CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL N. JÄÄSKINEN van 15 juli 2010[1]

Inhoud

I — Inleiding ..... I - 3596

II — Rechtskader ..... I - 3597

A — Unierecht ..... I - 3597

1. Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ..... I - 3597

2. Het EG-Verdrag ..... I - 3597

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

B — Nationaal recht ..... I - 3599

1. Grondwet ..... I - 3599

2. Wet inzake het geregistreerd partnerschap ..... I - 3600

3. Toepasselijke pensioenbepalingen van de Freie und Hansestadt Hamburg I - 3600

4. Het HmbZVG ..... I - 3601

5. Het 1. RGG ..... I - 3602

III — Hoofdgeding ..... I - 3602

IV — Prejudiciële verwijzing ..... I - 3604

V — Beoordeling ..... I - 3607

A — Inleiding ..... I - 3607

B — Materiële werkingssfeer van richtlijn 2000/78 ..... I - 3609

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

1. Artikel 3, lid 3, van richtlijn 2000/78 ..... I - 3609

2. Punt 22 van de considerans van richtlijn 2000/78 ..... I - 3614

C — Discriminatie op grond van seksuele geaardheid in de zin van richtlijn 2000/78 ..... I - 3617

1. Directe discriminatie ..... I - 3617

2. Indirecte discriminatie ..... I - 3622

3. Voorlopige conclusie ..... I - 3625

D — Schending van artikel 141EG of een ander algemeen beginsel van Unierecht .. I - 3626

E — Temporele aspecten van de zaak ..... I - 3631

1. Temporele gevolgen van het recht op gelijke behandeling ..... I - 3631

2. Beperking van de temporele gevolgen van het arrest van het Hof ..... I - 3636

F — Samenspel van het beginsel van gelijke behandeling en een doel van nationaal recht, zoals de bijzondere bescherming van het huwelijk en het gezin ..... I - 3638

1. Primaat van het Unierechtelijke beginsel van gelijke behandeling ..... I - 3638

2. Mogelijke rechtvaardiging van discriminatie door een doel van nationaal recht ..... I - 3640

VI — Conclusie ..... I - 3642

I — Inleiding

1. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van algemene beginselen en bepalingen van het Unierecht, zowel primair als secundair, inzake discriminatie op grond van seksuele geaardheid in arbeid en beroep.

2. Het verzoek is gedaan in het kader van een geding tussen Jürgen Römer en de Freie und Hansestadt Hamburg [2], waarin het gaat om de weigering van laatstgenoemde om Römer een aanvullend ouderdomspensioen toe te kennen in de hoogte waarom hij had gevraagd in de wetenschap dat de door zijn voormalige werkgever gehanteerde berekeningswijze voordeliger was voor gehuwde pensioengerechtigden dan voor pensioengerechtigden die, zoals hij, een geregistreerd partnerschap naar Duits recht zijn aangegaan.

3. De prejudiciële verwijzing biedt het Hof gelegenheid tot precisering, zo niet vervollediging van zijn oordeel in het op 1 april 2008 ter zitting in grote kamer gewezen arrest Maruko [3], waarin het ging om de weigering een man die een geregistreerd partnerschap was aangegaan en wiens partner was overleden, een weduwnaarspensioen toe te kennen uit hoofde van de in de verplichte beroepspensioenregeling opgenomen nabestaandenuitkeringen, waarvoor zijn overleden levenspartner was verzekerd. Bovendien wordt het Hof in staat gesteld zich uit te laten over de reikwijdte van zijn rechtspraak met betrekking tot het recht op gelijke behandeling, opgenomen in met name de arresten Mangold [4] en Kücükdeveci [5], op een aan de discriminatie op grond van seksuele geaardheid parallel lopend gebied, namelijk dat van discriminatie op grond van leeftijd.

4. In de onderhavige zaak wordt het Hof onder andere verzocht om afbakening van de materiële werkingssfeer van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep [6], om aan te geven welke de bestanddelen zijn van directe of indirecte discriminatie op grond van seksuele geaardheid in de zin van deze richtlijn of van andere Unierechtelijke bepalingen, alsmede om de temporele gevolgen van zijn te geven antwoorden te omschrijven. Helaas wordt de uitvoering van deze taak, met name wat het juiste begrip van het nationale recht betreft, bemoeilijkt door het feit dat de Bondsrepubliek Duitsland heeft afgezien van het indienen van opmerkingen naar aanleiding van de prejudiciële vragen, terwijl de Freie und Hansestadt Hamburg slechts summiere schriftelijke opmerkingen aan het dossier bij het Hof heeft toegevoegd.

2 — De „Freie und Hansestadt Hamburg" is een stad en tevens een van de zestien Länder (deelstaten), waaruit de Bondsrepubliek Duitsland bestaat. Ingevolge artikel 4, lid 1, van de Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgse grondwet) van 6 juni 1952 kent de Freie und Hansestadt Hamburg geen scheiding van de activiteiten van de staat en de gemeente.

3 — Arrest van 1 april 2008 (C-267/06, Jurispr. blz. I-1757).

4 — Arrest van 22 november 2005 (C-144/04, Jurispr. blz. I-9981).

5 — Arrest van 19 januari 2010 (C-555/07, Jurispr. blz. I-365).

6 — PB L 303, blz. 16.

II — Rechtskader

A — *Unierecht* [7]

1. Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

5. Artikel 21, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [8] luidt als volgt: „Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, is verboden."

2. Het EG-Verdrag

6. Bij het Verdrag van Amsterdam [9] is de volgende nieuwe redactie van artikel 13, lid 1, EG-Verdrag vastgesteld: „Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden."

7. Artikel 141 EG bepaalt het volgende:

„1. Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast.

2. Onder beloning in de zin van dit artikel dient te worden verstaan het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt.

7 — Aangezien het hoofdgeding betrekking heeft op de toepassing van bepalingen van Duits recht in de versie zoals die geldig was vóór de inwerkingtreding van het VWEU, te weten op 1 december 2009, wordt bij de verwijzing naar de bepalingen van het EG-Verdrag de vóór deze datum geldende nummering gebruikt.

8 — Afgekondigd te Nice op 7 december 2000 (PB C 364, blz. 1), bij de vaststelling van het Verdrag van Lissabon (PB 2007, C 303, blz. 1; hierna: „Handvest van de grondrechten") gewijzigd en dwingende juridische werking gekregen.

9 — PB 1997, C 340, blz. 1.

Gelijke beloning zonder onderscheid naar kunne houdt in:

a) dat de beloning voor gelijke arbeid in stukloon wordt vastgesteld op basis van eenzelfde maatstaf;

b) dat de beloning voor arbeid in tijdloon dezelfde is voor eenzelfde functie. [...]"

3. Richtlijn 2000/78

8. De punten 13 en 22 van de considerans van de op de grondslag van artikel 13 EG vastgestelde richtlijn 2000/78 luiden als volgt:

„(13) Deze richtlijn is niet van toepassing op regelingen inzake sociale zekerheid en sociale bescherming waarvan de voordelen niet worden gelijkgesteld met een beloning in de betekenis die aan dat woord wordt gegeven bij de toepassing van artikel 141 van het EG-Verdrag noch op enige vorm van uitkering, door de staat verstrekt ter bevordering van de toegang tot of het behoud van de arbeid.

[...]

(22) Deze richtlijn laat de nationale wetgevingen inzake burgerlijke staat en de daaraan verbonden voordelen onverlet."

9. Artikel 1 van deze zelfde richtlijn bepaalt het volgende:

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

10. Artikel 2 van de richtlijn luidt:

„1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden.

2. Voor de toepassing van lid 1 is er:

a) ‚directe discriminatie', wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden;

b) ‚indirecte discriminatie', wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt,

i) tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn [...],"

11. Artikel 3 van richtlijn 2000/78 is als volgt verwoord:

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

[...]

c) werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning;

[...]

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

12. Ingevolge artikel 18, eerste alinea, van richtlijn 2000/78, doen de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 2 december 2003 aan deze richtlijn te voldoen of kunnen zij de sociale partners, indien deze daarom gezamenlijk verzoeken, belasten met de uitvoering van deze richtlijn, voor wat de onder collectieve overeenkomsten vallende bepalingen betreft.

B — *Nationaal recht*

1. Grondwet

13. Artikel 6, lid 1, van het Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland; hierna: „GG") [10] luidt: „Het huwelijk en het gezin genieten bijzondere bescherming door de overheid."

10 — Grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland van 23 mei 1949, BGBl. III 100-1.

2. Wet inzake het geregistreerd partnerschap

14. § 1 van het Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (wet inzake het geregistreerd partnerschap) van 16 februari 2001 [11], in de versie zoals gewijzigd bij wet van 15 december 2004 [12] (hierna: „LPartG"), bepaalt met betrekking tot de vorm en de voorwaarden van een dergelijke partnerschap het volgende:

„1. Twee personen van hetzelfde geslacht vormen een levenspartnerschap, wanneer zij over en weer, in persoon en in elkaars bijzijn, verklaren dat zij met elkaar een partnerschap voor het leven wensen aan te gaan (levenspartners). De verklaringen kunnen niet voorwaardelijk of voor bepaalde duur worden afgelegd. De verklaringen krijgen rechtsgevolg wanneer zij worden afgelegd ten overstaan van de bevoegde autoriteit. [...]"

15. § 2 van het LPartG luidt:

„Levenspartners zijn elkaar verzorging en ondersteuning verschuldigd en tot het voeren van een gemeenschappelijke huishouding verplicht. Zij dragen verantwoordelijkheid voor elkaar."

16. § 5 van deze wet bepaalt het volgende:

„Levenspartners zijn jegens elkaar verplicht, door hun arbeid en met hun vermogen de leefgemeenschap van de partners op passende wijze te onderhouden. § 1360, tweede volzin, § 1360a en § 1360b van het Bürgerliche Gesetzbuch [burgerlijk wetboek; hierna: ‚BGB'] en § 16, tweede alinea, zijn van overeenkomstige toepassing."

17. § 11, lid 1, van het LPartG luidt met betrekking tot de andere gevolgen van het geregistreerd partnerschap:

„Voor zover niet anders is bepaald, wordt een levenspartner beschouwd als familielid van de andere levenspartner."

3. Toepasselijke pensioenbepalingen van de Freie und Hansestadt Hamburg

18. Het in casu relevante nationale recht bestaat uit twee door de Freie und Hansestadt Hamburg vastgestelde wettelijke regelingen [13], namelijk het Hamburgische

11 — BGBl. 2001 I, blz. 266.

12 — BGBl. 2004 I, blz. 3396. Volgens de verwijzende rechter zijn dit de relevante bepalingen in het onderhavige geding.

13 — De door de verwijzende rechter en de Commissie verstrekte inlichtingen zijn met betrekking tot de precieze bewoordingen van de toepasselijke bepalingen niet volledig. Niettemin lijken zij mij voldoende om, met het oog op het Unierecht, de op de grondslag ervan uitgekeerde uitkeringen te onderzoeken.

Zusatzversorgungsgesetz van 7 maart 1995 (Hamburgse wet inzake aanvullend pensioen; hierna: „HmbZVG") [14], en het Erstes Ruhegeldgesetz der Freien und Hansestadt Hamburg (eerste pensioenwet van de Freie und Hansestadt Hamburg; hierna: „1. RGG") [15], in de versie van 30 mei 1995, laatstelijk gewijzigd op 2 juli 2003.

4. Het HmbZVG

19. Het HmbZVG is ingevolge § 1 ervan van toepassing op personen die in dienst zijn van de Freie und Hansestadt Hamburg, alsmede op personen aan wie de Freie und Hansestadt Hamburg een pensioen moet uitkeren in de zin van § 2 (pensioengerechtigden). § 2 bepaalt dat het pensioen wordt uitgekeerd in de vorm van een ouderdoms- (§§ 3-10) of nabestaandenpensioen (§§ 11-19). Ingevolge § 2a dragen werknemers bij aan het pensioen door de afdracht van een premie met een aanvangspercentage van 1,25 %. § 2b bepaalt dat de verplichting tot premiebetaling begint bij de aanvang van de arbeidsverhouding en eindigt bij de beëindiging ervan. Verder wordt in § 2c bepaald dat de premie wordt berekend op de grondslag van de door de werknemer ontvangen belastbare beloning en dat de afdracht geschiedt door inhouding op de beloning.

20. § 6 van het HmbZVG bepaalt dat het maandelijks pensioenbedrag voor elk vol jaar van arbeid waarin pensioenrechten worden opgebouwd, overeenkomt met een pensioen van 0,5 % van de bij de pensioenberekening in aanmerking te nemen loonbetalingen. [16]

21. § 7 van het HmbZVG bevat nadere details met betrekking tot de beloningen die bij de berekening van het pensioen in aanmerking worden genomen, terwijl § 8 een definitie bevat van de tijdvakken van arbeid die recht op een pensioenuitkering geven alsmede de tijdvakken die hiervan zijn uitgesloten.

22. § 29 van het HmbZVG betreft overgangsbepalingen met betrekking tot pensioengerechtigden die vielen onder het 1. RGG in de zin van § 1, lid 1, tweede volzin. In § 29, lid 1 juncto lid 5, wordt bepaald dat deze categorie pensioengerechtigden onverminderd een pensioen ontvangt, in afwijking van met name § 6, leden 1 en 2, dat overeenkomt met het bedrag dat zij in juli 2003 ontvingen of waarop zij krachtens de leden 2 en 4 van die bepaling in december 2003 recht zouden hebben.

14 — HmbGVBl. blz. 53.

15 — Gesetz über die zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung für Angestellte und Arbeiter der Freien und Hansestadt Hamburg (Erstes Ruhegeldgesetz — 1. RGG) (wet inzake het aanvullend ouderdoms- en nabestaandenpensioen voor werknemers van de Freie und Hansestadt Hamburg) in de versie van de afkondiging van 30 mei 1995 (GVBl. blz. 108).

16 — De Commissie vermeldt dat „een overeenkomstige regel tevens is opgenomen in de §§ 1, 1a, 1b, 1c, 6, 7 en 8, van het 1. RGG".

5. Het 1. RGG

23. § 10, lid 6, van het 1. RGG luidt:

„Het netto-inkomen dat de grondslag vormt voor de berekening van het pensioen wordt bepaald door de voor de berekening van het pensioen in aanmerking te nemen loonbetalingen (§ 8) te verminderen met

1. het bedrag dat zou moeten worden betaald uit hoofde van de loonbelasting [met aftrek van het aan de Kerk afgedragen deel (Kirchenlohnsteuer)] met toepassing van belastinggroep III/0, in het geval van een gehuwde pensioenontvanger die niet duurzaam gescheiden leeft op de dag waarop de uitkering van het ouderdomspensioen aanvangt (§ 12, lid 1), of een pensioengerechtigde die, op dezelfde dag, recht heeft op gezinstoeslagen of gelijksoortige uitkeringen,

2. het bedrag dat zou moeten worden betaald, op de dag waarop de uitkering van het ouderdomspensioen aanvangt, uit hoofde van de loonbelasting (met aftrek van het aan de Kerk afgedragen deel) met toepassing van belastinggroep I, in het geval van de overige pensioengerechtigden. [...]

[...]"

24. § 8, lid 10, laatste volzin, van het 1. RGG bepaalt dat wanneer pas na aanvang van de uitkering van het ouderdomspensioen is voldaan aan de voorwaarden van § 10, lid 6, punt 1, van het 1. RGG, belastinggroep III/0 dient te worden toegepast, wanneer de betrokkene hierom verzoekt.

25. De aftrek uit hoofde van belastinggroep III/0 is aanzienlijk minder dan die uit hoofde van belastinggroep I.

III — Hoofdgeding

26. Partijen in het hoofdgeding verschillen van mening over de hoogte van het pensioen, waarop verzoeker in het hoofdgeding, Jürgen Römer, vanaf november 2001 recht heeft.

27. Verzoeker in het hoofdgeding was vanaf 1950 totdat hij op 31 mei 1990 arbeidsongeschikt werd, bij verweerster in het hoofdgeding als administratief medewerker in dienst. Hij woont sinds 1969 onafgebroken samen met de heer U. Op 15 oktober 2001 zijn beiden een geregistreerd partnerschap overeenkomstig het LPartG aangegaan. Römer heeft dit bij brief van 16 oktober 2001 aan zijn werkgever medegedeeld. In een daaropvolgende brief van 28 november 2001 heeft hij verzocht om het op dat moment aan hem uitgekeerde pensioen te herberekenen met toepassing van de fictieve aftrek van loonbelasting volgens belastinggroep III. Volgens

de inlichtingen van de verwijzende rechter is om herberekening met terugwerkende vanaf 1 augustus 2001 verzocht, terwijl verzoeker in het hoofdgeding in zijn opmerkingen laat weten pas met ingang van 1 november 2001 om deze verhoging van zijn pensioen te hebben verzocht.

28. De Freie und Hansestadt Hamburg heeft verzoeker in het hoofdgeding bij brief van 10 december 2001 medegedeeld dat hij niet in aanmerking komt voor toepassing van belastinggroep III in plaats van belastinggroep I, op grond dat ingevolge § 10, lid 6, punt 1, van het 1. RGG enkel niet duurzaam gescheiden levende gehuwde pensioenontvangers alsmede pensioenontvangers die aanspraak kunnen maken op gezinsbijslag of een overeenkomstige uitkering, in aanmerking komen voor toepassing van de fictieve belastinggroep III.

