FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. KOKOTT

fremsat den 30. september 2010[1]

I — Indledning

1. Er det foreneligt med Unionens grundlæggende rettigheder at tage hensyn til forsikringstagerens køn som en risikofaktor ved udformningen af private forsikringsaftaler? Dette er det centrale punkt i det spørgsmål, Domstolen skal behandle i den foreliggende præjudicielle sag. Det er første gang, den skal undersøge materielretlige bestemmelser i direktiv 2004/113/EF[2], et af de såkaldte antidiskriminationsdirektiver[3], der er blevet heftigt omdiskuteret i den seneste tid.

2. Artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 giver medlemsstaterne mulighed for at tillade kønsrelaterede forskelle i forbindelse med forsikringspræmier og -ydelser, hvis anvendelsen af køn er en afgørende faktor ved risikovurderingen, der er baseret på relevante og nøjagtige aktuarmæssige og statistiske data. Adskillige medlemsstater har gjort brug af denne undtagelse ved en eller flere forsikringstyper.

3. Den belgiske forfatningsdomstol (Cour constitutionnelle) rejser imidlertid nu det spørgsmål, om denne direktivbestemmelse er forenelig med den ranghøjere unionsret, nærmere betegnet med det grundlæggende forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn. Bag ved denne præjudicielle anmodning ligger et søgsmål vedrørende en eventuel forfatningsstridighed fra forbrugerorganisationen Association Belge des Consommateurs Test-Achats (herefter »Test-Achats«) og to privatpersoner mod den belgiske gennemførelseslov til direktiv 2004/113.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Rådets direktiv 2004/113/EF af 13.12.2004 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser, EUT L 373, s. 37, herefter »direktiv 2004/113«.

3 — Under antidiskriminationsdirektiverne hører desuden Rådets direktiv 2000/43/EF af 29.6.2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse, EFT L 180, s. 22, Rådets direktiv 2000/78/EF af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv, EFT L 303, s. 16, og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5.7.2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv, EUT L 204, s. 23.

II — Retsforskrifter

A — *Unionsretten*

4. De unionsretlige rammer for denne sag er de på EU-niveau gældende grundlæggende rettigheder, som artikel 6 i traktaten om Den Europæiske Union refererer til. Disse grundlæggende rettigheder, sådan som de navnlig kommer til udtryk i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [4], udgør kriteriet for en undersøgelse af gyldigheden af artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113.

Traktaten om Den Europæiske Union

5. Indtil Lissabontraktaten trådte i kraft den 1. december 2009, indeholdt traktaten om Den Europæiske Union i Amsterdamtraktatens affattelse følgende artikel 6 (herefter »artikel 6 EU«):

»1. Unionen bygger på principperne om frihed, demokrati og respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder samt retsstatsprincippet, der alle er principper, som medlemsstaterne har til fælles.

2. Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.

[…]«

6. I den udgave, som er resultatet af Lissabontraktaten, lyder artikel 6 i traktaten om Den Europæiske Union (herefter »TEU ny udg.«) i uddrag således:

»1. Unionen anerkender de rettigheder, friheder og principper, der findes i chartret om grundlæggende rettigheder af 7. december 2000 som tilpasset den 12. december 2007 i Strasbourg, der har samme juridiske værdi som traktaterne.

[…]

3. De grundlæggende rettigheder, som de er garanteret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, udgør generelle principper i EU-retten.«

4 — Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder blev første gang højtideligt proklameret i Nice den 7.12.2000, EFT C 364, s. 1, og derpå igen i Strasbourg den 12.12.2007, EUT C 303, s. 1, og EUT C 83, s. 389.

