den, og til at fortolke den anvendelige nationale lovgivning, at afgøre, om og i hvilket omfang de i hovedsagen omhandlede bestemmelser er egnede til at sikre gennemførelsen af et »legitimt formål«, og om de ikke går videre end, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra b), nr. i), i direktiv 2000/78 [89].

88 — EMRK's artikel 12, der har overskriften »Ret til at indgå ægteskab«, har følgende ordlyd »Giftefærdige mænd og kvinder har ret til at indgå ægteskab og stifte familie i overensstemmelse med de nationale love om udøvelsen af denne ret.«

89 — Jf. med hensyn til nylige anvendelser vedrørende forskelsbehandling på grund af alder domme af 12.1.2010, sag C-229/08, Wolf, Sml. I, s. 1, og sag C-341/08, Petersen, Sml. I, s. 47, samt Kücükdeveci-dommen og den deri nævnte retspraksis.

179. Det følger af samtlige disse elementer, at formålet i artikel 6, stk. 1, i Grundgesetz ikke kan få afgørende indflydelse, herunder navnlig ikke afføder en gyldig begrundelse, ved bedømmelsen af, om første RGG's § 10, stk. 6, udgør en forskelsbehandling, hvad enten den er direkte eller indirekte, i fællesskabsretlig forstand, men det tilkommer i sidste ende den nationale ret at tage stilling hertil.

VI — Forslag til afgørelse

180. På baggrund af ovennævnte betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål fra Arbeitsgericht Hamburg (Tyskland) således:

»1) En supplerende alderspension i henhold til bestemmelser som dem, der er omhandlet i hovedsagen, er omfattet af det materielle anvendelsesområde for Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.

2) Bestemmelserne i artikel 1 og 2, sammenholdt med artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2000/78, er til hinder for bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede, hvorefter en pensionsmodtager, der lever i et registreret partnerskab, ikke

oppebærer en supplerende alderspension svarende til den, som ydes til gifte pensionsmodtagere, som ikke vedvarende lever adskilt, selv om det registrerede partnerskab i national ret placerer personer af samme køn i en situation, der kan sammenlignes med ægtefællers situation for så vidt angår den omhandlede pension. Vurderingen af sammenligneligheden skal være fokuseret på ægtefællers og registrerede partneres rettigheder og pligter, således som de følger af henholdsvis de nationale bestemmelser, der gælder for ægteskab, og dem, der gælder for registreret partnerskab, som er relevante i forhold til betingelserne for tildeling af den omhandlede ydelse. Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om en registreret partner befinder sig i en retlig og faktisk situation, der kan sammenlignes med situationen for en ægtefælle, der modtager den supplerende alderspension, som er fastsat ved den erhvervstilknyttede pensionsordning, som administreres af Freie und Hansestadt Hamburg.

Subsidiært foreligger der, såfremt sammenligneligheds vurderingen udelukker, at der er tale om en direkte forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, i det mindste en indirekte forskelsbehandling som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra b), nr. i), i direktiv 2000/78, når bestemmelser som dem, der er omhandlet i hovedsagen, der for det første fastsætter en beregningsmetode for en supplerende alderspension, der er mere fordelagtig for gifte pensionsmodtagere, som ikke vedvarende lever adskilt, hvilket er særligt ufordelagtigt for en pensionsmodtager, der lever i et registreret partnerskab, og for det andet ikke objektivt opfylder et legitimt formål eller udgør et hverken tilstrækkeligt eller nødvendigt middel til at nå et sådant mål, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at afgøre.

3) Der er ikke grund til at besvare det fjerde præjudicielle spørgsmål. Subsidiært bør det besvares med, at bestemmelser som dem, der er omhandlet i hovedsagen, ikke tilsidesætter artikel 141 EF, men vil kunne udgøre en krænkelse af det almindelige EU-retlige princip, som udgøres af forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, hvilet det tilkommer den forelæggende ret at afgøre.

4) Det påhviler den nationale ret at sikre den fulde virkning af det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering ved at undlade at anvende enhver bestemmelse i national ret, såsom de i hovedsagen omhandlede bestemmelser, som er i strid med dette princip, og dette i givet fald endog regnet fra et tidspunkt, der ligger før udløbet af fristen for gennemførelsen af direktiv 2000/78.

5) En national bestemmelse kan ikke, selv om den har forfatningsrang, i sig selv begrunde bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede, der er i konflikt med EU-retten og navnlig med ligebehandlingsprincippet.«