29. Volgens het op 2 september 2001 door de Freie und Hansestadt Hamburg opgestelde overzicht van de pensioenrechten bedroeg het aan verzoeker in het hoofdgeding uitgekeerde maandelijkse pensioen vanaf september 2001 — met toepassing van belastinggroep I – 1 204,55 DM (615,88 EUR). Volgens de door zijn voormalige werkgever onweersproken berekening van verzoeker in het hoofdgeding zou bij een berekening op basis van belastinggroep III het pensioen in september 2001 590,87 DM (302,11 EUR) méér hebben bedragen.

30. Het geding is aanhangig gemaakt bij het Arbeitsgericht Hamburg (Duitsland). Römer is van mening dat hij bij de berekening van zijn pensioen krachtens § 10, lid 6, punt 1, van het 1. RGG moet worden behandeld als een niet duurzaam gescheiden levende gehuwde pensioenontvanger. Volgens hem moet het in deze bepaling opgenomen criterium „niet duurzaam gescheiden levende gehuwde pensioenontvangers" aldus worden uitgelegd dat hieronder ook pensioengerechtigden vallen die een geregistreerd partnerschap overeenkomstig het LPartG zijn aangegaan.

31. Römer neemt het standpunt in dat zijn recht om gelijk te worden behandeld als niet duurzaam gescheiden levende gehuwde pensioenontvangers hoe dan ook voortvloeit uit richtlijn 2000/78. Dat het verschil in behandeling tussen gehuwde pensioengerechtigden en pensioengerechtigden die een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, wordt gerechtvaardigd met de mogelijkheid van echtgenoten om kinderen te krijgen, is volgens hem niet overtuigend aangezien ook binnen partnerschappen van personen van hetzelfde geslacht kinderen van een van de partners worden opgevoed en kunnen worden geadopteerd. Verder wijst hij erop dat vanwege het feit dat richtlijn 2000/78 niet binnen de door artikel 18, tweede alinea, ervan voorgeschreven termijn, dat wil zeggen uiterlijk op 2 december 2003, in Duits recht is omgezet, deze rechtstreeks op verweerster in het hoofdgeding van toepassing is.

32. De Freie und Hansestadt Hamburg concludeert tot afwijzing van het beroep. Volgens haar kan het begrip „gehuwd", als bedoeld in

§ 10, lid 6, punt 1, van het 1. RGG, niet in de door Römer gewenste zin worden uitgelegd. Zij betoogt, kort gezegd, dat ingevolge artikel 6, lid 1, GG het huwelijk en het gezin de bijzondere bescherming van de openbare orde genieten, omdat deze sinds zeer lange tijd in Duitsland de hoeksteen van de samenleving vormen, en dat daarom een — al dan niet vrijwillig — kinderloos huwelijk net zo veel bescherming geniet, aangezien hiermee op het hoogste nationale niveau het genderevenwicht wordt gewaarborgd. In het algemeen is het sluiten van een huwelijk de voorafgaande voorwaarde voor het stichten van een gezin, aangezien het huwelijk, als meest gebruikelijke in de wet erkende band tussen man en vrouw, het kader vormt waarbinnen kinderen ter wereld komen en bijgevolg een getrouwd stel een gezin gaat vormen.

33. Volgens de Freie und Hansestadt Hamburg bestaat er een parallel tussen de vraag met betrekking tot de gemeenschappelijke aanslag en de mogelijkheid van het fictieve gebruik van belastinggroep III bij de berekening van op basis van het 1. RGG uitgekeerde pensioen. De financiële middelen waarover de betrokkenen maandelijks zullen beschikken om de gewone kosten van het levensonderhoud te dekken, worden bepaald door zowel de tijdens hun werkzame leven opgelegde gemeenschappelijke aanslag, alsook door het fictieve gebruik van belastinggroep III voor de berekening van het pensioen. Met het voordeel dat wordt toegekend aan personen die een gezin hebben gesticht of dit hadden kunnen doen, wordt beoogd de hiermee verbonden bijkomende financiële last te compenseren.

IV — Prejudiciële verwijzing

34. Het Arbeitsgericht Hamburg heeft besloten om de behandeling van de zaak te schorsen en bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie op 10 april 2008 [17], de volgende prejudiciële vragen aan het Hof te stellen [18]:

„1) Gaat het bij het krachtens het [1. RGG] geregelde aanvullend pensioen voor voormalige werknemers van de Freie und Hansestadt Hamburg alsmede hun nabestaanden, om ‚uitkeringen [...] die worden verstrekt door wettelijke of daarmee gelijkgestelde stelsels, met inbegrip van de stelsels voor sociale zekerheid of voor sociale bescherming' in de zin van artikel 3, lid 3, van [richtlijn 2000/78], met als gevolg dat het 1. RGG buiten de werkingssfeer van de voornoemde richtlijn valt?

2) Indien de voorgaande vraag ontkennend wordt beantwoord:

   a) Zijn de regelingen van het 1. RGG, die wat de berekening van de hoogte van het pensioen betreft in die zin onderscheid maken tussen gehuwde

17 — Te weten slechts enkele dagen na het wijzen van het arrest Maruko (aangehaald in voetnoot 3).

18 — Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat het Arbeitsgericht Hamburg ter toetsing van de verenigbaarheid van § 10, lid 6, van het 1. RGG met de Duitse grondwet, tegelijkertijd, in de eerste plaats, aan het Bundesverfassungsgericht (federale constitutionele Hof) en, in de tweede plaats, aan het Hamburgische Verfassungsgericht (constitutionele Hof van de deelstaat Hamburg) een vraag heeft voorgelegd die wat de bewoordingen ervan betreft vergelijkbaar is met de derde aan het Hof voorgelegde vraag.

pensioenontvangers enerzijds en alle overige pensioenontvangers anderzijds, dat gehuwde pensioenontvangers worden bevoordeeld, in het bijzonder ten opzichte van personen die met iemand van hetzelfde geslacht een partnerschap zijn aangegaan overeenkomstig [het LPartG], ‚wetgevingen inzake burgerlijke staat en de daaraan verbonden voordelen' in de zin van punt 22 van de considerans van de richtlijn?

b) Indien de voorgaande vraag bevestigend wordt beantwoord: Leidt dit ertoe dat de richtlijn met betrekking tot de genoemde regelingen van het 1. RGG niet van toepassing is, hoewel de richtlijn zelf geen met punt 22 van de considerans overeenkomende beperking van haar werkingssfeer bevat?

3) Indien de tweede vraag, sub a, of de tweede vraag, sub b, ontkennend wordt beantwoord: Is § 10, lid 6, van het 1. RGG, volgens welke het pensioen van niet duurzaam gescheiden levende gehuwde pensioenontvangers wordt berekend op de fictieve basis van de (voor belastingplichtigen voordeligere) belastinggroep III/0, het pensioen van alle overige pensioenontvangers daarentegen op de fictieve basis van de (voor belastingplichtigen nadeligere) belastinggroep I, in strijd met artikel 1 junctis de artikelen 2 en 3, lid 1, sub c, van de richtlijn wat betreft een pensioenontvanger die partner is van een persoon van hetzelfde geslacht en niet duurzaam gescheiden van deze leeft?

4) Indien de eerste vraag of de tweede vraag, sub b, bevestigend of de derde vraag ontkennend wordt beantwoord: Is § 10, lid 6, van het 1. RGG op grond van de in de derde vraag weergegeven regeling respectievelijk rechtsgevolgen in strijd met artikel 141 EG of met een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht?

5) Indien de derde of de vierde vraag bevestigend wordt beantwoord: Heeft dit tot gevolg dat, zolang § 10, lid 6, van het 1. RGG niet in de zin van de opheffing van de gelaakte ongelijke behandeling is gewijzigd, de niet duurzaam gescheiden levende pensioenontvanger die een partnerschap is aangegaan, kan eisen dat hij voor de berekening van het pensioen wordt behandeld als een niet duurzaam gescheiden levende gehuwde pensioenontvanger? Zo ja, geldt dit — wanneer de richtlijn van toepassing is en

de derde vraag bevestigend wordt beantwoord — ook reeds vóór het einde van de omzettingstermijn van artikel 18, lid 1, van de richtlijn?

6) Indien de vijfde vraag bevestigend wordt beantwoord: Is dan de in de motivering van het arrest van het Hof in zaak C-262/88 (Barber) aangegeven beperking toepasselijk, dat de gelijke behandeling bij de berekening van het pensioen enkel moet plaatsvinden voor dat deel van het pensioen waarvoor de pensioenontvanger vanaf 17 mei 1990 tijdvakken van arbeid heeft vervuld?"

35. Bij beslissing van 23 januari 2009 heeft het Arbeitsgericht Hamburg zijn eerste prejudiciële verzoek aangevuld met de volgende vragen:

„7) Indien het Hof van Justitie tot de slotsom komt dat sprake is van directe discriminatie:

a) Welke betekenis heeft in dit verband de bijzondere omstandigheid dat enerzijds volgens zowel de grondwet [...] als het gemeenschapsrecht het beginsel van gelijke behandeling in acht moet worden genomen, maar anderzijds volgens het recht van de Bondsrepubliek Duitsland krachtens de uitdrukkelijke grondwettelijke bepaling van artikel 6, lid 1, GG, het huwelijk en het gezin bijzondere bescherming door de overheid genieten?

b) Kan in weerwil van de bewoordingen van richtlijn [2000/78] een direct discriminerende wettelijke regeling gerechtvaardigd zijn, omdat zij bijdraagt aan een andere doelstelling die wel deel uitmaakt van de nationale rechtsorde van de lidstaat, maar niet van het gemeenschapsrecht? Heeft in een dergelijk geval die door de nationale rechtsorde van de lidstaat nagestreefde andere doelstelling zonder meer voorrang boven het beginsel van gelijke behandeling?

Indien de voorgaande vraag ontkennend wordt beantwoord:

c) Welk rechtscriterium is doorslaggevend bij de vraag hoe in een dergelijk geval de afweging moet plaatsvinden tussen het gemeenschapsrechtelijke beginsel van gelijke behandeling en dat andere rechtsdoel van de nationale rechtsorde van de lidstaat? Geldt wellicht ook in zoverre, analoog aan de in artikel 2, lid 2, sub b-i[19], van richtlijn [2000/78] opgenomen criteria voor de erkenning rechtens van indirecte discriminatie, dat in de eerste plaats de discriminerende regeling objectief moet worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en in de

19 — Met betrekking tot deze vraag is op 11 maart 2009 een corrigendum ter griffie van het Hof ingekomen, volgens hetwelk „Art. 2 Abs. 2 lit. b, Ziff. i" in plaats van „Art. 2 Abs. 1 lit. a, Ziff. i" moet worden gelezen.

tweede plaats de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk moeten zijn?

d) Beantwoordt een regeling zoals § 10, lid 6, van het 1. RGG aan de met inachtneming van het antwoord op de voorafgaande vragen geldende rechtmatigheidsvereisten van het gemeenschapsrecht? Kan het zijn dat zij enkel hieraan beantwoordt wegens de bijzondere bepaling van het nationale recht, dat wil zeggen artikel 6, lid 1, GG, dat geen tegenhanger kent in het gemeenschapsrecht?"

V — Beoordeling

A — *Inleiding*

36. Hoewel de aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen ingewikkeld lijken, hetgeen te maken heeft met de nogal gedetailleerde, trapsgewijs gestructureerde bewoordingen ervan, hebben zij mijns inziens in wezen betrekking op vijf vragen van algemene aard.

37. In de eerste plaats wenst de verwijzende rechter te vernemen of de regeling inzake het door de Freie und Hansestadt Hamburg uitgekeerde aanvullend pensioen ratione materiae binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 valt, en zulks bezien vanuit twee verschillende oogpunten. Om te beginnen vraagt hij zich af wat de reikwijdte is van de in de richtlijn opgenomen uitsluiting van uitkeringen die worden verstrekt door wettelijke of daarmee gelijkgestelde stelsels, en voorts wat de grens is tussen de bevoegdheid van de nationale wetgever inzake burgerlijke staat en de tenuitvoerlegging van Unierechtelijke voorschriften inzake non-discriminatie op grond van seksuele geaardheid.

38. Mocht richtlijn 2000/78 inderdaad van toepassing zijn op § 10, lid 6, van het 1. RGG, dan wil de verwijzende rechter in de tweede plaats aanwijzingen ontvangen om vast te kunnen stellen of in het licht van deze richtlijn sprake is van directe of indirecte discriminatie.

39. Is de richtlijn niet van toepassing, dan vraagt hij in de derde plaats, subsidiair, om opheldering over de betekenis van artikel 141 EG en de algemene beginselen van Unierecht voor het hoofdgeding.

40. In de vierde plaats wenst de rechter a quo inlichtingen te verkrijgen over de gevolgen ratione temporis van, enerzijds, de Unierechtelijke normen waarnaar hij heeft verwezen en, anderzijds, het door het Hof te wijzen arrest.

41. In de vijfde plaats verzoekt de verwijzende rechter het Hof om een handreiking bij de oplossing van een conflict tussen een

nationale grondwettelijke bepaling en de vereisten van het in het Unierecht geldende beginsel van non-discriminatie op grond van seksuele geaardheid.

42. Aangezien het Hof zich nog niet heeft uitgesproken over de vraag of er op het betrokken terrein een algemeen beginsel van Unierecht bestaat, zal mijns inziens het derde van deze vijf onderdelen de meeste uitleggingsproblemen opwerpen.

43. In zijn conclusie in de reeds aangehaalde zaak Maruko heeft advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer uitgebreid stilgestaan bij de juridische voorgeschiedenis van de erkenning van het recht van homoseksuelen op gelijke behandeling in de zin van het Unierecht. [20]

44. In het in deze zaak gewezen arrest heeft het Hof verklaard dat artikel 1 juncto artikel 2 van richtlijn 2000/78 in de weg staat aan een regeling als die waar het in het hoofdgeding om ging, op grond waarvan de nabestaande partner na het overlijden van zijn levenspartner niet een nabestaandenuitkering ontving zoals een nabestaande echtgeno(o)t(e) die zou ontvangen, terwijl naar nationaal recht het levenspartnerschap personen van hetzelfde geslacht in een situatie bracht die wat deze nabestaandenuitkering betreft vergelijkbaar was met die van echtgenoten. Het Hof voegde hieraan toe dat het aan de nationale rechter was om na te gaan of een nabestaande levenspartner in een situatie verkeerde die vergelijkbaar was met die van een echtgeno(o)t(e) die een uitkering op grond van de in geding zijnde regeling ontving. [21]

45. Uit de door de verwijzende rechter verstrekte inlichtingen blijkt dat de Duitse rechterlijke instanties verschillen in hun opvattingen met betrekking tot de toepassing van de door het Hof geformuleerde criteria inzake vergelijkbaarheid. In het bijzonder rijst de vraag, of het erom gaat te onderzoeken of de betrokken rechtsfiguren in abstracte zin identiek zijn, dan wel of moet worden nagegaan of voldoende mate van overeenstemming bestaat tussen de juridische en de feitelijke situaties van de betrokken personen.

46. De rechtspraak van het Hof inzake non-discriminatie op grond van leeftijd noopt tot de bijkomende vraag of de non-discriminatie op grond van seksuele geaardheid wel of niet tot de algemene beginselen van het Unierecht moet worden gerekend. Een bevestigend antwoord hierop heeft gevolgen voor de temporele aspecten van deze zaak. Een ontkennend antwoord werpt de vraag op, waarom het verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid normatief minder stevig

20 — Punten 83-95 van deze conclusie.

21 — Arrest Maruko (aangehaald in voetnoot 3, punt 73).

verankerd is dan de andere door artikel 13 EG en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie verboden gronden.

B — *Materiële werkingssfeer van richtlijn 2000/78*

47. Gelet op het feit dat de eerste twee prejudiciële vragen beide betrekking hebben op de werkingssfeer ratione materiae van richtlijn 2000/78, dienen deze samen te worden onderzocht. De verwijzende rechter herinnert eraan dat enkel sprake kan zijn van schending van richtlijn 2000/78, indien deze in casu ook daadwerkelijk van toepassing is, hetgeen volgens hem om twee redenen kan worden betwist, namelijk, in de eerste plaats, op grond van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2000/78 en, in de tweede plaats, op grond van punt 22 van de considerans van de richtlijn.

1. Artikel 3, lid 3, van richtlijn 2000/78

48. Ingevolge artikel 3, lid 1, sub c, ervan is de richtlijn zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot onder andere de beloning.

49. De eerste vraag heeft tot doel, vast te stellen of de richtlijn van toepassing is op het krachtens het 1. RGG geregelde aanvullend pensioen voor voormalige werknemers van de Freie und Hansestadt Hamburg alsmede hun nabestaanden, hoewel ingevolge artikel 3, lid 3, ervan, richtlijn 2000/78 „niet van toepassing [is] op uitkeringen van welke aard dan ook die worden verstrekt door wettelijke of daarmee gelijkgestelde stelsels, met inbegrip van de stelsels voor sociale zekerheid of voor sociale bescherming". [22]

50. Naar deze uitsluiting wordt in soortgelijke bewoordingen vooruit gewezen in punt 13 van de considerans van deze richtlijn, waarin wordt bepaald dat „[d]eze richtlijn [...] niet van toepassing [is] op regelingen inzake sociale zekerheid en sociale bescherming waarvan de voordelen niet worden gelijkgesteld met een beloning in de betekenis die aan dat woord wordt gegeven bij de toepassing van artikel 141 van het EG-Verdrag". [23]

51. Omdat de gebruikte bewoordingen per taalversie verschillen, heeft de uitlegging van

22 — Om een door de verwijzende rechter enkel op grond van de Duitse taalversie van de richtlijn aangezwengelde discussie maar gelijk af te kappen, wijs ik erop dat in deze taalversie van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2000/78 de uitdrukking „der staatlichen Systeme" is gebruikt als equivalent van de woorden „wettelijke [...] stelsels" in de Nederlandse taalversie, terwijl in lid 1 van dit artikel de aanduiding „in öffentlichen [...] Bereichen" is gebruikt in plaats van de uitdrukking „in de overheidssector" in de Nederlandse taalversie.