Chartret om grundlæggende rettigheder

7. Chartret om grundlæggende rettigheder indeholder i sit afsnit III bestemmelser om lighed. Artikel 20 i chartret, der har overskriften »Lighed for loven«, fastsætter:

»Alle mennesker er lige for loven.«

8. Artikel 21, stk. 1, i chartret indeholder princippet om ikke-forskelsbehandling, som er formuleret således:

»Enhver forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder, seksuel orientering eller ethvert andet forhold er forbudt.«

9. Desuden foreskriver artikel 23, stk. 1, i chartret med overskriften »Ligestilling mellem kvinder og mænd«:

»Der skal sikres ligestilling mellem kvinder og mænd på alle områder, herunder i forbindelse med beskæftigelse, arbejde og løn.«

Direktiv 2004/113

10. Direktiv 2004/113 bygger på artikel 13, stk. 1, EF (nu artikel 19, stk. 1, TEUF). Formålet med direktivet er fastlagt i dets artikel 1:

»Formålet med dette direktiv er at fastlægge en ramme for bekæmpelse af forskelsbehandling på grund af køn i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser med henblik på gennemførelse i medlemsstaterne af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder.«

11. En definition af princippet om ligebehandling i direktiv 2004/113's forstand findes i dets artikel 4, stk. 1:

»1. Når der i dette direktiv henvises til princippet om ligebehandling af mænd og kvinder, betyder det, at

a) der ikke må finde nogen direkte forskelsbehandling sted på grund af køn, herunder ringere behandling af kvinder på grund af graviditet og moderskab

b) der ikke må finde nogen indirekte forskelsbehandling sted på grund af køn.«

12. Under overskriften »aktuarmæssige faktorer« bestemmes følgende i artikel 5 i direktiv 2004/113:

»1. Medlemsstaterne skal sikre, at anvendelse af køn som en faktor ved beregning af præmier og ydelser i forbindelse med forsikring og lignende finansielle ydelser i alle nye kontrakter, der senest er indgået efter den 21. december 2007, ikke fører til forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser.

2. Uanset stk. 1 kan medlemsstaterne inden den 21. december 2007 beslutte at tillade forholdsmæssigt afpassede forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser, hvis anvendelsen af køn er en afgørende faktor ved risikovurderingen, der er baseret på relevante og nøjagtige aktuarmæssige og statistiske data. De pågældende medlemsstater underretter Kommissionen og sikrer, at de nøjagtige data, der er relevante for anvendelse af køn som en afgørende aktuarmæssig faktor, indsamles, offentliggøres og ajourføres regelmæssigt. Disse medlemsstater tager deres beslutning op til revision fem år efter den 21. december 2007 på baggrund af den rapport fra Kommissionen, der er nævnt i artikel 16, og forelægger Kommissionen resultatet af denne fornyede gennemgang.

3. Under alle omstændigheder må omkostninger i forbindelse med graviditet og moderskab ikke føre til forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser.

Medlemsstaterne kan udskyde gennemførelsen af de foranstaltninger, der er nødvendige for at efterkomme denne bestemmelse, til senest to år efter den 21. december 2007. I så fald underretter de berørte medlemsstater straks Kommissionen herom.«

13. Supplerende skal der henvises til præamblen til direktiv 2004/113, i hvilken 1., 4., 18. og 19. betragtning er affattet således:

»(1) I henhold til EU-traktatens artikel 6 bygger Den Europæiske Union på principperne om frihed, demokrati og respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder samt retsstatsprincippet, der alle er principper, som medlemsstaterne har til fælles, og den respekterer de grundlæggende rettigheder som generelle principper for fællesskabsretten, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, og således som de

følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner.

[…]

(4) Ligestilling mellem mænd og kvinder er et grundlæggende princip i Den Europæiske Union. Artikel 21 og 23 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder forbyder enhver forskelsbehandling på grund af køn og kræver, at der sikres ligestilling mellem mænd og kvinder på alle områder.

[…]

(18) Anvendelse af kønsrelaterede aktuarmæssige faktorer er almindelig udbredt for så vidt angår forsikringsydelser og lignende finansielle tjenesteydelser. Anvendelse af køn som en aktuarmæssig faktor bør for at sikre ligebehandling af mænd og kvinder ikke medføre forskelle i enkeltpersoners præmier og ydelser. For at undgå en pludselig omlægning af markedet bør gennemførelsen af denne regel kun gælde for nye kontrakter, der er indgået efter datoen for gennemførelse af dette direktiv.