23 — Ingevolge artikel 141, lid 2, EG moet onder „beloning" worden verstaan het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt.

de reikwijdte van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2000/78 tot problemen geleid bij de uniforme toepassing binnen de rechtsorde van de lidstaten. De rechterlijke instanties in Duitsland geven een verschillend antwoord op de vraag of deze bepaling al dan niet beperkt moet worden uitgelegd. Met name de eventuele uitsluiting van het nabestaandenpensioen van de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 heeft tot onderlinge verdeeldheid binnen de Duitse rechtspraak geleid. [24]

52. Ik wijs er meteen al op dat verschillende arresten van het Hof, in het bijzonder het arrest Maruko [25], nuttige elementen bevatten ten behoeve van de uitlegging van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2000/78 en dat die erop wijzen dat de richtlijn in casu van toepassing is. Evenals verzoeker in het hoofdgeding en de Commissie staat voor mij buiten kijf dat de richtlijn van toepassing is op het krachtens het 1. RGG geregelde ouderdomspensioen voor voormalige werknemers en hun nabestaanden.

53. Het Hof heeft verklaard dat gelet op artikel 3, leden 1, sub c, en 3, van richtlijn 2000/78, gelezen in samenhang met punt 13 van de considerans van de richtlijn, de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 aldus moet worden begrepen dat daaronder niet de stelsels voor sociale zekerheid en voor sociale bescherming vallen waarvan de uitkeringen niet worden gelijkgesteld met een beloning in de betekenis die voor de toepassing van artikel 141 EG aan deze term wordt gegeven, en ook niet met uitkeringen van welke aard ook die door de staat worden verstrekt en die toegang tot arbeid of behoud van arbeid tot doel hebben. Bijgevolg valt, a contrario redenerend, een uitkering als die in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 indien deze gelijk kan worden gesteld met een beloning in de zin van artikel 141 EG.

54. Het begrip „beloning", zoals opgenomen in artikel 141, lid 2, EG, wordt door het Hof zeer ruim opgevat. [26] Dit begrip omvat met name alle vormen van pensioenen die worden toegekend in het kader van een beroepspensioenregeling, maar niet de krachtens een algemeen toepasselijke nationale wetgeving uitgekeerde pensioenen. [27] Zoals het Hof eer-

24 — Met betrekking tot de Duitse rechtspraak inzake dit onderwerp en de gevolgen van het arrest Maruko (aangehaald in voetnoot 3), zie Mahlmann, M., *Report on measures to combat discrimination — Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC — Country report 2008 — Germany* (in het bijzonder voetnoot 211). Dit rapport is beschikbaar op de internetsite van het Europese netwerk van juridische deskundigen inzake antidiscriminatie: http://www.non-discrimination.net.

25 — Aangehaald in voetnoot 3, zie met name punten 41 e.v. In die zaak werd een soortgelijke vraag behandeld, maar ging het om een nabestaandenuitkering in het kader van een beroepspensioenregeling.

26 — Het begrip „beloning" is in die zin uitgelegd dat dit „alle huidige of toekomstige voordelen in geld of in natura omvat, mits deze, zij het ook indirect, door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking worden toegekend, ongeacht of dit op basis van een arbeidsovereenkomst, uit hoofde van wettelijke bepalingen dan wel vrijwillig gebeurt". Zie onder andere arresten van 17 mei 1990, Barber (C-262/88, Jurispr. blz. I-1889, punt 12), en 19 november 1998, Høj Pedersen e.a. (C-66/96, Jurispr. blz. I-7327, punt 32).

27 — In het arrest van 17 april 1997, Evrenopoulos (C-147/95, Jurispr. blz. I-2057) was het Hof van oordeel dat een met een overheidslichaam verbonden pensioenregeling binnen de werkingssfeer van artikel 119 EG-Verdrag (het latere artikel 141 EG) viel. Het feit dat het hierbij ging om een wettelijke pensioenregeling deed niet ter zake, aangezien de opgesomde criteria de conclusie toelieten dat het pensioen werd uitgekeerd op grond van een arbeidsverhouding met het betrokken lichaam.

der reeds heeft verklaard [28], staat het feit dat bepaalde uitkeringen, zoals het ouderdomspensioen, na beëindiging van de dienstbetrekking worden betaald, er niet aan in de weg dat zij naar hun aard een „beloning" kunnen zijn in de zin van artikel 141 EG. [29]

55. Wat de vraag betreft of een pensioen als een beloning kan worden gekwalificeerd, heeft het Hof gepreciseerd dat enkel het aan de bewoordingen van artikel 119 van het Verdrag (na wijziging artikel 141 EG) ontleende criterium van de dienstbetrekking beslissend kan zijn, wat erop neerkomt dat het voordeel aan de werknemer wordt uitgekeerd op grond van de arbeidsverhouding tussen de betrokkene en zijn voormalige werkgever. [30]

56. Volgens vaste rechtspraak kan dit criterium van de dienstbetrekking evenwel niet exclusief van aard zijn, daar bij pensioenen die op grond van wettelijke socialezekerheidsregelingen worden uitgekeerd, geheel of gedeeltelijk rekening kan worden gehouden met het arbeidsloon. [31] Het Hof heeft derhalve verklaard dat er nog andere elementen zijn, waarmee rekening moet worden gehouden bij de kwalificatie van een in het kader van een beroepspensioenregeling uitgekeerd pensioen als „beloning". Nagegaan moet worden of het pensioen slechts geldt voor een bijzondere categorie werknemers, of het rechtstreeks afhankelijk is van het aantal dienstjaren en, ten slotte, of de hoogte ervan wordt berekend op basis van het laatste [32] loon.

57. In casu [33] blijkt uit § 1 van het HmbZVG dat de uitkering waar het in het hoofdgeding om gaat aan het eerste van deze drie criteria voldoet, aangezien het door de Freie und Hansestadt Hamburg uitgekeerde aanvullend ouderdomspensioen enkel betrekking heeft op een bijzondere categorie werknemers.

58. Dit pensioen wordt namelijk uitgekeerd in aanvulling op algemene wettelijke socialezekerheidsuitkeringen die door de verwijzende rechter worden aangeduid als „eerste pijler" van het Duitse pensioenstelsel en die losstaan van uitkeringen uit hoofde van particuliere verzekeringsovereenkomsten, die de „derde pijler" vormen.

28 — Zie onder andere arrest Maruko (aangehaald in voetnoot 3, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29 — Hierbij gaat het bijvoorbeeld om ouderdomspensioenen die door de Finse staat worden uitgekeerd aan ambtenaren die als arbeidscontractanten voor de Finse strijdkrachten werkten, zie arrest van 12 september 2002, Niemi (C-351/00, Jurispr. blz. I-7007).

30 — Zie onder andere het arrest van 28 september 1994, Beune (C-7/93, Jurispr. blz. I-4471, punt 43), en de arresten Evrenopoulos (aangehaald in voetnoot 27, punt 19) en Maruko (aangehaald in voetnoot 3, punt 46).

31 — Arrest Maruko (aangehaald in voetnoot 3, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 — Arrest Maruko (aangehaald in voetnoot 3, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Mijns inziens zou het Hof het bijvoeglijk naamwoord „laatste" uit deze derde voorwaarde kunnen weglaten, aangezien dit meer in overeenstemming is met de tegenwoordige pensioenstelsels die bij de pensioenberekening verschillende, zo niet alle loonbetalingen in aanmerking nemen in plaats van uit te gaan van het laatste loon. Gelet op de rechtspraak moet dit criterium, dat zijn belang lijkt te hebben verloren, mijns inziens niet als absoluut worden opgevat, aangezien de uitkeringen waarvan de hoogte is berekend op de grondslag van verschillende loonbetalingen niet zijn uitgesloten van de werkingssfeer van het begrip „beloning".

33 — Zie ook de al eerder genoemde toepassing van de criteria door het Hof in de punten 49-57 van het arrest Maruko (aangehaald in voetnoot 3).

59. Volgens de verwijzende rechter wordt de „tweede pijler" gevormd door het, direct of indirect, door de voormalige particuliere of overheidswerkgever uitgekeerde pensioen uit hoofde van de beroepspensioenregeling. De voor de voormalige werknemers van de Freie und Hansestadt Hamburg geldende wettelijke beroepspensioenregeling zou onder deze categorie vallen. De regeling zou uitsluitend bedoeld zijn voor werknemers die gedurende hun werkzame leven in overheidsdienst waren, zonder evenwel ambtenaar te zijn, bij de Freie und Hansestadt Hamburg op basis van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst.

60. Volgens de door de Commissie verstrekte inlichtingen wordt deze regeling bekostigd door de werknemers en de werkgever die weliswaar een overheidsorgaan is, maar in casu enkel als werkgever in civielrechtelijke zin optreedt.

61. Met betrekking tot het tweede relevante criterium, namelijk de rechtstreekse afhankelijkheid van het pensioen van het aantal dienstjaren, bepaalt § 6 van het HmbZVG dat bij de berekening wordt uitgegaan van de tijdvakken van arbeid. De tijdvakken van arbeid die recht geven op een aanvullend pensioen („Ruhegeldfähige Beschäftigungszeit") worden gedefinieerd in § 8 van deze wet.

62. Met betrekking tot het derde criterium, inhoudend dat moet worden nagegaan of de hoogte van het pensioen wordt berekend op basis van het laatste loon van de werknemer, blijkt uit diezelfde § 6 van het HmbZVG dat het maandelijkse bedrag aan ouderdomspensioen niet bij wet is vastgesteld, maar ingevolge § 7, dat deze uitkeringen („Ruhegeldfähige Bezüge") gedetailleerd behandelt, voor elk vol jaar van arbeid waarin pensioenrechten worden opgebouwd, overeenkomt met een pensioen van 0,5 % van de bij de pensioenberekening in aanmerking te nemen loonbetalingen.

63. Hieruit volgt dat, wat de in geding zijnde uitkeringen betreft, voldaan is aan de drie criteria die kenmerkend zijn voor de dienstbetrekking, die volgens het Hof doorslaggevend is bij de kwalificatie als beloning in de zin van artikel 141 EG.

64. De verwijzende rechter lijkt vooral te twijfelen over de uitlegging van het begrip „wettelijke of daarmee gelijkgestelde stelsels" in de zin van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2000/78/EG. Hij vraagt zich af, of ondanks een kwalificatie als „beloning", in de ruime zin van het woord, van het aan verzoeker in het hoofdgeding krachtens het 1. RGG uitgekeerde pensioen, deze richtlijn niettemin niet van toepassing is, aangezien het bij dit pensioen zou kunnen gaan om een uitkering in het kader van een wettelijk of daarmee gelijkgesteld stelsel in de zin van dit artikel. Wordt deze vraag door het Hof bevestigend beantwoord, dan is volgens hem het eerste deel van punt 13

van de considerans van richtlijn 2000/78 bijzonder misleidend en in feite betekenisloos.

65. Mijns inziens kunnen onder „wettelijke of daarmee gelijkgestelde stelsels" behalve stelsels voor sociale zekerheid of voor sociale bescherming die buiten de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 vallen, ook bijzondere wettelijke stelsels worden gerangschikt die geen verband houden met een dienstbetrekking, zoals door de staat verstrekte uitkeringen aan personen die tijdens de uitoefening van hun militaire of maatschappelijke dienstplicht invalide zijn geworden, oorlogsveteranen of oorlogsinvaliden, oorlogs- of vervolgingsslachtoffers, belangrijke kunstenaars, etc. Aangezien dit soort van stelsels met een wettelijk of daarmee gelijkgesteld karakter in de lidstaten voorkomt, is het in artikel 3, lid 3, van richtlijn 2000/78 inclusief gebruikte „met inbegrip van" niet betekenisloos.

66. Uit de rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid dat aan deze kwalificatie van de beroepspensioenregeling niet afdoet dat de Freie und Hansestadt Hamburg een publiekrechtelijke instantie is, noch dat de deelname aan de regeling die recht geeft op het in geding zijnde ouderdomspensioen verplicht is. [34] Aangezien de drie hiervoor onderzochte criteria in casu zijn vervuld, is er geen verschil tussen het door een publiekrechtelijke en een particuliere werkgever aan zijn voormalige werknemers uitgekeerd pensioen.

67. Het Hof heeft verklaard dat het feit dat een pensioenregeling rechtstreeks bij de wet is vastgesteld op zich niet volstaat om deze bij de categorieën „sociale zekerheid" of „sociale bescherming" onder te brengen en bijgevolg van de werkingssfeer van artikel 119 van het Verdrag (na wijziging artikel 141 EG) uit te sluiten. [35] Bovendien spelen de structurele elementen van een pensioenregeling geen doorslaggevende rol, in tegenstelling tot het bestaan van een verband tussen de arbeidsverhouding en de betrokken uitkering. [36]

68. Aangezien het litigieuze aanvullend ouderdomspensioen in wezen verband houdt met de arbeidsverhouding die tussen Römer en de Freie und Hansestadt Hamburg heeft bestaan, vormt zij een „beloning" in de zin

34 — Arrest Maruko (aangehaald in voetnoot 3, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arrest Niemi (aangehaald in voetnoot 29, punt 42).

35 — Arresten Evrenopoulos (aangehaald in voetnoot 27, punt 16), en Niemi (aangehaald in voetnoot 29, punt 41).

36 — Arrest Niemi (aangehaald in voetnoot 29, punt 45). Het Hof heeft verklaard dat de omstandigheid dat de pensioenregeling van Finse ambtenaren deel uitmaakt van een geharmoniseerd systeem, zodat het globale pensioen dat een verzekerde geniet een weerspiegeling is van de tijdens zijn gehele loopbaan verrichte arbeid, onafhankelijk van de betrokken arbeid en sector van werkzaamheden, en de omstandigheid dat dit stelsel is aangemeld als stelsel dat binnen de werkingssfeer van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PB L 149, blz. 2) valt, de toepassing van artikel 119 van het Verdrag op zichzelf niet kunnen uitsluiten, aangezien de pensioenuitkering verbonden is aan de arbeidsverhouding en zij bijgevolg door de staat als werkgever wordt betaald.

van artikel 141 EG en valt zij niet onder de uitzondering van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2000/78.

2. Punt 22 van de considerans van richtlijn 2000/78

69. In geval van een ontkennend antwoord op zijn voorgaande vraag, hetgeen mijns inziens het geval moet zijn, vraagt het Arbeitsgericht Hamburg zich subsidiair af of, in de eerste plaats, de regelingen van het 1. RGG, die wat de berekening van de hoogte van het pensioen betreft in die zin onderscheid maken tussen gehuwde pensioenontvangers enerzijds en alle overige pensioenontvangers anderzijds, dat gehuwde pensioenontvangers worden bevoordeeld, onder de in punt 22 van de considerans van de richtlijn vermelde uitzondering vallen. In de tweede plaats vraagt het zich af of dit ertoe leidt dat deze richtlijn buiten toepassing moet blijven, hoewel geen enkele bepaling daarvan een met punt 22 van haar considerans expliciet overeenkomende beperking van haar werkingssfeer bevat.

70. Ik herinner eraan dat ingevolge punt 22 van haar considerans richtlijn 2000/78 „de nationale wetgevingen inzake burgerlijke staat en de daaraan verbonden voordelen onverlet [laat]".

71. De Commissie is met de verwijzende rechter van mening dat § 10, lid 6, punt 1, van het 1. RGG geen nationale wet inzake burgerlijke staat is. Zowel de Commissie als de verwijzende rechter maakt er namelijk op attent dat dit voorschrift geen bepalingen bevat met betrekking tot het „huwelijk" als zodanig, maar de huwelijkse staat van de pensioenontvanger als voorafgaande voorwaarde stelt om voor de daarbij voorziene gunstigere pensioenberekening in aanmerking te komen. Bijgevolg kan het bij genoemde bepaling hooguit gaan om een voorschrift betreffende een voordeel dat aan de burgerlijke staat in de zin van punt 22 van de considerans van richtlijn 2000/78 verbonden is.

72. Het Arbeitsgericht Hamburg preciseert dat het deze vraag stelt, omdat twee van de hoogste rechterlijke instanties in de Bondsrepubliek Duitsland [37] een ruime uitlegging van punt 22 van de considerans van richtlijn 2000/78 hanteren en ervan uitgaan dat voorschriften die de berekening van een beloning, in de ruime zin van het woord, laten afhangen van de burgerlijke staat, zoals § 10, lid 6, punt 1, van het 1. RGG, buiten de werkingssfeer ervan vallen.

37 — De rechter a quo zet uiteen (in punt 55 van de eerste verwijzingsbeslissing) dat deze op punt 22 van de considerans van richtlijn 2000/78 gebaseerde redenering van het Bundesverwaltungsgericht betrekking had op aan gehuwde personen uitgekeerde „gezinstoeslagen van het eerste niveau" en dat het Bundesgerichtshof een overeenkomstig standpunt heeft ingenomen met betrekking tot van hetzelfde onderscheidend criterium afhankelijke nabestaandenpensioenen, uitgekeerd in het kader van een aanvullendpensioenregeling uit hoofde van een beroepspensioenregeling (die van de pensioenfondsen van de Bund en de Länder), en met betrekking tot een volledig met die van § 10, lid 6, van het 1. RGG overeenkomende gunstigere berekeningswijze van het aanvullend pensioen.