(19) Visse risikokategorier kan variere mellem kønnene. I nogle tilfælde er køn én, men ikke nødvendigvis den eneste afgørende faktor i vurderingen af forsikrede risici. I forbindelse med kontrakter om forsikring af denne type risici kan medlemsstaterne beslutte at tillade undtagelser fra reglen om ikke-kønsrelaterede præmier og ydelser, så længe de kan sikre, at de underliggende aktuarmæssige og statistiske data, som beregningerne er baseret på, er pålidelige, ajourføres regelmæssigt og er tilgængelige for offentligheden. Undtagelser er kun tilladt, hvis den nationale lovgivning ikke allerede har anvendt den ikke-kønsrelaterede regel. Medlemsstaterne bør fem år efter gennemførelsen af dette direktiv undersøge begrundelsen for disse undtagelser på ny under hensyn til de seneste aktuarmæssige og statistiske data og en rapport fra Kommissionen tre år efter datoen for dette direktivs gennemførelse.«

B — *Nationale regler*

14. I belgisk ret er lov af 21. december 2007 [5] relevant, som har til formål at gennemføre direktiv 2004/113 [6]. Med denne lov fik en

5 — Lov om ændring af lov af 10.5.2007 til bekæmpelse af forskelsbehandling mellem mænd og kvinder for så vidt angår køn i forsikringsanliggender, *Moniteur belge* nr. 373 af 31.12.2007, s. 66175.

6 — Denne målsætning fremgår af artikel 2 i lov af 21.12.2007.

lovbestemmelse, der var blevet udstedt kun få måneder tidligere, nærmere betegnet artikel 10 i lov af 10. maj 2007 til bekæmpelse af forskelsbehandling af kvinder og mænd [7], følgende nye ordlyd med virkning fra den 20. december 2007 [8]:

»Artikel 10,

§ 1. Uanset artikel 8 kan der foretages en direkte forholdsmæssigt afpasset sondring på grundlag af køn med henblik på fastsættelsen af forsikringspræmier og -ydelser, når køn er en afgørende faktor ved risikovurderingen, der er baseret på relevante og nøjagtige aktuarmæssige og statistiske data.

Denne undtagelse finder kun anvendelse på livsforsikringer i henhold til artikel 97 i lov af 25. juni 1992 om aftaler om forsikringer på landjorden.

§ 2. Efter den 21. december 2007 kan omkostninger i forbindelse med graviditet og moderskab under ingen omstændigheder medføre forskelle i forsikringspræmier og -ydelser.

§ 3. Commission bancaire, financière et des Assurances indsamler de i § 1 omhandlede aktuarmæssige og statistiske data, varetager offentliggørelsen af disse senest den 20. juni 2008 og herefter af ajourførte data hvert andet år samt offentliggør dem på sit websted. Disse data ajourføres hvert andet år.

Commission bancaire, financière et des Assurances har beføjelse til at kræve de til dette formål nødvendige data udleveret fra de relevante institutioner, virksomheder og personer. Commission bancaire, financière et des Assurances angiver, hvilke data der skal udleveres, på hvilken måde og i hvilken form.

§ 4. Commission bancaire, financière et des Assurances udleverer senest den 21. december 2009 de i henhold til denne artikel foreliggende data til Europa-Kommissionen og sender dataene til Europa-Kommissionen ved hver ajourføring af disse.

§ 5. De lovgivende forsamlinger evaluerer inden den 1. marts 2011 anvendelsen af denne artikel på baggrund af de i § 3 og 4 omhandlede data, Europa-Kommissionens rapport som omhandlet i artikel 16 i direktiv 2004/113/EF samt situationen i de øvrige EU-medlemsstater.

7 — *Moniteur belge* nr.159 af 30.5.2007, s. 29031.

8 — Ændringen sker ved artikel 3 i lov af 21.12.2007; ikrafttrædelsestidspunktet fremgår af lovens artikel 5.

Evalueringen finder sted på grundlag af en rapport, som et evalueringsudvalg fremlægger for de lovgivende forsamlinger hvert andet år.

Ved anordning vedtaget i Conseil des ministres fastsætter kongen de nærmere regler om evalueringsudvalgets sammensætning og udnævnelse og rapportens form og indhold.

Udvalget rapporterer især om nærværende artikels konsekvenser for markedsforholdene samt behandler andre kriterier for opdeling end kønskriteriet.

§ 6. Nærværende bestemmelse finder ikke anvendelse på forsikringsaftaler, der er indgået inden for en supplerende socialsikringsordning. Disse kontrakter er udelukkende omfattet af artikel 12.«

15. Desuden indeholder artikel 4 i lov af 21. december 2007 følgende bestemmelse:

»Indtil Commission bancaire, financière et des Assurances' offentliggørelse af de relevante og nøjagtige aktuarmæssige og statistiske data, der er omhandlet i artikel 10, § 3, i lov af 10. maj 2007 om bekæmpelse af forskelsbehandling af kvinder og mænd [som affattet i nærværende lov], er det tilladt at sondre direkte på grundlag af køn ved fastsættelsen af forsikringspræmier og -ydelser, hvis sondringen er objektivt begrundet i et legitimt mål, og hvis midlerne til at gennemføre dette mål er passende og nødvendige. Commission bancaire, financière et des Assurances offentliggør disse data senest den 20. juni 2008.«

III — Hovedsagen

16. Kongeriget Belgiens forfatningsdomstol har fået forelagt en sag med påstand om ophævelse af lov af 21. december 2007. Sagen blev anlagt i juni 2008 af Test-Achats som en nonprofit-forbrugerorganisation samt af to privatpersoner.

17. Sagsøgerne i hovedsagen gør i det væsentlige gældende, at loven af 21. december 2007 ikke er forenelig med princippet om ligebehandling af mænd og kvinder. Den strider mod forfatningens artikel 10, 11 og 11a, sammenholdt med EF-traktatens artikel 13, direktiv 2004/113/EF, artikel 20, 21 og 23 i Den Europæiske Unions charter

om grundlæggende rettigheder, artikel 14 EMRK [9], artikel 26 i den internationale konvention om civile og politiske rettigheder [10] samt den internationale konvention om afskaffelse af alle former for diskrimination imod kvinder [11].

18. Forfatningsdomstolen har fastslået, at den omtvistede lov benytter undtagelsen i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113, hvorved sagsøgernes påtale også vedrører den direktivbestemmelse. Under disse omstændigheder anser forfatningsdomstolen det for nødvendigt, før den træffer afgørelse om det søgsmål til prøvelse af en angivelig forfatningsstridighed, der verserer for den, at tage stilling til gyldigheden af artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113. Forfatningsdomstolen anerkender udtrykkeligt, at kompetencen til at vurdere gyldighedsspørgsmålet alene ligger hos Domstolen, som forfatningsdomstolen som en national ret, hvis afgørelser ikke kan anfægtes ved noget internt retsmiddel, er pligtig at indbringe sagen for i medfør af artikel 234, stk. 3, EF (nu artikel 267, stk. 3, TEUF).