73. Met de Commissie ben ik van mening dat punt 22 van de considerans van richtlijn 2000/78 enkel een herhaling bevat van de voor zichzelf sprekende beperking van de werkingssfeer in artikel 3, lid 1 in limine, inhoudend dat de richtlijn van toepassing is „[b]innen de grenzen van de aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden". De Europese Unie heeft immers geen enkele regelgevende bevoegdheid inzake „burgerlijke staat en de daaraan verbonden voordelen".

74. In het arrest Maruko [38] heeft het Hof met betrekking tot een soortgelijke vraag verklaard dat de burgerlijke staat en de daaraan verbonden voordelen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren en het gemeenschapsrecht deze bevoegdheid onverlet laat, maar dat de lidstaten bij de uitoefening van deze bevoegdheid het gemeenschapsrecht in acht moeten nemen, met name de bepalingen inzake het discriminatieverbod.

75. Het is mijns inziens nuttig deze vaststelling in die zin te preciseren dat de aan de lidstaten gelaten bevoegdheid inzake burgerlijke staat betekent dat de wettelijke regeling van het huwelijk of enige andere vorm van eenheid tussen personen van hetzelfde of een ander geslacht, alsmede de juridische status van kinderen en andere leden van het gezin in de ruime zin van het woord, is voorbehouden aan de lidstaten.

76. Het staat uitsluitend aan de lidstaten om te beslissen of in hun nationale rechtsorde al dan niet plaats is voor een juridische band die openstaat voor partners van hetzelfde geslacht, dan wel of het instituut van het huwelijk is voorbehouden aan man en vrouw. Wanneer een lidstaat geen enkele wettelijk erkende vorm van een voor personen van hetzelfde geslacht openstaande eenheid toelaat, is mijns inziens sprake van discriminatie op grond van seksuele geaardheid, aangezien uit het gelijkheidsbeginsel in combinatie met de verplichting tot eerbiediging van de menselijke waardigheid van homoseksuelen [39] de verplichting kan worden afgeleid dat laatstgenoemden in staat moeten worden gesteld om in het kader van een juridisch verankerde verbintenis langdurig een affectieve band aan

38 — Aangehaald in voetnoot 3, punt 59 e.v. en aldaar aangehaalde, mutatis mutandis toepasselijke rechtspraak.

39 — Ik merk op dat het Hongaarse constitutionele hof (Alkotmánybíróság), na bij beslissing nr. 154/2008 van 17 december 2008 wet nr. CLXXXIV van 2007 inzake het geregistreerde partnerschap te hebben nietig verklaard wegens schending van artikel 15 van de grondwet, dat het instituut van het huwelijk beschermt, omdat de wetgever deze andere samenlevingsvorm voor een paar niet alleen voor homoseksuelen maar ook heteroseksuelen wilde openstellen, heeft het recent bij beslissing nr. 32/2010 van 25 maart 2010 wet nr. XXIX van 2009 met de grondwet verenigbaar verklaard omdat het geregistreerde partnerschap werd voorbehouden aan homoseksuelen. In die laatste beslissing schuift de Alkotmánybíróság naar voren dat de erkenning van de mogelijkheid om een geregistreerd partnerschap tussen personen van hetzelfde geslacht aan te gaan, gerechtvaardigd werd door het recht op eerbiediging van de menselijke waardigheid (Magyar Közlöny 2010/43).

te gaan. [40] Deze civielrechtelijke problematiek ligt mijns inziens evenwel onverminderd buiten de invloedssfeer van het Unierecht.

77. Wat daarentegen gebieden betreft die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, zoals de uitoefening van de fundamentele vrijheden of de behandeling van werknemers tijdens hun beroepsleven, kan een lidstaat een schending van dit recht niet rechtvaardigen met een verwijzing naar het nationale recht inzake burgerlijke staat.

78. Benadrukt moet worden dat, zoals ook het Hof in de reeds aangehaalde zaak Maruko heeft verklaard, wanneer een uitkering zoals die waar het in het hoofdgeding om gaat, is gekwalificeerd als „beloning" in de zin van artikel 141 EG, en deze om de in het antwoord op de eerste prejudiciële vraag uiteengezette redenen binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 valt, de toepassing van deze richtlijn niet door punt 22 van de considerans op losse schroeven kan worden gezet.

79. Met deze uitlegging van het Hof van punt 22 van de considerans van richtlijn 2000/78 kunnen mijns inziens de door de verwijzende rechter gesignaleerde verschillen in de nationale rechtspraak worden voorkomen en kan de eenvormige toepassing van de richtlijn worden gewaarborgd. Hoe dan ook kan punt 22 van de considerans, dat om de reeds door advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer [41] uiteengezette redenen een niet-verbindende norm vormt, niet langer worden aangewend om enkel op basis daarvan nationale rechtsvoorschriften die gehuwden bevoordelen boven levenspartners, uit te sluiten van een toetsing van de conformiteit ervan met richtlijn 2000/78. Punt 22 van de considerans van richtlijn 2000/78 herhaalt immers enkel de aan artikel 13, lid 1, EG ontleende — overigens vanzelfsprekende — beperking dat de richtlijn enkel binnen het kader van de „aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden" van toepassing is, overeenkomstig de bewoordingen van artikel 3, lid 1 in limine, van deze richtlijn.

80. Hoe dan ook kunnen de lidstaten wat de aan hen voorbehouden bevoegdheden

40 — Dienaangaande wijs ik erop dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM") bij arrest van 24 juni 2010 (nog niet gepubliceerd in de *Recueil des arrêts et décisions*) arrest heeft gewezen in de zaak Schalk en Kopf/Oostenrijk waarin officieel samenwonende Oostenrijkse ingezetenen van hetzelfde geslacht zich beroepen op artikel 12 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM") ter betwisting van de weigering van de autoriteiten hen in de echt te verbinden, hetgeen voor het Hof te Straatsburg een novum is en unaniem is verworpen. Zij klaagden er ook over dat zij op grond van hun seksuele geaardheid werden gediscrimineerd omdat hun het recht was onthouden om te huwen en er geen andere mogelijkheid was om hun relatie te wettigen, hetgeen het EHRM echter niet in strijd achtte met artikel 14 juncto artikel 8 van datzelfde verdrag. Tot slot beriepen verzoeksters zich op artikel 1 van het aanvullend protocol nr. 1 bij het EVRM ter onderbouwing van het argument dat hun financiële situatie ongunstiger zou zijn dan die van gehuwde stellen, welk verzoek kennelijk ongegrond is verklaard. Ik voeg nog toe dat het officiële samenwonen in het Oostenrijkse recht wordt erkend als een band die voor personen van hetzelfde geslacht openstaat en grotendeels gelijk is gesteld aan het huwelijk.

41 — Conclusie in de zaak Maruko (aangehaald in voetnoot 3, punt 76). Een overweging van een considerans, zoals die waar het hier om gaat, is slechts een hulpmiddel bij de uitlegging, aangezien hierin de motivering van de wezenlijke bepalingen van de richtlijn is opgenomen, en geen dwingend werkende norm.

betreft zich niet onttrekken aan de algemene op hen rustende verplichting om het Unierecht te eerbiedigen en dus ook het discriminatieverbod.

81. Hieruit volgt dat, anders dan in de nationale rechtspraak mocht zijn overwogen, punt 22 van de considerans van richtlijn 2000/78 niet kan afdoen aan de toepassing van de richtlijn op bepalingen, zoals die van het 1. RGG, die betrekking hebben op de berekening van een beloning, in de ruime zin van het woord, en die een specifieke burgerlijke staat, namelijk die van een gehuwde persoon, als doorslaggevende factor hanteren.

82. Samenvattend ben ik van mening dat de eerste en de tweede vraag in die zin moeten worden beantwoord dat het aanvullend pensioen dat de Freie und Hansestadt Hamburg krachtens het 1. RGG juncto het HmbZVG uitkeert aan haar voormalige werknemers en hun nabestaanden, binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 2000/78 valt en de betrokken nationale voorschriften derhalve naar de maatstaf van deze richtlijn moeten worden onderzocht.

C — *Discriminatie op grond van seksuele geaardheid in de zin van richtlijn 2000/78*

83. De derde vraag wordt gesteld voor het geval op de voorafgaande vragen wordt geantwoord dat, zoals ik van mening ben, richtlijn 2000/78 van toepassing is op § 10, lid 6, van het 1. RGG, volgens hetwelk, kort gezegd, voor gehuwde pensioenontvangers een gunstigere pensioenregeling geldt dan voor personen die met iemand van hetzelfde geslacht een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan. De verwijzende rechter vraag zich af of dit voorschrift in strijd is met artikel 1, junctis de artikelen 2 en 3, lid 1, sub c, van de richtlijn, aangezien verzoeker in het hoofdgeding door dit voorschrift direct dan wel enkel indirect zou worden benadeeld op grond van zijn seksuele geaardheid. [42]

1. Directe discriminatie

84. De verwijzende rechter neigt ertoe § 10, lid 6, punt 1, van het 1. RGG een direct discriminerende werking toe te schrijven. Hij wijst erop dat het huwelijk voor heteroseksuelen en het geregistreerde partnerschap voor

42 — Artikel 2, lid 2, sub a, van richtlijn 2000/78 bepaalt dat sprake is van directe discriminatie op grond van seksuele voorkeur „wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van [seksuele geaardheid]". Artikel 2, lid 2, sub b, van deze richtlijn daarentegen bepaalt dat sprake is van indirecte discriminatie „wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde [...] seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, i) tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn".

homoseksuelen, respectievelijk, de meest gangbare burgerlijke staat of juridisch verankerde samenlevingsvorm is, ofschoon niet valt uit te sluiten dat iemand ondanks zijn homoseksuele geaardheid toch met een persoon van het andere geslacht in het huwelijk treedt. Ingevolge de verwijzingsbeslissing is het feit dat het huwelijk enkel openstaat voor twee personen van verschillend geslacht niet uitdrukkelijk in het BGB opgenomen, maar wordt het in de praktijk als een voorwaarde gezien. Ingevolge § 1, lid 1, van het LPartG daarentegen kunnen enkel twee personen van hetzelfde geslacht een levenspartnerschap in de zin van deze wet aangaan.

85. Volgens de Freie und Hansestadt Hamburg leidt de litigieuze regeling, die aan elke partner een recht op aanvullend pensioen toekent dat wordt berekend op basis van de belastinggroep I en niet op basis van belastinggroep III/0, niet tot een ongelijke behandeling op grond van geslacht of seksuele geaardheid.

86. Römer betoogt dat het Hof in het reeds aangehaalde arrest Maruko weliswaar heeft verklaard dat het aan de verwijzende rechter staat om na te gaan of sprake is van een „vergelijkbare situatie", maar tevens hiertoe duidelijke materiële criteria heeft geformuleerd. Het Hof heeft overeenkomstig richtlijn 2000/78 geen volledig identieke gelijkheid geëist, maar vergelijkbaarheid voldoende geacht. Volgens Römer moet dit niet worden nagegaan door de beide rechtsinstituten in abstracte zin tegen elkaar af te wegen, maar door concreet de beide categorieën van betrokken personen, vanuit het oogpunt van de in geding zijnde sociale uitkering, met elkaar te vergelijken. Anders dan de rechtspraak van de hoogste Duitse rechters, die, volgens verzoeker in het hoofdgeding, richtlijn 2000/78 en de in het arrest Maruko geformuleerde uitleggingselementen niet goed hebben begrepen, moet derhalve in casu een vergelijking worden gemaakt tussen, in de eerste plaats, een voormalige werknemer van de Freie und Hansestadt Hamburg die met zijn levensgezel een geregistreerd partnerschap heeft gesloten, en, in de tweede plaats, een voormalige werknemer van de Freie und Hansestadt Hamburg die met zijn echtgeno(o)t(e) een huwelijksband is aangegaan. Het betoog van Römer komt er in hoofdzaak op neer dat het Hof uitdrukkelijker zou moeten aangeven welke materiële criteria door de nationale rechter bij deze vergelijking moeten worden gehanteerd, opdat, zoals de richtlijn beoogt te waarborgen, doeltreffend tegen discriminatie kan worden opgetreden.

87. De Commissie is met het Arbeitsgericht Hamburg van mening dat in het onderhavige geval levenspartners wat hun pensioen betreft ongunstiger worden behandeld dan gehuwden zonder dat een geldige grond hiervoor bestaat. Volgens haar kan met name de omstandigheid dat gehuwde partners mogelijk kinderen moeten onderhouden een dergelijk verschil in behandeling niet rechtvaardigen, aangezien § 10, lid 6, punt 1, van het 1. RGG alle niet duurzaam gescheiden levende gehuwde pensioenontvangers bevoordeelt, ongeacht of deze wel of geen kinderen hebben. Ook deelt de Commissie de opvatting van de verwijzende rechter dat empirisch niet is

bewezen dat gelet op de pensioensituatie van hun respectieve partner gehuwde pensioengerechtigden een hogere uitkering zouden moeten ontvangen dan pensioengerechtigden die een geregistreerd partnerschap hebben gesloten. Hoe dan ook zou met de in geding zijnde bepaling een dergelijk nagestreefd doel niet kunnen worden bereikt, omdat zij er geen rekening mee houdt of de pensioengerechtigde en zijn echtgeno(o)t(e) kinderen hebben, en dit element zelfs niet als voorwaarde noemt. De Commissie is van mening dat, anders dan het in het reeds aangehaalde arrest Maruko gevolgde spoor, het in casu overbodig is de verwijzende rechter te laten bepalen of een echtgeno(o)t(e) en een partner van een geregistreerd partnerschap zich wat de betrokken uitkering betreft in vergelijkbare situaties bevinden, aangezien de rechter a quo in zijn verwijzingsbeslissing reeds het vereiste onderzoek naar de juridische status van laatstgenoemde heeft verricht en nuttige conclusies dienaangaande heeft getrokken. De Commissie geeft in overweging om te beslissen dat een regeling als die in het hoofdgeding directe discriminatie op grond van seksuele geaardheid vormt.

88. Ingevolge artikel 2, lid 2, sub a, van richtlijn 2000/78 is sprake van directe discriminatie, wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie. Doorslaggevend zijn derhalve de criteria op grond waarvan een dergelijke vergelijkbaarheid kan worden vastgesteld. Het Hof dient een antwoord te geven dat verschillende vereisten onder één noemer brengt. Het moet namelijk niet alleen de verwijzende rechter alle voor de beslechting van het hoofdgeding noodzakelijke elementen verschaffen zonder op diens stoel te gaan zitten, maar tevens de volle werking van het Unierecht garanderen zonder hierbij te treden in de exclusieve bevoegdheden van de lidstaten, met name de bevoegdheid inzake burgerlijke staat.

89. Inleidend wijs ik erop dat in verreweg de meeste lidstaten het huwelijk een eenheid van man en vrouw is. Een geregistreerd partnerschap of een vergelijkbare juridische band kan openstaan voor twee personen van hetzelfde geslacht, dan wel voor twee personen van verschillend geslacht, zoals in het geval van het zogenoemde *pacte civil de solidarité* (samenlevingsovereenkomst) in het Franse recht. De samenhang tussen homoseksualiteit en de vorm van de band tussen twee personen is geen automatisme. Het valt immers niet uit te sluiten dat iemand met een homoseksuele geaardheid om sociale redenen in het huwelijk treedt met een persoon van het andere geslacht en omgekeerd staat niets eraan in de weg dat iemand met een heteroseksuele geaardheid een geregistreerd partnerschap aangaat met iemand van hetzelfde geslacht. Ik vind dit echter een vorm van haarkloverij die er in het kader van de onderhavige juridische analyse niet toe doet. Het zou tegen de overheersende situatie ingaan, niet te willen erkennen dat in een land, zoals Duitsland, waar het huwelijk niet openstaat voor personen van hetzelfde geslacht en waar het geregistreerd partnerschap de voor hen gereserveerde vorm van juridische eenheid is, een verschil in behandeling ten nadele van personen die een dergelijk partnerschap

zijn aangegaan, een bron van discriminatie op grond van seksuele geaardheid vormt. [43]

90. In zijn arrest Maruko [44] lijkt het Hof met de formulering van redelijk heldere criteria impliciet te hebben gekozen voor de vergelijkbaarheid van de betrokken situaties, hoewel aan de nationale rechter de taak werd overlaten om dit na te gaan. Overeenkomstig de bewoordingen van artikel 2, lid 2, sub a, van richtlijn 2000/78 verwijst het Hof, uitgaande van de analyse van het Duitse recht door de verwijzende rechter, niet naar een volledig identieke situatie, maar naar een situatie die voldoende vergelijkbaar is. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt dezelfde aanpak. [45]

91. Los van zijn morele, religieuze of sociologische belang is het huwelijk vanuit juridisch oogpunt een complex instituut, waarvan de inhoud wordt bepaald door de rechten en de plichten van de echtgenoten jegens elkaar, jegens derden en jegens de maatschappij als geheel. Voorts kan het huwelijk een voorafgaand vereiste zijn voor het intreden van verschillende juridische gevolgen, waarbij het kan gaan om gevolgen van sociaal-, fiscaal-, of bestuursrechtelijke aard. Evenzo wordt een geregistreerd partnerschap, dan wel enige andere vorm van een wettelijk erkende band, gekenmerkt door hetzij de rechten en de plichten van de betrokken partijen, hetzij door de juridische gevolgen die de betrokken rechtsorde aan een dergelijk partnerschap verbindt.