IV — Den præjudicielle anmodning og retsforhandlingerne ved Domstolen

19. Med dom af 18. juni 2009 forelagde den belgiske forfatningsdomstol Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål [12]:

»1) Er artikel 5, stk. 2, i Rådets direktiv 2004/113/EF af 13. december 2004 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser forenelig med artikel 6, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Union og mere specifikt med det princip om ligestilling og forbud mod forskelsbehandling, der er fastsat i denne bestemmelse?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, er direktivets artikel 5, stk. 2, også uforenelig med artikel 6, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Union,

9 — Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, »EMRK«, undertegnet i Rom den 4.11.1950. Ifølge fast retspraksis er EMRK af særlig betydning, når den grundrettighedsnorm, som Den Europæiske Union skal overholde, skal fastslås; jf. bl.a. Domstolens dom af 26.6.2007, sag C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl., Sml. I, s. 5305, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis; jf. også artikel 6, stk. 2, EU eller artikel 6, stk. 3, TEU, ny udg.

10 — Åbnet for undertegnelse den 19.12.1966, trådt i kraft den 23.3.1976, *UNTS* bd. 999, s. 171.

11 — Åbnet for undertegnelse den 18.12.1979, trådt i kraft den 3.9.1981, *UNTS* bd. 1249, s. 13.

12 — Dom nr.103/2009, sag nr. 4486, som kan ses på den belgiske forfatningsdomstols hjemmeside <http://www.const-court.be/de/common/home.html >, sidst besøgt den 1.9.2010.

hvis bestemmelsens anvendelsesområde begrænses til livsforsikringsaftaler?«

20. Under retsforhandlingerne for Domstolen er der ud over af Test-Achats indgivet skriftlige indlæg af den belgiske regering, Irland, den franske, den litauiske og den finske regering, Det Forenede Kongeriges regering samt af Rådet og af Kommissionen. I den mundtlige forhandling den 1. juni 2010 deltog Test-Achats, den belgiske regering, Irland, Det Forenede Kongeriges regering samt Rådet og Kommissionen.

V — Bedømmelse

21. Med artikel 5, stk. 2, som skal undersøges her, er der tale om en bestemmelse i direktiv 2004/113, som slet ikke indgik i Kommissionens oprindelige forslag til direktivet [13]. Der er mere at sige: I begrundelsen til sit forslag til direktivet havde Kommissionen efter en grundig gennemgang af den her omhandlede problematik klart udtalt sig imod at give mulighed for kønsrelaterede forskelle ved forsikringspræmier og -ydelser og havde udtrykkeligt anset dette for uforeneligt med princippet om ligebehandling [14].

22. Desto mere forbløffende er det, at Kommissionen i den foreliggende sag eftertrykkeligt forsvarer den tese, at artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 ikke rummer nogen tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af kvinder og mænd, men netop er et udtryk for dette princip. Adspurgt herom kunne Kommissionen da heller ikke give nogen plausibel forklaring på sit meningsskift.

23. For mit vedkommende er jeg meget i tvivl om, hvorvidt artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 i den af Rådet valgte affattelse overhovedet er egnet til at lade princippet om ligebehandling komme til udtryk, navnlig påbuddet om ikke at behandle forskellige situationer ens. En bestemmelse, der har dette for øje, skal gælde i samtlige medlemsstater. I virkeligheden skal artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 efter unionslovgivers opfattelse dog kun anvendes, »hvis den nationale lovgivning ikke allerede har anvendt den ikke-kønsrelaterede regel« [15]. Bestemmelsen fører altså til,

13 — Forslag til Rådets direktiv om gennemførelse af princippet om ligebehandling af kvinder og mænd i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser, KOM(2003) 657, endelig.

14 — Kommissionens forslag, nævnt ovenfor i fodnote 13, s. 7 ff., især s. 9 nederst.

15 — Jf fjerde punktum i 19. betragtning til direktiv 2004/113.

at mænd og kvinder i mange medlemsstater kan behandles forskelligt med hensyn til et forsikringsprodukt, hvorimod de i andre medlemsstater med hensyn til samme forsikringsprodukt skal behandles ens. At en sådan retssituation skal være et resultat af et unionsretligt princip om ligebehandling, er svært at fatte.

A — *Første spørgsmål*

24. Med sit første spørgsmål ønsker den belgiske forfatningsdomstol oplysning om gyldigheden af artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113. I det væsentlige vil den gerne vide, om denne bestemmelse er forenelig med princippet om ligebehandling og ikke-diskrimination.

25. Mens Test-Achats er af den opfattelse, at artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 er i strid med dette princip, indtager alle de medlemsstater og EU-institutioner, der deltager i sagen, det modsatte standpunkt.

1. Generelt

26. Den Europæiske Union er en retsunion, idet både dens medlemsstater og dens institutioner er undergivet kontrol med, at deres retsakter er forenelige med Unionens »forfatningsmæssige grundlag« som fastlagt i dens traktater [16].

27. Det er en forudsætning for lovligheden af alle Unionens retsakter, at de overholder de grundlæggende rettigheder og menneskerettighederne [17]. Unionen bygger nemlig på principperne om frihed, respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende rettigheder samt retsstatsprincippet (artikel 6, stk. 1, EU [18]). Den respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved EMRK, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle retsprincipper (artikel 6, stk. 2, EU [19]).

28. Et sammendrag af de grundlæggende rettigheder, som garanteres inden for Den Europæiske Union, findes i dag i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, der efter Lissabontraktatens

16 — Dom af 23.4.1986, sag 294/83, Les Verts mod Parlamentet, Sml. s. 1339, præmis 23, og af 3.9.2008, forenede sager C-402/05 P og C-415/05 P, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, »Kadi«, Sml. I, s. 6351, præmis 281.

17 — I samme retning Kadi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 285.

18 — I dag svarer artikel 2 TEU ny udg. i det væsentlige til denne bestemmelse.

19 — I dag svarer artikel 6, stk. 3, TEU ny udg. til denne bestemmelse.

ikrafttrædelse har samme juridiske værdi som traktaterne (artikel 6, stk. 1, TEU ny udg.) [20]. Også når det gælder tiden forud for Lissabontraktatens ikrafttrædelse, da chartret endnu ikke havde nogen bindende retsvirkning, som kan sammenlignes med primærretten, kan det alligevel udgøre en inspirationskilde for beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder på unionsplan [21]; dette gælder ikke mindst i de tilfælde, hvor en retsakt undersøges, i hvilken unionslovgiver selv har henvist til chartret, således som det i det foreliggende tilfælde er sket i fjerde betragtning til direktiv 2004/113 [22].

29. Det generelle princip om ligebehandling og ikke-diskrimination kommer til udtryk i artikel 20 i chartret om grundlæggende rettigheder, som fastslår alle menneskers lighed for loven. I den foreliggende sag drejer det sig imidlertid om princippet om ligebehandling og ikke-diskrimination af mænd og kvinder, som allerede tidligt blev anerkendt af Domstolen som et grundlæggende princip i unionsretten [23] og nu er etableret specifikt som en grundlæggende rettighed i artikel 21, stk. 1, og artikel 23, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder. I det følgende behandler jeg kun dette princip. Da der til brug for den foreliggende sag ikke er nogen væsentlig forskel på begreberne »ligebehandlingsprincippet«, »princippet om ikke-diskrimination« og »princippet om forbud mod forskelsbehandling«, anvender jeg dem som synonyme.

30. At unionslovgiver i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 ikke selv differentierer efter forsikringstagernes køn, men blot bemyndiger medlemsstaterne dertil, har ingen indflydelse på undersøgelsen af, om denne bestemmelse er forenelig med trinhøjere ret. For unionslovgiver må ikke bemyndige medlemsstaterne til foranstaltninger, som ville være i strid med Unionens grundlæggende rettigheder, og det påhviler Domstolen at efterprøve dette [24].

20 — Jf. også dom af 19.1.2010, sag C-555/07, Kücükdeveci, Sml. I, s. 365, præmis 22, og af 1.7.2010, sag C-407/08 P, Knauf Gips mod Kommissionen, Sml. I, s. 6375, præmis 91.