92. Het Hof heeft erop gewezen dat de vraag of de situaties vergelijkbaar zijn, moet worden beantwoord aan de hand van de uitkering waar het in casu concreet om gaat. Dit betekent dat het doorslaggevende juridische element centraal moet staan en niet alleen moet worden gekeken naar de juridische situatie in haar algemeenheid. In die zin heeft het Hof in de zaak Maruko, waarin het ging om de toekenning van een nabestaandenpensioen aan de partner van een overleden pensioengerechtigde, na de vaststelling dat in het Duitse recht „de levenspartnerschapsregeling steeds meer is gaan lijken op de regels voor het huwelijk", erop gewezen dat „het levenspartnerschap wordt gelijkgesteld met het huwelijk, wat het [...] weduwen- of weduwnaarspensioen betreft". [46]

93. De vergelijking van de situaties moet bijgevolg plaatsvinden op basis van een nauwgezette analyse die vooral tot doel moet hebben vast te stellen welke in het civiele recht opgenomen rechten en de plichten van gehuwde

43 — Hiermee deel ik dus het standpunt van de eerste senaat van het Bundesverfassungsgericht in zijn beslissing van 7 juli 2009 (BVerfG, 1 BvR 1164/07). Om tot het oordeel te komen dat van een dergelijke discriminatie sprake was, heeft het benadrukt dat er een nauw verband bestaat tussen de seksuele geaardheid en de keuze voor het huwelijk of het geregistreerd partnerschap (punt 89) en dat de Duitse wetgever laatstgenoemde samenlevingsvorm heeft ingevoerd om homoseksuelen de mogelijkheid te geven hun relatie te wettigen (punt 90).

44 — Arrest aangehaald in voetnoot 3, punt 69.

45 — Zo heeft de grote kamer van het EHRM in het op 29 april 2008 gewezen arrest Burden/Verenigd Koninkrijk (nog niet gepubliceerd in de *Recueil des arrêts et décisions*) beslist dat twee zussen, die al meer dan dertig jaar samenwoonden in een gemeenschappelijke woning, niet op de grondslag van artikel 14 EVRM een ongelijke fiscale behandeling konden aanvechten, omdat hun situatie niet vergelijkbaar was met die van gehuwden of partners met een samenlevingsovereenkomst.

46 — Aangehaald in voetnoot 3, punten 67-69.

personen en van levenspartners, van belang zijn met betrekking tot de uitkering waar het om gaat. Mijns inziens wordt het nuttig effect van het verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid niet gewaarborgd, wanneer volledige overeenstemming van de juridische instituten is vereist, of wanneer in aanmerking moet worden genomen dat bepaalde rechten of plichten niet van toepassing zijn op de in geding zijnde situatie.

94. In het bijzonder zouden regelingen die van toepassing zijn in geval van een mogelijke ontbinding van de tussen de partners bestaande band, bij wege van overlijden of anderszins, niet van invloed mogen zijn op de vergelijking van de situatie van het huwelijk en die van het geregistreerd partnerschap met betrekking tot de uitkeringen die afhangen van het feit dat de gehuwde pensioenontvanger niet duurzaam gescheiden leeft. Dergelijke regelingen kunnen daarentegen van invloed zijn bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid van gescheiden levende echtgenoten en levenspartners.

95. Ook de krachtens sociaal-, fiscaal-, of bestuursrechtelijke bepalingen aan het huwelijk verbonden gevolgen als toekenningsvoorwaarde van een voordeel of een recht mogen niet van invloed zijn op de vergelijking van de situaties van gehuwden en levenspartners, aangezien een door deze bepalingen in het leven geroepen verschil in behandeling veeleer een aanwijzing van discriminatie vormt dan een factor die mede bepalend is voor de vergelijkbaarheid van de situaties.

96. Aangezien het Hof deze reeds heeft omschreven in het arrest Maruko [47], lijkt het mij niet zinvol om op deze plaats te schetsen welke stappen in het Duitse recht zijn gezet om te komen tot een gelijkschakeling van de regeling van het geregistreerd partnerschap met die van het huwelijk.

97. De litigieuze uitkering, namelijk het door de Freie und Hansestadt Hamburg aan haar voormalige werknemers uitgekeerde aanvullend ouderdomspensioen, valt binnen het rechtsgebied van de tussen echtgenoten bestaande financiële verplichtingen. Volgens de verwijzingsbeslissing hebben de partners van een geregistreerd partnerschap de onderlinge verplichting om, in de eerste plaats, elkaar te helpen en te steunen en om, in de tweede plaats, door hun arbeid en vermogen op geschikte wijze bij te dragen aan de behoeften van de binnen het geregistreerd partnerschap bestaande gemeenschap [48], zoals eveneens geldt voor echtgenoten tijdens hun gemeenschappelijk samenleven. [49] Ook al kent het LPartG geen volledige overeenstemming van de rechten van echtgenoten en de rechten van levenspartners, het heeft

47 — Aangehaald in voetnoot 3, punten 67 e.v.

48 — §§ 2 en 5 van het LPartG, zoals voortvloeiend uit de wet tot herziening van het partnerschapsrecht (Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts) van 15 december 2004, in werking getreden op 1 januari 2005.

49 — Zo verwijst § 5 van het LPartG uitdrukkelijk naar de parallelle bepalingen van het BGB, door te bepalen dat „§ 1360, tweede volzin, en §§ 1360a en 1360b van het BGB, alsmede § 16, lid 2, analoog van toepassing zijn".

niettemin verplichtingen in het leven geroepen die voor beide vormen van samenleven grotendeels hetzelfde zijn, met name wat de financiën betreft.

98. Volgens de verwijzende rechter hebben de opeenvolgende herzieningen van het LPartG [50] ertoe geleid dat „er bijgevolg geen noemenswaardige juridische verschillen meer zijn tussen beide in het Duitse recht bestaande vormen van burgerlijke staat, namelijk het huwelijk en het geregistreerd partnerschap [...]. In wezen is er enkel nog sprake van een feitelijk verschil: het huwelijk veronderstelt dat de echtgenoten van geslacht verschillen, terwijl het geregistreerd partnerschap twee partners van hetzelfde geslacht veronderstelt". Er bestaat bijgevolg tussen beide situaties geen verschil dat voldoende is om een ongelijke behandeling als die in het hoofdgeding te rechtvaardigen.

99. Uit het dossier blijkt dat het pensioen van Römer krachtens § 8, lid 10, laatste volzin, van het 1. RGG zou zijn verhoogd, indien hij, in oktober 2001, in het huwelijk was getreden met een vrouw en niet een geregistreerd partnerschap met een man was aangegaan. Deze gunstigere behandeling zou niet zijn gekoppeld aan het inkomen van de echtgenoten, noch aan de aanwezigheid van kinderen, noch aan andere factoren zoals de economische behoeften van de echtgeno(o)t(e). Bovendien werden de bijdragen die de betrokkene tijdens zijn werkzame leven verschuldigd was op generlei wijze beïnvloed door zijn burgerlijke staat. De bijdragen die hij moest betalen ten behoeve van de pensioenkosten kwamen overeen met die van zijn gehuwde collega's. Het vastgestelde verschil in behandeling is dus uitsluitend gebaseerd op een door richtlijn 2000/78 verboden grond, namelijk de seksuele geaardheid.

100. Gelet op de door de verwijzende rechter uiteengezette elementen lijkt het erop dat, wat de litigieuze uitkering betreft, de situatie van gehuwde personen en die van personen die verbonden zijn door een geregistreerd partnerschap krachtens de nationale wetgeving, vergelijkbaar is in de zin van artikel 2, lid 2, sub a, van richtlijn 2000/78. In deze omstandigheden lijkt een pensioenverhoging die uitsluitend is gebaseerd op het criterium van het gehuwd zijn, zoals bepaald in § 10, lid 6, van het 1. RGG, directe discriminatie op grond van seksuele geaardheid te vormen.

2. Indirecte discriminatie

101. Een uitlegging van artikel 2, lid 2, sub b, van richtlijn 2000/78 ter verduidelijking van het begrip „indirecte discriminatie" is enkel nodig indien, na het onderzoek van de vergelijkbaarheid van de situaties door het Hof zelf, voor zover het zich hiervoor — als door de Commissie voorgesteld — bevoegd acht, dan wel na een dergelijk aan de nationale rechter overgelaten onderzoek, geen sprake blijkt te zijn van directe discriminatie. De navolgende

50 — Het Arbeitsgericht Hamburg preciseert dat, in het bijzonder, de eerder genoemde op 1 januari 2005 in werking getreden wet van 15 december 2004 tot herziening van het partnerschapsrecht „het geregistreerd partnerschap nog sterker in overeenstemming met het huwelijk heeft gebracht".

opmerkingen zijn bijgevolg enkel subsidiair en ter wille van de volledigheid bedoeld.

102. Door ook met betrekking tot indirecte discriminatie om opheldering te verzoeken, vraagt verzoeker in het hoofdgeding het Hof om een uitbreiding van de reeds aangehaalde Maruko-rechtspraak. Tot staving van zijn betoog dat hij het slachtoffer is van indirecte discriminatie op grond van zijn seksuele geaardheid, wijst Römer erop dat het feit dat de uitkeringen worden gekoppeld aan een enkel tussen personen van verschillend geslacht geldig huwelijk tot dit resultaat leidt, zonder dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging krachtens het Unierecht bestaat. Volgens hem heeft de Freie und Hansestadt Hamburg niet duidelijk gemaakt waarom de bescherming van gehuwde paren vereist dat hij een lager pensioen dan zijn heteroseksuele collega's ontvangt, hoewel hij 45 jaar lang dezelfde bijdragen heeft betaald aan het beroepspensioenfonds.

103. Onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof over het beginsel dat discriminatie op grond van leeftijd verboden is [51], is de Commissie van mening dat de lidstaten bij de keuze van de middelen die geschikt zijn om hun doelstellingen van sociaal beleid te verwezenlijken, over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken, maar dat deze beoordelingsvrijheid niet tot gevolg mag hebben dat de tenuitvoerlegging van het discriminatieverbod van haar inhoud wordt beroofd.

104. Zou de situatie van levenspartners en die van gehuwde personen wat de litigieuze uitkering betreft niet vergelijkbaar worden geacht, hetgeen in casu directe discriminatie uitsluit, dan zou dit een uitlegging van artikel 2, lid 2, sub b-i, van richtlijn 2000/78 vergen, teneinde de verwijzende rechter te helpen bij de beantwoording van de vraag of een regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, tot indirecte discriminatie op grond van seksuele geaardheid kan leiden.

105. Bij mijn weten zijn er in de rechtspraak geen uitleggingselementen te vinden met betrekking tot indirecte discriminatie, meer bepaald indirecte discriminatie op grond van seksuele geaardheid in de zin van richtlijn 2000/78.

106. Ingevolge deze richtlijn moet eerst worden nagegaan of sprake is van „een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze" die „personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt". Het criterium met betrekking tot het huwelijk dat is opgenomen in § 10, lid 6, van het 1. RGG,

51 — Zie onder andere arrest van 5 maart 2009, Age Concern England (C-388/07, Jurispr. blz. I-1569, punten 47 e.v.). Ik wijs erop dat richtlijn 2000/78 specifieke regels bevat met betrekking tot de redenen die ongelijke, directe of indirecte behandeling op grond van leeftijd kunnen rechtvaardigen (zie punt 32 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott van 6 mei 2010 in de bij het Hof aanhangige zaak Andersen, C-499/08).

kan op het eerste gezicht als een neutrale onderscheidende factor worden opgevat. Aangezien het huwelijk en de daaruit voortvloeiende voordelen zijn voorbehouden aan personen van verschillend geslacht, zoals het geval is in Duitsland, is het onderscheid dat een dergelijk criterium teweegbrengt niet onbeduidend. Het criterium blijkt bijzonder nadelig voor homoseksuelen, omdat voor hen geen andere juridische weg dan het geregistreerd partnerschap openstaat om hun samenleven te formaliseren en zij bijgevolg geen toegang tot de begunstigde groep hebben, behalve wanneer zij hun seksuele geaardheid zouden verloochenen.

107. In casu dient geen subjectieve, maar een objectieve benadering te worden gekozen. Het doet er niet toe of het vereiste van een bestaand huwelijk al dan niet bedoeld is om koppels van hetzelfde geslacht specifiek uit te sluiten, zodra vaststaat dat dit hen aanzienlijk benadeelt ten opzichte van paren van verschillend geslacht. Hoewel de litigieuze bepaling alle niet-gehuwde pensioengerechtigden uitsluit [52], worden homoseksuelen feitelijk sterker benadeeld dan bijvoorbeeld samenwonende heteroseksuelen, omdat laatstgenoemden niet definitief zijn uitgesloten van de verkrijging van een dergelijk voordeel, aangezien de toegang tot het huwelijk voor hen openstaat, mochten zij ooit hiervoor kiezen.

108. De constatering dat § 10, lid 6, van het 1. RGG een bepaling is die mogelijk iemand „bijzonder benadeelt", is op zichzelf niet voldoende om uit te gaan van indirecte discriminatie, aangezien een dergelijke benadeling „objectief" door een „legitiem doel" gerechtvaardigd zou kunnen zijn in de zin van artikel 2, lid 2, sub b-i, van richtlijn 2000/78. De uitleg van de Freie und Hansestadt Hamburg houdt verband met fiscale belangen, waarvan evenwel noch het bestaan, noch de legitimiteit met bewijselementen wordt gestaafd, terwijl het wel aan verweerster in het hoofdgeding staat om dit te doen. De verwijzende rechter maakt op zijn beurt gewag van de mogelijke bedoeling van de wetgever om het huwelijk en het gezin te beschermen. [53]

109. Ik wijs er meteen al op dat het causale verband tussen de ongelijke behandeling waar het in het hoofdgeding om gaat en de bescherming van het huwelijk en het gezin, hetgeen op zichzelf een „legitiem doel" kan zijn, mijns inziens twijfelachtig is.

110. Zelfs al zou een dergelijk doel legitiem zijn, kan § 10, lid 6, van het 1. RGG, hoe dan ook niet de toets van de gegrondheid en

52 — Ik herinner er evenwel aan dat ingevolge § 10, lid 6, van het 1. RGG de uit de toepassing van belastinggroep III/0 voortvloeiende gunstigere berekeningswijze niet enkel toekomt aan gehuwde pensioengerechtigden, maar ook aan niet-gehuwde pensioengerechtigden die aanspraak kunnen maken op gezinsbijslag of een overeenkomstige uitkering.

53 — Ik kom hierop terug in het kader van de beantwoording van de laatste reeks vragen betreffende het gewicht van het reeds aangehaalde artikel 6, lid 1, GG dat een dergelijk doel bevat.

evenredigheid doorstaan die vervolgens door richtlijn 2000/78 wordt voorgeschreven door te eisen dat „de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk [moeten] zijn". Mijns inziens zijn er andere middelen om het instituut van het huwelijk te bevorderen dan door financiële belangen aan te tasten, ook al gebeurt dit indirect, van homoseksuele paren die hoe dan ook in Duitsland geen toegang hebben tot het huwelijk en zich daar dus ook niet van dreigen af te wenden om in plaats hiervan voor het geregistreerd partnerschap te kiezen. Het instituut van het huwelijk kan hoe dan ook worden beschermd zonder dat het passend of noodzakelijk is om een vorm van wettelijk erkend samenleven boven een andere te bevoordelen. [54]

111. Gelet op het voorgaande is het aan de verwijzende rechter, die als enige bevoegd is om de feiten van de aan hem voorgelegde zaak te beoordelen en het toepasselijke nationale recht uit te leggen, om in concreto na te gaan of sprake is van indirecte discriminatie. Het staat aan hem om te beoordelen of het feit dat het door Römer ontvangen pensioen ingevolge § 10, lid 6, van het 1. RGG lager is dan dat van een gehuwde pensioenontvanger, al dan niet objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en of de burgerlijke staat van het gehuwd zijn als een voorwaarde voor het verkrijgen van dit voordeel, al dan niet een voor het bereiken van dit doel evenredig middel is.

54 — Zie ook de beslissing van 7 juli 2009 van het Bundesverfassungsgericht (aangehaald in voetnoot 43). Zo ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat heeft verklaard dat „[w]anneer de aan de staten gelaten beoordelingsvrijheid beperkt is [zoals in het geval van] een ongelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid, [...] het evenredigheidsbeginsel niet alleen vereist dat de genomen maatregel passend is om het nagestreefde doel te bereiken, maar ook dat het voor het bereiken van dit doel noodzakelijk is om bepaalde personen — in casu ging het om samenwonende homoseksuelen — uit te sluiten van de werkingssfeer van de betrokken maatregel" (EHRM, arrest Karner/Oostenrijk van 24 juli 2003, *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-IX, punt 41).

3. Voorlopige conclusie

112. Wat de verschillende in de derde vraag aangesneden problemen betreft, geef ik het Hof in overweging om dienaangaande te antwoorden dat artikel 1, junctis de artikelen 2 en 3, lid 1, sub c, van richtlijn 2000/78 zich verzetten tegen een regeling als die in het hoofdgeding, krachtens welke een pensioengerechtigde die een geregistreerd partnerschap is aangegaan, een ouderdomspensioen ontvangt dat niet gelijk is aan dat van een gehuwde pensioengerechtigde die niet duurzaam gescheiden leeft, terwijl in het nationale recht, dit partnerschap personen van hetzelfde geslacht, wat dit pensioen betreft, in een vergelijkbare situatie plaatst als die van echtgenoten. Het onderzoek van de vergelijkbaarheid moet worden toegespitst op de rechten en de plichten van echtgenoten en levenspartners, zoals die voortvloeien uit de respectieve bepalingen inzake het huwelijk en het geregistreerd partnerschap, voor zover deze van belang zijn gelet op de voorwaarden voor de toekenning van de litigieuze uitkering. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan

of een levenspartner zich in een situatie bevindt die juridisch en feitelijk vergelijkbaar is met die van een echtgeno(o)t(e) die recht heeft op het aanvullend ouderdomspensioen, zoals dat wordt uitgekeerd in het kader van de beroepspensioenregeling van de Freie und Hansestadt Hamburg.