21 — I samme retning dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37, af 11.12.2007, sag C-438/05, International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union, Sml. I, s. 10779, præmis 43 og 44, af 18.12.2007, sag C-341/05, Laval un Partneri, Sml. I, s. 11767, præmis 90 og 91, og af 14.2.2008, sag C-244/06, Dynamic Medien, Sml. I, s. 505, præmis 41.

22 — I samme retning dom af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, »familiesammenføringsdommen«, Sml. I, s. 5769, præmis 38.

23 — Dom af 8.4.1976, sag 43/75, Defrenne, »Defrenne II-dommen«, Sml. s. 455, præmis 12, og af 15.6.1978, sag 149/77, Defrenne, »Defrenne III-dommen«, Sml. s. 1365, præmis 26 og 27.

24 — I samme retning familiesammenføringsdommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, især præmis 76, 84, 90 og 103.

2. Den fundamentale betydning af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder

31. Det er Domstolens faste praksis at betone den fundamentale betydning af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder [25]. Denne betydning understreges også på fremtrædende steder i traktaterne, på tidspunktet for udstedelsen af direktiv 2004/113 f.eks. i artikel 2 EF og i artikel 3, stk. 2, EF, i dag i artikel 2 TEU ny udg., artikel 3, stk. 3, andet afsnit, TEU ny udg., artikel 8 TEUF og artikel 10 TEUF.

32. Alligevel har nogle procesdeltagere forsøgt at nedtone dette princips betydning for den foreliggende sag. Ingen af de herom fremførte argumenter virker dog overbevisende.

33. I modsætning til, hvad Rådet og Kommissionen synes at mene, kan det for det første ikke udledes af retsgrundlaget for artikel 13, stk. 1, EF, som direktiv 2004/113 hviler på, at unionslovgiver i vid udstrækning har frie hænder ved udformningen af indholdet af foranstaltninger til bekæmpelse af diskrimination.

34. Ganske vist er der i artikel 13, stk. 1, EF tale om en bestemmelse, ifølge hvilken Rådet »kan« træffe »foranstaltninger« til at bekæmpe forskelsbehandling. Således tilkommer der utvivlsomt Rådet en vis skønsfrihed med hensyn til hensigtsmæssigheden, det materielle anvendelsesområde og indholdet af de antidiskriminationsbestemmelser, det udsteder. Inden for grænserne af forbuddet mod vilkårlighed kunne Rådet derfor i princippet også helt have undtaget enkelte tjenesteydelser såsom forsikringer fra anvendelsesområdet for direktiv 2004/113.

35. Med direktiv 2004/113, især med dets artikel 5, har Rådet imidlertid bevidst valgt at udstede antidiskriminationsbestemmelser på forsikringsområdet. Sådanne bestemmelser skal uden begrænsning kunne holde for en prøvelse på grundlag af den trinhøjere unionsret, især Unionens grundlæggende rettigheder. De skal, som det er formuleret i artikel 13, stk. 1, EF (nu artikel 19, stk. 1, TEUF), være »hensigtsmæssige« foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling, de må f.eks. ikke selv medføre forskelsbehandling. Rådet kan ikke unddrage sig denne prøvelse med en lapidarisk henvisning til, at det også kunne have undladt at handle.

36. For det andet kan betydningen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i den foreliggende sag ikke reduceres med henvisning til, at det ikke drejer sig om »en absolut ret«, dvs. en ubegrænset grundlæggende rettighed. Selv om de grundlæggende rettigheder i reglen kan begrænses, skal de

25 — Jf. principielt domme af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 36, og sag 262/84, Beets-Proper, Sml. s. 773, præmis 38; endvidere dom af 24.2.1994, sag C-343/92, Roks m.fl., Sml. I, s. 571, præmis 36, af 6.4.2000, sag C-226/98, Jørgensen, Sml. I, s. 2447, præmis 39, af 20.3.2003, sag C-187/00, Kutz-Bauer, Sml. I, s. 2741, præmis 60, og af 23.10.2003, forenede sager C-4/02 og C-5/02, Schönheit og Becker, Sml. I, s. 12575, præmis 85.

dog anvendes som kriterium ved prøvelsen af retsakters lovlighed [26].