113. Mocht het onderzoek van de vergelijkbaarheid directe discriminatie op grond van seksuele geaardheid uitsluiten, dan is, subsidiair, op zijn minst sprake van indirecte discriminatie in de zin van artikel 2, lid 2, sub b-i, van richtlijn 2000/78, zodra § 10, lid 6, van het 1. RGG, volgens hetwelk de wijze van berekening van een aanvullend ouderdomspensioen gunstiger is voor een gehuwde pensioengerechtigde die niet duurzaam gescheiden leeft, in de eerste plaats een bijzonder nadeel met zich brengt voor een pensioengerechtigde die een geregistreerd partnerschap is aangegaan, en, in de tweede plaats, niet objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel, dan wel geen passend, noch noodzakelijk middel is om dit doel te bereiken, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden nagegaan.

D — *Schending van artikel 141EG of een ander algemeen beginsel van Unierecht*

114. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter, in wezen, te vernemen of, ingeval niet zou komen vast te staan dat § 10, lid 6, van het 1. RGG richtlijn 2000/78 schendt, deze nationale regeling in strijd is met artikel 41 EG of met een algemeen beginsel van Unierecht.

115. Meer in het bijzonder bestaat deze vraag uit drie alternatieven. Het Arbeitsgericht Hamburg heeft dit toegelicht in zijn aanvulling op de prejudiciële vraag.

116. De in de vierde prejudiciële vraag opgenomen eerste twee alternatieven zijn bedoeld voor het geval de toepassing van richtlijn 2000/78 wordt uitgesloten. Het derde onderdeel van de vierde vraag doelt op het geval dat § 10, lid 6, van het 1. RGG geacht wordt noch direct, noch indirect afbreuk te doen aan het discriminatieverbod van richtlijn 2000/78. Om redenen die ik hierboven reeds heb uiteengezet, behoeven de drie onderdelen van deze prejudiciële vraag mijns inziens geen beantwoording. Voor het geval het Hof toch anders beslist, geef ik evenwel subsidiair de navolgende aanknopingspunten voor een antwoord.

117. Wat de mogelijke schending van artikel 141 EG betreft, denk ik dat hiervan geen sprake kan zijn in het hoofdgeding. Ik breng in herinnering dat in dit artikel het „beginsel

van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid" is verankerd.

118. De in § 10, lid 6, van het 1. RGG opgenomen regelgeving kan geen schending vormen van dit aldus geformuleerde beginsel, aangezien het verschil dat ten nadele van verzoeker in het hoofdgeding bij de berekening van het pensioen wordt gemaakt, niet berust op een onderscheid tussen mannen en vrouwen, maar tussen gehuwde en overige werknemers. De verwijzende rechter heeft dit zelf ook geconstateerd, maar overweegt dat § 10, lid 6, van het 1. RGG evenwel een discriminerende bepaling zou kunnen zijn op grond van het feit dat verzoeker in het hoofdgeding een man is, in die zin dat voor Römer enkel het geregistreerd partnerschap en niet het huwelijk openstaat om een juridische band met een andere man aan te gaan.

119. Niettemin ben ik met de Commissie van mening dat, ongeacht of het geregistreerd partnerschap tussen twee mannen of twee vrouwen is aangegaan, de litigieuze nationale bepaling nadelig is voor pensioengerechtigden van hetzelfde geslacht. Bovendien is het nadeel dat door Römer wordt geleden noch aan zijn eigen geslacht, noch aan dat van zijn partner gerelateerd, maar houdt dit enkel en alleen verband met het feit dat hij niet gehuwd is. Het lijkt mij duidelijk dat een dergelijke bepaling niet in strijd kan zijn met artikel 141 EG dat betrekking heeft op verschillen in behandeling op grond van geslacht, en niet die op grond van seksuele geaardheid.

120. De redenering van de rechter a quo lijkt op die van het Hof in het arrest K. B. [55], volgens welke artikel 141 EG zich in beginsel verzet tegen een wettelijke regeling waardoor in strijd met het EVRM een koppel, van wie een transseksueel was die door een operatie zijn geslacht had laten veranderen maar bij de burgerlijke stand onder hetzelfde geslacht als zijn partner ingeschreven bleef, niet voldeed aan het huwelijksvereiste waaraan moest zijn voldaan voor de toekenning aan één van hen van een bestanddeel van de beloning van de andere partner in de zin van artikel 141 EG, namelijk een weduwnaarspensioen.

121. Zelfs wanneer de situatie van Römer en zijn partner analoog zou zijn aan die van de betrokkenen in de zaak K. B. omdat het huwelijk is voorbehouden aan personen van verschillende geslacht, kan dit beletsel volgens mij in casu niet worden gekwalificeerd als discriminatie op grond van geslacht. In de zaak K. B. heeft het Hof geen vraagtekens geplaatst bij de verenigbaarheid van het nationale recht van het Verenigd Koninkrijk met het gemeenschapsrecht op grond dat in het Verenigd Koninkrijk het huwelijk niet openstaat voor paren van hetzelfde geslacht, maar alleen op grond dat dit nationale recht leidt tot een ongelijke behandeling met betrekking tot een noodzakelijke voorwaarde voor de toekenning van een weduwnaarspensioen, namelijk de mogelijkheid om te trouwen. [56] Ook het voor Römer nadelige beletsel is een gevolg van de door de Bondsrepubliek Duitsland in

55 — Arrest van 7 januari 2004 (C-117/01, Jurispr. blz. I-541).
56 — Punten 28, 30 en 33 van dit arrest.

de uitoefening van haar bevoegdheden inzake burgerlijke staat gemaakte keuze om het instituut van het huwelijk voor te behouden aan paren van het tegenovergestelde geslacht. Aangezien homoseksuelen op een vergelijkbare manier lijden onder de gevolgen van deze keuze van de wetgever, ongeacht of het mannen of vrouwen betreft, kan deze verplichting op zichzelf niet worden beschouwd als discriminatie op grond van geslacht.

122. Met betrekking tot de mogelijke schending van een algemeen beginsel van Unierecht door § 10, lid 6, van het 1. RGG, voor zover deze bepaling verzoeker benadeelt op grond van zijn seksuele geaardheid, baseert de rechter a quo zijn vraag op het arrest Mangold. [57] Hij herinnert eraan dat het Hof in dit arrest heeft verklaard dat het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep niet in richtlijn 2000/78 zelf is verankerd en dat dit beginsel derhalve moet worden beschouwd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. In zijn aanvulling op het prejudiciële verzoek wijst de verwijzende rechter op de mogelijke schending van een „(ander) algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht", naar het lijkt als tegenhanger van het in artikel 141 EG opgenomen beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen, maar maakt niet duidelijk om welk beginsel het in casu zou gaan.

123. Mocht het Hof deze vraag van belang achten, gelet op het samenstel van hypothesen waarvan zij uitgaat, dan wijs ik erop dat de arresten Mangold en Kücükdeveci [58] onmiskenbaar bevestigen dat het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep niet in richtlijn 2000/78 zelf is verankerd, maar blijkens artikel 1 van deze richtlijn, alsmede de punten 1 en 4 van de considerans ervan zijn oorsprong vindt in diverse internationale instrumenten en in de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten.

124. In dit verband heeft het Hof het bestaan erkend van het beginsel dat discriminatie op grond van leeftijd verboden is dat moet worden beschouwd als een algemeen beginsel van Unierecht. Deze richtlijn geeft dit beginsel enkel concreet invulling door voor het daardoor bestreken terrein een algemeen kader te creëren. [59] Voorts benadrukt het Hof dat ingevolge artikel 21, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat krachtens artikel 6, lid 1, VEU dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft, „elke discriminatie, met name op grond van leeftijd, verboden is". [60]

125. Onderzocht moet worden of deze rechtspraak zodanig kan worden toegepast dat het verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid dezelfde status van algemeen

57 — Aangehaald in voetnoot 4, punten 74 en 75.

58 — Arresten Mangold (aangehaald in voetnoot 4, punt 74), en Kücükdeveci (aangehaald in voetnoot 5, punt 20).

59 — Arresten Mangold (aangehaald in voetnoot 4, punt 75), en Kücükdeveci (aangehaald in voetnoot 5, punt 21).

60 — Arrest Kücükdeveci (aangehaald in voetnoot 5, punt 22).

beginsel van Unierecht heeft als het verbod van discriminatie op grond van leeftijd.

126. Zoals ik reeds heb uiteengezet is bij het op 2 oktober 1997 ondertekende en op 1 mei 1999 in werking getreden Verdrag van Amsterdam, artikel 13, lid 1, EG gewijzigd, teneinde de Gemeenschap, binnen de grenzen van haar materiële bevoegdheden, specifieke bevoegdheden te verlenen om elke vorm van discriminatie op grond van een van de zes hierin genoemde categorieën, waaronder seksuele geaardheid, te bestrijden. [61]

127. Destijds werd discriminatie op deze grond niet in alle lidstaten veroordeeld en ook in het EVRM was deze vorm van discriminatie niet opgenomen. In het op 17 februari 1998 gewezen arrest Grant [62] heeft het Hof — uitgaande van de toenmalige stand van het gemeenschapsrecht — verklaard dat duurzame relaties tussen twee personen van hetzelfde geslacht niet waren gelijkgesteld met relaties tussen gehuwden of duurzame relaties tussen personen van verschillend geslacht die niet gehuwd zijn. Hieruit heeft het Hof afgeleid dat een ongelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid niet verboden was, aangezien geen enkel voorschrift van gemeenschapsrecht dit uitdrukkelijk verbood en voegde hieraan toe dat het slechts aan de wetgever kon staan om, in voorkomend geval, een op die situatie toepasselijke regelgeving vast te stellen.

128. Zoals advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in zijn conclusie in de reeds aangehaalde zaak Maruko heeft betoogd, verschilde deze door het Hof gekozen restrictieve benadering met bijvoorbeeld de rechtspraak op het gebied van discriminatie wegens moederschap. [63] Ook de latere rechtspraak getuigt van een zekere aarzeling om gevolg te geven aan het verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid. [64]

129. Volgens mij bestaat er vanuit zuiver juridisch oogpunt geen rechtvaardiging om het beginsel van gelijke behandeling minder krachtig te laten gelden bij discriminatie op grond van seksuele geaardheid, dan bij de andere in artikel 13 EG genoemde vormen van discriminatie. Een erkenning van op dit

61 — Dit is de grondslag waarop richtlijn 2000/78 is vastgesteld, evenals richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (PB L 180, blz. 22), en richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (PB L 373, blz. 37). Teneinde dit juridisch kader te voltooien heeft de Commissie op 2 juli 2008 een voorstel ingediend voor een richtlijn, waarmee het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid buiten de arbeidsmarkt dient te worden toegepast [COM(2008) 426 def.].

62 — Arrest van 17 februari 1998 (C-249/96, Jurispr. blz. I-621, punten 35 e.v.).

63 — Zie punt 92 van de conclusie in de reeds aangehaalde zaak Maruko en de talrijke aldaar aangehaalde arresten (voetnoot 90).

64 — Zie onder andere arrest van 31 mei 2001, D en Zweden/Raad (C-122/99 P en C-125/99 P, Jurispr. blz. I-4319), waarvan de inhoud in herinnering is gebracht in punt 94 van de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Maruko, aangehaald in voetnoot 3.

gebied bestaande bijzondere gevoeligheden die juridisch van belang zijn, zou betekenen dat het Hof waarde toekent aan niet-gerechtvaardigde vooroordelen, ongeacht de oorsprong ervan, en dat het aan personen die in seksueel opzicht een minderheid vormen een gelijke rechtsbescherming onthoudt.

130. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft namelijk in 1999 geoordeeld dat ongelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid binnen de werkingssfeer valt van artikel 14 van het EVRM, waarvan de inhoud niet limitatief is, en dat krachtens het Verdrag deze discriminatie niet kan worden getolereerd. [65] De in het EVRM gewaarborgde fundamentele rechten zijn een integraal onderdeel van de normen, waarvan de Europese Unie de eerbiediging verzekert in de vorm van algemene beginselen, overeenkomstig artikel 6, lid 3, VEU. Het verbod van „[i]edere discriminatie, met name op grond van [...] seksuele geaardheid", is aldus opgenomen in artikel 21, lid 1, van het Handvest van de grondrechten dat niet de bedoeling heeft om nieuwe rechten in het leven te roepen, maar om de in het Unierecht bestaande fundamentele rechten te bevestigen. [66]

131. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat, zoals het Hof heeft geoordeeld met betrekking tot discriminatie op grond van leeftijd, het verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid moet worden beschouwd als een algemeen beginsel van Unierecht. [67]

132. In het mijns inziens weinig waarschijnlijke geval dat de litigieuze regeling niet

65 — EHRM, arrest Salgueiro Da Silva Mouta/Portugal van 21 december 1999, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-IX, punten 28 en 36. Zie ook EHRM, arrest S. L./Oostenrijk van 9 januari 2003, *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-I (punt 37: „verschillen op grond van seksuele geaardheid moeten worden gerechtvaardigd door bijzonder zwaarwegende redenen") en de in die zin aangehaalde rechtspraak en EHRM, arrest Kozak/Polen van 2 maart 2010, nog niet gepubliceerd in de *Recueil des arrêts et décisions* (in de punten 98 en 99 erkent het EHRM dat de bescherming van het gezin, gebaseerd op de verbintenis tussen een man en een vrouw, zoals voorzien in de Poolse grondwet, in beginsel een legitiem doel is dat een verschil in behandeling kan rechtvaardigen. Het voegt echter toe dat de staat, bij het vinden van het juiste evenwicht tussen de bescherming van het gezin en de door het Verdrag aan seksuele minderheden toegekende rechten, rekening moet houden met de ontwikkeling van de samenleving, met name omdat er niet één enkele manier is waarop iemand zijn privéleven kan leiden. Aangezien het niet kon billijken dat een algemeen verbod op de overdracht van een huurovereenkomst aan personen in een homoseksuele relatie voor de bescherming van het gezin noodzakelijk was, concludeerde het unaniem tot een schending van artikel 14 juncto artikel 8 EVRM).

66 — De preambule van het Handvest luidt onder andere: „Dit Handvest bevestigt, met inachtneming van de bevoegdheden en taken van de Unie en van het subsidiariteitsbeginsel, de rechten die in het bijzonder voortvloeien uit [...] het [EVRM], uit de door de Unie en de Raad van Europa aangenomen sociale handvesten, alsook uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens."

67 — Punt 76 van het arrest Mangold (aangehaald in voetnoot 4) begint als volgt: „de inachtneming van het algemene beginsel van gelijke behandeling, *met name* op grond van leeftijd" (cursivering van mij), hetgeen doet veronderstellen dat het Hof zijn benadering niet heeft willen beperken tot een enkele grond, aangezien richtlijn 2000/78 de bestrijding beoogt van discriminatie op grond van „godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid" (artikel 1) op het gebied van arbeid en beroep. Zo ook advocaat-generaal Tizzano in zijn conclusie in die zaak die heeft opgemerkt dat „het Hof reeds vóór de vaststelling van richtlijn 2000/78 en van de daarin opgenomen specifieke bepalingen het bestaan heeft erkend van *een algemeen beginsel van gelijkheid*" (cursivering van mij) (zie punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 valt, kan niet worden uitgesloten dat deze regeling — in concreto het begrip „gehuwd" dat haar werkingssfeer beperkt — afbreuk doet aan het algemene Unierechtelijke beginsel dat discriminatie op grond van seksuele geaardheid verboden is.

133. Niettemin moet worden benadrukt dat wanneer het Hof zijn toetsing baseert op dit algemene beginsel en niet op richtlijn 2000/78, dit van invloed zal zijn op de beantwoording van de vijfde prejudiciële vraag van de verwijzende rechter, namelijk met betrekking tot de gevolgen ratione temporis van de schending van het Unierecht.

134. Samenvattend ben ik primair van mening dat in casu de vierde prejudiciële vraag niet hoeft te worden beantwoord. Mocht dit desondanks toch het geval zijn, dan geef ik, subsidiair, het Hof in overweging om te verklaren dat § 10, lid 6, van het 1. RGG geen schending vormt van artikel 141 EG, maar mogelijk afbreuk doet aan het algemene Unierechtelijke beginsel dat discriminatie op grond van seksuele geaardheid verboden is, hetgeen door de verwijzende rechter in het licht van de feiten en omstandigheden van het bij hem aanhangige geding moet worden vastgesteld.

E — *Temporele aspecten van de zaak*

135. De vijfde en de zesde prejudiciële vraag moeten gezamenlijk worden onderzocht, aangezien beide, vanuit een verschillende invalshoek, betrekking hebben op de toepassing in de tijd.

1. Temporele gevolgen van het recht op gelijke behandeling

136. De verwijzende rechter zet uiteen dat de vijfde vraag strekt tot verduidelijking van de juridische consequenties die hij ten behoeve van zijn uitspraak in het hoofdgeding moet trekken uit de door het Hof gegeven antwoorden op de eerste vier vragen.

137. Hij vraagt zich in de eerste plaats af of, wanneer het Hof oordeelt dat het door verzoeker in het hoofdgeding geleden nadeel een schending van het Unierecht vormt, de betrokkene van verweerster in het hoofdgeding kan eisen dat hij voor de berekening van het pensioen wordt behandeld als een niet duurzaam gescheiden levende gehuwde pensioenontvanger en zulks ook reeds vóór de wijziging van § 10, lid 6, van het 1. RGG in die zin.

138. Dienaangaande wijst de rechter a quo erop dat, hoewel in casu sprake is van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst, de Freie und Hansestadt Hamburg geen civielrechtelijke werkgever maar een territoriaal overheidslichaam is dat zowel werkgever als wetgever met betrekking tot de in geding zijnde bepaling is.

139. Ik ben van mening dat wanneer discriminatie, hetzij direct, hetzij indirect van aard, wordt vastgesteld, verzoeker in het hoofdgeding het recht op gelijke behandeling kan opeisen, zonder dat hoeft te worden gewacht op een herziening van de litigieuze nationale bepaling door de Duitse wetgever.

140. In de tweede plaats wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen vanaf welke datum § 10, lid 6, van het 1. RGG buiten toepassing moet blijven. Dienaangaande preciseert hij dat, mocht het Hof tot de conclusie komen dat deze bepaling enkel een schending van de richtlijn vormt, het volgens hem voor de hand ligt om verzoeker in het hoofdgeding ten opzichte van verweerster in het hoofdgeding op zijn vroegst vanaf het einde van de omzettingstermijn van artikel 18, lid 1, van richtlijn 2000/78, te weten 3 december 2003, een recht toe te kennen op betaling van hetzelfde pensioenbedrag als aan gehuwde pensioengerechtigden wordt uitgekeerd.

141. Voor het geval het Hof het doorslaggevend vindt dat in het nationale recht het door personen van hetzelfde geslacht aangegane geregistreerde partnerschap slechts in verschillende fasen is gelijkgesteld met het huwelijk, voegt de verwijzende rechter hieraan toe dat een later tijdstip als peildatum kan dienen. Hij geeft in overweging dat in een dergelijk geval de juridische gevolgen van de uitlegging van het Hof bijvoorbeeld pas met de inwerkingtreding van het Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (wet inzake de hervorming van het partnerschapsrecht) van 15 december 2004, dus vanaf 1 januari 2005, op verzoeker in het hoofdgeding van toepassing zouden kunnen zijn.

142. Terwijl de Commissie dit standpunt van de verwijzende rechter deelt, is verzoeker in het hoofdgeding het slechts eens met de eerste door de verwijzende rechter voorgestelde datum. [68] Römer erkent dat het Hof zou kunnen oordelen dat de gevolgen worden beperkt tot het na 2 december 2003 uitgekeerde ouderdomspensioen. Hij is evenwel van mening dat, hoe dan ook, zijn pensioen vanaf deze datum moet worden berekend op basis van alle door hem betaalde bijdragen, ongeacht het tijdstip ervan.

143. Hij is daarentegen gekant tegen de gedachte om een latere peildatum vast te stellen, teneinde recht te doen aan de ontwikkeling van het wettelijk stelsel dat in Duitsland van toepassing is op het geregistreerd partnerschap. Met betrekking tot de

68 — Volgens mij is de dienaangaande door hem gebruikte formulering dubbelzinnig, zo niet onjuist, aangezien hij betoogt dat „de beslissing van het Hof duidelijkheid zal brengen over de inhoud van de richtlijn, zoals die *vanaf 2 december 2003, de datum van haar inwerkingtredin*g had moeten worden opgevat" (cursivering van mij). Artikel 20 van richtlijn 2000/78 vermeldt evenwel dat de richtlijn in werking is getreden op de dag van haar publicatie in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, dat wil zeggen 2 december 2000, terwijl artikel 18 bepaalt dat de lidstaten tot 2 december 2003 de tijd hadden om de richtlijn in nationaal recht om te zetten.

directe discriminatie betoogt hij dat vanaf de invoering van het geregistreerd partnerschap in 2001 [69] levenspartners dezelfde onderhoudsverplichtingen jegens elkaar hebben als echtgenoten. Bijgevolg zouden de voormalige werknemers van de Freie und Hansestadt Hamburg die een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan zich, wat de verkrijging van het litigieuze aanvullend ouderdomspensioen betreft, steeds in dezelfde situatie hebben bevonden als voormalige werknemers die gehuwd zijn. Subsidiair stelt hij met betrekking tot de indirecte discriminatie dat hij van meet af aan het slachtoffer is geweest van discriminatie op grond van zijn seksuele geaardheid.

144. Ten behoeve van de beantwoording van deze vraag kunnen verschillende situaties worden onderscheiden. Mocht het Hof van mening zijn dat in casu sprake is van discriminatie die verband houdt met schending van richtlijn 2000/78, dan kan in de eerste plaats worden overwogen dat verzoeker in het hoofdgeding op een datum vóór de afloop van de aan de lidstaten verleende omzettingstermijn, namelijk 2 december 2003, geen recht heeft op hetzelfde aanvullend ouderdomspensioen als gehuwde pensioengerechtigden. Een argument dat hiervoor pleit is dat aan genoemde richtlijn geen terugwerkende kracht kan worden verleend door haar vóór afloop van de omzettingstermijn ervan van toepassing te verklaren. Zou het Hof daarentegen de derde vraag ontkennend beantwoorden, dan wenst de verwijzende rechter subsidiair te vernemen of § 10, lid 6, van het 1. RGG een schending vormt van 141 EG of een algemeen beginsel van Unierecht. In dat geval zou het verstrijken van de omzettingstermijn van richtlijn 2000/78 geen gevolgen hebben voor de beslechting van het hoofdgeding.

145. Met een dergelijk onderscheid wordt evenwel voorbijgegaan aan het feit dat, zoals ik reeds heb aangegeven, het Hof heeft verklaard dat het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep niet in richtlijn 2000/78 zelf is verankerd. [70] Het Hof leidt hieruit af dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd moet worden beschouwd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht en dat de inachtneming van het algemene beginsel van gelijke behandeling als zodanig bijgevolg niet kan afhangen van het verstrijken van de termijn die de lidstaten is gelaten voor de omzetting van een richtlijn die ertoe strekt een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van dit criterium. Het Hof heeft verder verklaard dat in deze omstandigheden de nationale rechter de volle werking van dit algemeen beginsel dient te waarborgen, waarbij hij elke mogelijk strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet laten,

69 — Verzoeker in het hoofdgeding betoogt dat enkel de rang van de onderhoudsverplichtingen tussen echtgenoten ten opzichte van anderen die onderhoud kunnen eisen aanvankelijk anders werd begrepen, maar dat dit geen enkel gevolg heeft voor de vergelijkbaarheid van onderhoudsverplichtingen tussen echtgenoten en die tussen levenspartners.

70 — Arresten Mangold (aangehaald in voetnoot 4, punt 74) en Kücükdeveci (aangehaald in voetnoot 5, punt 20).

ook wanneer de termijn voor de omzetting van de richtlijn, als bedoeld in artikel 18 ervan, nog niet is verstreken.

146. Mijns inziens moet met betrekking tot het beginsel dat discriminatie op grond van seksuele geaardheid verboden is precies dezelfde redenering worden gevolgd. Aangezien richtlijn 2000/78 in hoofdzaak strekt tot het vergemakkelijken van de concrete toepassing van dit algemeen beginsel van Unierecht, doet zij noch aan de inhoud, noch aan de reikwijdte ervan af. Aangezien dit beginsel niet in richtlijn 2000/78 is verankerd, maar wel hierin is opgenomen, kan de schending ervan, alsmede de hieruit voortvloeiende juridische gevolgen, teruggaan tot een vóór 2 december 2003 liggende datum. In voorkomend geval zijn de gevolgen die de verwijzende rechter aan de bij hem aanhangige zaak moet verbinden niet gebonden aan de datum van de inwerkingtreding van richtlijn 2000/78 of aan het verstrijken van haar omzettingstermijn, aangezien een aldus erkend algemeen discriminatieverbod boven een dergelijk voorschrift van afgeleid recht verheven is.

147. Gelet op de reeds door mij geschetste ontwikkeling blijkt het beginsel van nondiscriminatie op grond van seksuele geaardheid niet door het Hof in zijn rechtspraak van de jaren negentig te zijn erkend. Het Hof in Straatsburg heeft evenwel in december 1999 geoordeeld [71] dat een dergelijke vorm van discriminatie niet in overeenstemming is met het EVRM. Het feit in aanmerking nemend dat de Europese Unie de door het EVRM beschermde fundamentele rechten als zijnde algemene beginselen waarborgt [72] en dat het Handvest van de grondrechten enkel een codificatie is van reeds in de Unie gewaarborgde rechten [73], lijkt het mij voor de hand te liggen dat het recht op gelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid op het tijdstip waarop Römer met zijn levensgezel een geregistreerd partnerschap aanging, namelijk 15 oktober 2001, reeds een door het Unierecht erkend algemeen rechtsbeginsel vormde.

148. Mocht het Hof mijn redenering met betrekking tot dit punt niet overnemen en toch toepassing willen geven aan richtlijn 2000/78, dan moet wat de peildatum betreft, een onderscheid worden gemaakt naargelang de door het Hof gegeven kwalificatie van de discriminatie.

149. In het geval van directe discriminatie kan als peildatum namelijk enkel het tijdstip worden aangewezen, waarop de situatie van pensioengerechtigden die een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan wat het litigieuze aanvullend pensioen betreft vergelijkbaar is geworden met die van gehuwde pensioengerechtigden.

150. Zoals de verwijzende rechter in overweging geeft en anders dan verzoeker in het hoofdgeding stelt, zou kunnen blijken dat, voor zover het gaat om de voor het betrokken voordeel relevante elementen, een voldoende

71 — EHRM, arrest Da Silva Mouta/Portugal (aangehaald in voetnoot 65).

72 — Artikel 6, lid 3, VEU.

73 — Preambule van het Handvest.

mate van overeenstemming tussen de rechten en de plichten die uit het huwelijk en die welke uit het geregistreerd partnerschap voortvloeien, slechts geleidelijk tot stand is gekomen en niet reeds vanaf de vaststelling van de eerste wet die deze materie regelt. Aangezien de vraag wanneer sprake is van een dergelijke voldoende mate van overeenstemming moet worden beantwoord aan de hand van een analyse en uitlegging van het nationale recht, is de verwijzende rechter hiervoor bevoegd.

151. Dienaangaande moet worden benadrukt dat de verwijzingsbeslissing vermeldt dat in de eerste versie van de wet van 16 februari 2001 de juridische status van het levenspartnerschap in de zin van LPartG voor een deel was geënt op die van het huwelijk maar voor het overige los ervan stond [74], en dat deze status drie keer is gewijzigd, waarbij de op 1 januari 2005 in werking getreden wijziging de overeenkomsten tussen het geregistreerd partnerschap en het instituut van het huwelijk zodanig heeft versterkt [75] dat geen noemenswaardige juridische verschillen meer bestaan tussen beide in het Duitse recht opgenomen vormen van burgerlijke staat. Hoewel deze van een geleidelijke gelijkstelling uitgaande benadering door verzoeker in het hoofdgeding wordt betwist, lijkt het mij niet meer dan logisch dat de rechter a quo rekening zal houden met de aldus door hem geschetste geleidelijke ontwikkeling, die overigens ook aansluit bij de uitspraken [76] die twee hoge federale rechters in Duitsland in het onmiddellijke verlengde van het arrest Maruko hebben gedaan. [77] Niettemin zal de mogelijkheid van Römer om vanaf een bepaalde datum een beroep te doen op gelijke behandeling voornamelijk afhangen van de criteria, waarvan het Hof verklaart dat zij door de verwijzende rechter moeten worden gehanteerd bij de vergelijking van beide situaties.

152. In het geval van indirecte discriminatie daarentegen hoeft niet het bestaan van juridisch vergelijkbare situaties te worden vastgesteld, maar enkel dat sprake is van een bijzonder nadeel dat niet wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel. De verplichting van de verwijzende rechter om bij zijn gevolgtrekkingen het Unierecht in acht te nemen, zou dan kunnen ingaan op de datum waarop het geregistreerd partnerschap door de Duitse wetgever in het leven is geroepen, dat wil zeggen vanaf de dag van de inwerkingtreding van

74 — Wat de ouderdomspensioenen betreft, maakt de verwijzende rechter erop attent dat het LPartDisBG (Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften) voor partners die een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan geen regeling bevat van de verdeling van de opgebouwde pensioenrechten, ingeval hun partnerschap wordt ontbonden, noch een regeling inzake de pensioenrechten bij overlijden. Ik ben evenwel van mening dat het nuttig effect van het Unierechtelijke beginsel van non-discriminatie niet kan worden verzekerd, wanneer men bij een vergelijking van situaties rekening houdt met factoren die met betrekking tot de bijzondere situatie van partijen zuiver hypothetisch van aard zijn. Gelet op de omstandigheden van het geval, namelijk het feit dat het in 2001 door Römer aangegane partnerschap enkel een reeds sinds 1969 bestaande en dus stabiele relatie wettigde, en in aanmerking nemende dat het in casu gaat om een uitkering die als voorwaarde stelt dat de gerechtigde een niet duurzaam gescheiden levende echtgeno(o)t(e) is, lijkt het mij niet legitiem om bij het trekken van deze vergelijking rekening te houden met de regelingen inzake de ontbinding van het partnerschap.

75 — Zie dienaangaande arrest Maruko (aangehaald in voetnoot 3, met name punten 12 e.v.).

76 — Zie het op 14 januari 2009 door het Bundesarbeitsgericht gewezen arrest, met name punt 34, en de beslissing van 7 juli 2009 van het Bundesverfassungsgericht (aangehaald in voetnoot 43, met name punten 36 e.v.).

77 — Beide hierboven vermelde beslissingen verwijzen uitdrukkelijk naar het arrest dat het Hof op 1 april 2008 heeft gewezen in de zaak Maruko (aangehaald in voetnoot 3).

het LPartG, namelijk 1 augustus 2001. Wat hem aangaat, zou verzoeker in het hoofdgeding kunnen eisen dat hij voor de berekening van zijn aanvullend ouderdomspensioen, vanaf de maand volgend op het aangaan van zijn geregistreerd partnerschap wordt behandeld als een niet duurzaam gescheiden levende gehuwde pensioengerechtigde.

153. Gelet op het voorgaande geef ik in overweging de vijfde vraag in die zin te beantwoorden dat het aan de nationale rechter staat om de volle werking te verzekeren van het algemeen beginsel dat discriminatie op grond van seksuele geaardheid verboden is en elk hiermee strijdig voorschrift van nationaal recht, zoals § 10, lid 6, van het 1. RGG, buiten toepassing te laten en zulks zelfs met ingang van een datum die vóór het verstrijken van de omzettingstermijn van richtlijn 2000/78 ligt.

2. Beperking van de temporele gevolgen van het arrest van het Hof

154. Met zijn zesde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, voor het geval dat het Hof van oordeel is dat richtlijn 2000/78, artikel 141 EG of een algemeen beginsel van Unierecht zich verzet tegen een bepaling als die in het hoofdgeding, of het recht op pensioen moet worden beperkt in de tijd tot hetzelfde bedrag als het aan gehuwde pensioengerechtigden uitgekeerde pensioen en, in het bijzonder, of de gelijke behandeling bij de berekening van het pensioen slechts van toepassing is op de rechten die door de pensioengerechtigde zijn verworven uit hoofde van tijdvakken van bijdragebetaling na 17 mei 1990, krachtens het op die datum gewezen arrest Barber. [78]

155. Zowel verzoeker in het hoofdgeding als de Commissie is van mening dat er geen enkele reden is om de gevolgen van het te wijzen arrest in de tijd te beperken, waarbij de Commissie verwijst naar het arrest Maruko, waarin eenzelfde vraag aan de orde is geweest. [79]

156. Het is vaste rechtspraak, dat de uitlegging die het Hof krachtens de hem bij artikel 267 VWEU verleende bevoegdheid aan een voorschrift van gemeenschapsrecht geeft, de betekenis en de strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast, zo nodig verklaart en preciseert. Hieruit volgt, dat het aldus uitgelegde voorschrift door de rechter ook kan en moet worden toegepast op

78 — Aangehaald in voetnoot 26. In dit op de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers betrekking hebbende arrest heeft het Hof verklaard dat „op de rechtstreekse werking van artikel 119 van het Verdrag [artikel 141 EG] geen beroep kan worden gedaan om aanspraak te maken op een pensioen vanaf een tijdstip gelegen vóór de datum van dit arrest, behalve in het geval van werknemers of hun rechtverkrijgenden die vóór die datum een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld" (punt 45).

79 — Aangehaald in voetnoot 3, punten 77 e.v.

rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan en tot stand gekomen vóór het arrest waarbij op het verzoek om uitlegging is beslist, indien voor het overige is voldaan aan de voorwaarden waaronder een geschil over de toepassing van dat voorschrift voor de bevoegde rechter kan worden gebracht. [80]

157. De zwaarwegende gevolgen die de terugwerkende kracht van zijn arrest kan hebben, kan bij wijze van uitzondering voor het Hof aanleiding zijn de mogelijkheid van andere justitiabelen om een beroep te doen op zijn bij wege van een prejudiciële procedure gegeven uitlegging van een bepaling te beperken. Het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat een dergelijke beperking in de tijd slechts door het Hof kan worden aangebracht in het arrest waarin de gevraagde uitlegging wordt gegeven. [81]

158. Het Hof heeft slechts in zeer specifieke omstandigheden van deze mogelijkheid gebruikgemaakt, namelijk wanneer er gevaar bestond voor ernstige economische gevolgen, inzonderheid gezien het grote aantal op basis van de geldig geachte wettelijke regeling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, en wanneer bleek dat particulieren en de nationale autoriteiten tot een met de communautaire regeling strijdig gedrag waren gebracht op grond van een objectieve, grote onzekerheid over de strekking van de communautaire bepalingen, aan welke onzekerheid het gedrag van andere lidstaten of van de Commissie eventueel had bijgedragen. [82]

159. Mocht het Hof zich willen uitspreken over de beperking in de tijd van de gevolgen van zijn te wijzen arrest, hoewel noch de Bondsrepubliek Duitsland, noch de Freie und Hansestadt Hamburg hierom heeft verzocht, dan wijs ik erop dat in het kader van de onderhavige prejudiciële procedure op geen enkele wijze uit het dossier valt af te leiden dat zonder een dergelijke beperking het financiële evenwicht van het door verweerster in het hoofdgeding beheerde stelsel van aanvullend pensioen met terugwerkende kracht dreigt te worden verstoord.

160. Ik breng in herinnering dat § 8, lid 10, laatste volzin, van het 1. RGG bepaalt dat wanneer pas na aanvang van de uitkering van het ouderdomspensioen aan de voorwaarden van § 10, lid 6, punt 1, van het 1. RGG is voldaan, te weten het bestaan van een huwelijksband zonder dat echtgenoten duurzaam gescheiden leven, vanaf die datum de voor de pensioengerechtigden gunstigere belastinggroep III/0 dient te worden toegepast, wanneer de betrokkene hierom verzoekt. In het

80 — Zie in het bijzonder het recentelijk in grote kamer op 13 april 2010 gewezen arrest Bressol e.a. en Chaverot e.a. (C-73/08, Jurispr. blz. I-2735, punten 90 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak).

81 — Zie onder andere arresten van 8 april 1976 (43/75, Defrenne, Jurispr. blz. 455); 27 maart 1980, Denkavit italiana (61/79, Jurispr. blz. 1205, punt 17), en 6 maart 2007, Meilicke e.a. (C-292/04, Jurispr. blz. I-1835, punten 36 en 37), en arrest Barber (aangehaald in voetnoot 26, punten 41 en 44).

82 — Zie onder andere arrest van 27 april 2006, Richards (C-423/04, Jurispr. blz. I-3585, punt 42), en arrest Bressol e.a. en Chaverot e.a. (aangehaald in voetnoot 80, punt 93 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

hypothetische geval dat Römer in oktober 2001 de mogelijkheid zou hebben gehad om te trouwen in plaats van een geregistreerd partnerschap aan te gaan, dan had de Freie und Hansestadt Hamburg het aan hem uitgekeerde aanvullend pensioen overeenkomstig voornoemd voorschrift moeten verhogen. Bij de inrichting van de bekostiging van het stelsel van aanvullend pensioen moet evenwel rekening zijn gehouden met mogelijke wijzigingen in de burgerlijke staat van de pensioengerechtigden. Uit niets blijkt dat deze mogelijkheid in aanmerkelijke mate zou zijn vergroot vanwege de invoering van het geregistreerd partnerschap in het Duitse recht.

161. Afgezien daarvan betoogt verweerster in het hoofdgeding, die met betrekking tot deze vraag geen standpunt inneemt, niet eens dat er een financieel risico bestaat. De verwijzende rechter merkt op dat de Freie und Hansestadt Hamburg helemaal niet heeft gewezen op het gevaar van ernstige problemen, maar daarentegen juist heeft benadrukt dat slechts ten aanzien van een beperkt aantal pensioengerechtigden dat een geregistreerd partnerschap is aangegaan, beslissingen zullen moeten worden genomen waarin de nieuwe berekeningswijze van het pensioen wordt toegepast. Verzoeker in het hoofdgeding preciseert dat het aantal geregistreerde partnerschappen minder dan 15 000 bedraagt, en dat het aantal gepensioneerde werknemers van de Freie und Hansestadt Hamburg met een partner van hetzelfde geslacht niet zodanig is dat dit leidt tot ernstige financiële gevolgen. Mocht het Hof de voorafgaande vragen bevestigend beantwoorden, dan zijn derhalve de economische gevolgen van een dergelijke beslissing minimaal.

162. Bijgevolg ben ik van mening dat op de zesde vraag moet worden geantwoord dat het te wijzen arrest niet hoeft te worden beperkt in de tijd.

F — *Samenspel van het beginsel van gelijke behandeling en een doel van nationaal recht, zoals de bijzondere bescherming van het huwelijk en het gezin*

163. Bij wege van een aanvullende verwijzingsbeslissing heeft het Arbeitsgericht Hamburg een zevende reeks van vragen gesteld, waarmee deze rechterlijke instantie in wezen wenst te vernemen of een nationale grondwettelijke bepaling, zoals het in artikel 6, lid 1, GG verankerde beginsel dat het huwelijk en het gezin bijzondere bescherming door de overheid genieten, beperkingen kan opleggen aan het communautaire verbod van directe of indirecte discriminatie, zoals in het bijzonder opgenomen in richtlijn 2000/78.

1. Primaat van het Unierechtelijke beginsel van gelijke behandeling

164. Het eerste onderdeel van de zevende vraag heeft betrekking op het gewicht dat moet worden toegekend aan een Duitse grondwettelijke norm, namelijk artikel 6, lid 1, GG, ingeval het Hof oordeelt dat sprake is van directe discriminatie.

165. Deze vraag moet in negatieve zin worden beantwoord, gelet op het aan het Unierecht ten gronde liggende beginsel dat dit recht voorrang heeft boven elke bepaling van nationaal recht, ongeacht de rang die deze inneemt en zelfs wanneer het gaat om een bepaling van grondwettelijke rang. [83] Dit voorrangsbeginsel heeft dus absolute werking. Zou dit niet het geval zijn, dan zou hiermee afbreuk worden gedaan aan de eenheid en zelfs aan de doeltreffendheid van het Unierecht.

166. Hieruit volgt dat bepalingen, zoals die van de GG die de bescherming van het huwelijk en het gezin beogen, ongeacht de constitutionele rang die zij innemen, geen afbreuk kunnen doen aan de geldigheid of de toepassing van het in het Unierecht verankerde non-discriminatiebeginsel. Ingeval het Unierecht zich tegen nationale bepalingen verzet, is de nationale rechter ingevolge de voorrang van het gemeenschapsrecht verplicht het gemeenschapsrecht toe te passen en de daarmee strijdige nationale bepalingen buiten toepassing te laten. [84]

167. De Commissie benadrukt dat het bestaan van een schending van richtlijn 2000/78 of een algemeen beginsel van Unierecht dat discriminatie verbiedt, niet kan afhangen van de beoordeling of van de verplichtingen van de nationale wetgever.

168. Al deze overwegingen gaan evenwel ervan uit dat sprake is van conflicterende normen, hetgeen mijns inziens in casu niet het geval is. Het gevaar van tegenspraak tussen artikel 6, lid 1, GG en het Unierecht is namelijk aanzienlijk kleiner geworden sinds het Bundesverfassungsgericht (federale constitutionele Hof) heeft verklaard dat waar de burgerlijke staat in betrekking staat tot een beroepspensioenstelsel, een onderscheid tussen het huwelijk en het geregistreerd partnerschap niet gerechtvaardigd is en dat bijgevolg een persoon die een geregistreerd partnerschap is aangegaan, zoals een gehuwd iemand recht heeft op een nabestaandenpensioen ingeval van overlijden van zijn partner. [85] Het Bundesverfassungsgericht is bij zijn oordeel uitgegaan van de bepalingen van Duits recht, met name artikel 3, lid 1, GG, waarin is opgenomen dat iedereen gelijk is voor de wet, maar heeft ook verwezen naar het arrest Maruko [86], waarin het ging om discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Het Bundesverfassungsgericht heeft zich ondubbelzinnig uitgesproken over het gevolg dat artikel 6, lid 1, GG op dit gebied zou kunnen hebben met de overweging dat de verwijzing naar het huwelijk en de bescherming ervan krachtens

83 — Zie voor de toepassing van dit beginsel met betrekking tot een discriminerende bepaling van de Duitse grondwet, namelijk artikel 12a, inhoudend een algemene uitsluiting van vrouwen van de dienst bij gevechtseenheden, arrest van 11 januari 2000, Kreil (C-285/98, Jurispr. blz. I-69).

84 — Zie recentelijk arrest van 19 november 2009, Filipiak (C-314/08, Jurispr. blz. I-11049).

85 — Op 7 juli 2009 door het Bundesverfassungsgericht gegeven beslissing (aangehaald in voetnoot 43), dat wil zeggen na de beslissing, waarmee het Arbeitsgericht Hamburg zijn aanvullende prejudiciële vragen aan het Hof heeft voorgelegd.

86 — Aangehaald in voetnoot 3, bedoeld in punt 92 van de beslissing van het Bundesverfassungsgericht.

grondwettelijke bepalingen en met name dit artikel, niet volstaat om een ongelijke behandeling te rechtvaardigen.

169. Gelet op het voorgaande kan het enige doel van nationaal constitutioneel recht dat uitdrukkelijk door de verwijzende rechter wordt genoemd, namelijk de bijzondere bescherming van het huwelijk en het gezin door de overheid, niet in de weg staan aan het algemeen gelijkheidsbeginsel, zoals dit is opgenomen in het Unierecht.

2. Mogelijke rechtvaardiging van discriminatie door een doel van nationaal recht

170. Het tweede deel van de zevende vraag moet worden beantwoord, voor zover het eerste deel van die vraag in die zin ontkennend wordt beantwoord dat het Unierechtelijke beginsel van gelijke behandeling voorrang heeft boven elk nationaal doel dat hiermee mogelijk niet verenigbaar is.

171. De verwijzende rechter wenst in dat geval te vernemen of en onder welke omstandigheden een in de nationale rechtsorde bestaand doel, zoals de bescherming van het huwelijk, toch te verenigen is met het Unierechtelijke beginsel van gelijke behandeling en een te aanvaarden rechtvaardiging kan vormen voor duidelijke discriminatie op grond van seksuele geaardheid.

172. Vooraf wijs ik erop dat in het kader van richtlijn 2000/78 een nationale bepaling waarvan vaststaat dat zij directe discriminatie in de zin van deze regeling vormt, mijns inziens niet achteraf geldig kan worden verklaard op grond dat zij beantwoordt aan een beginsel van nationaal recht, ook niet wanneer dit beginsel legitiem is. Artikel 2, lid 2, sub a, van deze richtlijn [87] vermeldt immers niet de mogelijkheid van een objectieve rechtvaardiging, overeenkomend met die van artikel 2, lid 2, sub b-i, van diezelfde richtlijn met betrekking tot indirecte discriminatie.

173. Uit een lezing a contrario van laatstgenoemde bepalingen volgt dat geen sprake is van indirecte discriminatie, wanneer door een ogenschijnlijk neutrale maatregel weliswaar iemand met een bepaalde seksuele geaardheid ongunstiger kan worden behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie, maar dat deze discriminatie in de eerste plaats gerechtvaardigd is door een legitiem doel en, in de tweede plaats, de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. De vervulling van deze juridische criteria ontdoet de maatregel van haar kwalificatie als indirect discriminerend.

87 — Ter herinnering: „a) ‚directe discriminatie', wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden".

174. Het is juist dat de in Duitsland in artikel 6, lid 1, GG opgenomen bescherming van het huwelijk en het gezin op zichzelf een legitiem doel kan vormen. Dit doel is overigens niet onbekend in het Unierecht. Artikel 9 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepaalt namelijk dat „[h]et recht te huwen en het recht een gezin te stichten [...] gewaarborgd [worden] volgens de nationale wetten die de uitoefening van deze rechten beheersen". Het is duidelijk dat artikel 12 EVRM hiervoor de inspiratie heeft geleverd. [88] Bovendien schrijft artikel 33, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor dat „[h]et gezin [...] bescherming op juridisch, economisch en sociaal vlak [geniet]".

175. Volgens mij spreekt het evenwel voor zich dat het doel van bescherming van het huwelijk en het gezin geen discriminatie op grond van seksuele geaardheid kan rechtvaardigen. Ik kan niet bedenken welk oorzakelijk verband er tussen dit type discriminatie, als middel, en de bescherming van het huwelijk, als mogelijk positief gevolg hiervan, kan bestaan.

176. Om een bepaling die gepensioneerde geregistreerde partners „bijzonder benadeelt" toch als niet indirect discriminerend te kunnen aanmerken, moet tevens zijn voldaan aan de in artikel 2, lid 2, sub b-i, van richtlijn 2000/78 opgenomen voorwaarde dat de aangewende middelen, in casu ter bescherming van het huwelijk en het gezin, passend en noodzakelijk zijn. Zoals ik reeds in deze conclusie heb uiteengezet, lijkt mij dit niet het geval, aangezien de betrokken maatregel niet noodzakelijk en nog minder evenredig is om dit aldus beoogde doel te bereiken.

177. In zijn reeds aangehaalde beslissing van 7 juli 2009 heeft het Bundesverfassungsgericht eenzelfde standpunt ingenomen door te oordelen dat het onderscheid tussen het geregistreerd partnerschap en het huwelijk niet kan worden gerechtvaardigd door de bijzondere bescherming van het laatstgenoemde en te benadrukken dat het instituut van het huwelijk kan worden beschermd zonder de noodzaak van benadeling van andere samenlevingsvormen.

178. Volgens vaste rechtspraak staat het aan de verwijzende rechter, die als enige bevoegd is om de feiten van de aan hem voorgelegde zaak te beoordelen en het toepasselijke nationale recht uit te leggen, om na te gaan, in de zin van artikel 2, lid 2, sub b-i, van richtlijn 2000/78, of en in welke mate de litigieuze wetgeving geëigend is om te verzekeren dat het „legitiem doel" wordt bereikt en of deze niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken ervan. [89]

88 — Artikel 12 EVRM dat het kopje „Recht te huwen" draagt, luidt: „Mannen en vrouwen van huwbare leeftijd hebben het recht te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen."

89 — Zie voor recente toepassingen, met betrekking tot discriminatie op grond van leeftijd, arresten van 12 januari 2010, Wolf (C-229/08, Jurispr. blz. I-1) en Petersen (C-341/08, Jurispr. blz. I-47), en arrest Kücükdeveci (aangehaald in voetnoot 5 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

179. Uit een en ander volgt dat het in artikel 6, lid 1, GG opgenomen doel niet doorslaggevend kan zijn, en met name geen geldige rechtvaardiging kan vormen bij de beoordeling of § 10, lid 6, van het 1. RGG discriminatie, ongeacht of deze direct of indirect is, in de zin van het gemeenschapsrecht met zich brengt. Het staat aan de nationale rechter om hierover een definitief oordeel te geven.

VI — Conclusie

180. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Arbeitsgericht Hamburg als volgt te beantwoorden:

„1) Het aanvullend pensioen dat krachtens een regeling zoals die in het hoofdgeding wordt uitgekeerd, valt binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

2) Artikel 1, junctis de artikelen 2 en 3, lid 1, sub c, van richtlijn 2000/78 verzetten zich tegen een regeling als die in het hoofdgeding, krachtens welke een pensioengerechtigde die een geregistreerd partnerschap is aangegaan, een ouderdomspensioen ontvangt dat niet gelijk is aan dat van een gehuwde pensioengerechtigde

die niet duurzaam gescheiden leeft, terwijl in het nationale recht, dit partnerschap personen van hetzelfde geslacht, wat dit pensioen betreft, in een vergelijkbare situatie plaatst als die van echtgenoten. Het onderzoek van de vergelijkbaarheid moet worden toegespitst op de rechten en de plichten van echtgenoten en levenspartners, zoals die voortvloeien uit de respectieve bepalingen inzake het huwelijk en het geregistreerd partnerschap, voor zover deze van belang zijn gelet op de voorwaarden voor de toekenning van de litigieuze uitkering. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of een levenspartner zich in een situatie bevindt die juridisch en feitelijk vergelijkbaar is met die van een echtgeno(o)t(e) die recht heeft op het aanvullend ouderdomspensioen, zoals dat wordt uitgekeerd in het kader van de beroepspensioenregeling van de Freie und Hansestadt Hamburg.

Mocht het onderzoek van de vergelijkbaarheid directe discriminatie op grond van seksuele geaardheid uitsluiten, dan is, subsidiair, op zijn minst sprake van indirecte discriminatie in de zin van artikel 2, lid 2, sub b-i, van richtlijn 2000/78, zodra bepalingen zoals die van de regeling in het hoofdgeding, volgens dewelke de wijze van berekening van een aanvullend ouderdomspensioen gunstiger is voor een gehuwde pensioengerechtigde die niet duurzaam gescheiden leeft, in de eerste plaats een bijzonder nadeel met zich brengt voor een pensioengerechtigde die een geregistreerd partnerschap is aangegaan, en, in de tweede plaats, niet objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel, dan wel geen passend, noch noodzakelijk middel is om dit doel te bereiken, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden nagegaan.

3) De vierde prejudiciële vraag hoeft niet te worden beantwoord. Subsidiair luidt het antwoord op deze vraag dat een regeling zoals die in het hoofdgeding geen schending vormt van artikel 141 EG, maar mogelijk afbreuk doet aan het algemene Unierechtelijke beginsel dat discriminatie op grond van seksuele geaardheid verboden is, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden vastgesteld.

4) Het staat aan de nationale rechter om de volle werking te verzekeren van het algemeen beginsel dat discriminatie op grond van seksuele geaardheid verboden is en elk hiermee strijdig voorschrift van nationaal recht, zoals § 10, lid 6, van het 1. RGG, buiten toepassing te laten en zulks zelfs met ingang van een datum die vóór het verstrijken van de omzettingstermijn van richtlijn 2000/78 ligt.

5) Een bepaling van nationaal recht, ook al heeft deze grondwettelijke rang, kan op zichzelf geen rechtvaardiging vormen voor een regeling, zoals die in het hoofdgeding, die strijdig is met het Unierecht en in het bijzonder met het beginsel van gelijke behandeling."