37. Ganske vist kan forskelsbehandling mellem kønnene under visse omstændigheder være berettiget. En berettigelse af en *direkte* forskelsbehandling på grundlag af køn, som det udelukkende drejer sig om at efterprøve i den foreliggende sag, kan man dog kun forestille sig inden for snævre grænser, og den skal begrundes omhyggeligt. Det står på ingen måde unionslovgiver frit for at tillade undtagelser fra ligebehandlingsprincippet efter forgodtbefindende og på denne måde udhule forbuddet mod forskelsbehandling.

38. Jeg skal her tilføje, at forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn ikke behøver nogen form for konkretisering fra unionslovgivers side hvad indholdet angår. Når unionslovgiver undertiden i den afledte ret træffer foranstaltninger til fremme af ligebehandling af mænd og kvinder og til bekæmpelse af stadig eksisterende forskelsbehandling mellem dem — som han i betragtning af de i traktaterne angivne målsætninger også *skal* træffe [27] — relativerer det ikke betydningen af ligebehandlingsprincippet som en grundlæggende rettighed og et forfatningsprincip i Den Europæiske Union, men understreger netop dette princips fremtrædende plads på alle områder.

39. Hvis unionslovgiver træffer »foranstaltninger« som omhandlet i artikel 13, stk. 1, EF (nu artikel 19, stk. 1, TEUF) til at bekæmpe forskelsbehandling og fremme ligestillingen af mænd og kvinder, skal han gøre dette ifølge bestemmelserne om princippet om ligebehandling af kønnene, der er forankret i den primære ret.

3. Undersøgelse af foreneligheden af artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 med princippet om ligebehandling af mænd og kvinder

40. Artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 giver medlemsstaterne mulighed for under de der

26 — Jf. vedrørende princippet om ligebehandling dom af 14.6.1990, sag C-37/89, Weiser, Sml. I, s. 2395, præmis 13 og 14, og af 11.9.2007, sag C-227/04 P, Lindorfer mod Rådet, Sml. I, s. 6767, præmis 51; i samme retning, vedrørende den grundlæggende ret til respekt for familielivet, familiesammenføringsdommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, især præmis 76, 90 og 103.

27 — Jf. herom de i punkt 31 ovenfor anførte traktatbestemmelser.

anførte betingelser at tillade kønsrelaterede forskelle i forbindelse med forsikringspræmier og -ydelser. Dermed tillader bestemmelsen forskelle i forsikringsaftaler, som er direkte knyttet til forsikringstagerens køn [28].

41. Dette betyder ikke nødvendigvis, at artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 baner vej for en direkte kønsrelateret forskelsbehandling, som er forbudt ifølge unionsretten. Efter fast retspraksis [29] kræver princippet om ligebehandling eller ikke-diskrimination, af hvilket forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn blot udgør en speciel udformning, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet [30].

42. Det skal altså undersøges, om de situationer, mænd og kvinder befinder sig i med hensyn til forsikringstjenesteydelser, kan adskille sig fra hinanden på en retlig relevant måde.

43. De omstændigheder, som kendetegner givne situationer og deres sammenlignelighed, skal bl.a. fastlægges og vurderes på grundlag af indholdet af og formålet med den retsakt, der indfører den omtvistede forskellige behandling. Endvidere skal der tages hensyn til principperne og målsætningerne for det område, retsakten henhører under [31].

44. Som flere af deltagerne i retsforhandlingerne for Domstolen har fremført, er formålet med artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 at tage hensyn til særlige træk ved forsikringsvirksomhed. Forsikringsselskaber tilbyder tjenesteydelser, om hvilke det ved indgåelsen af aftalen ikke med sikkerhed kan siges, om, hvornår og i hvilket omfang forsikringstageren kommer til at gøre brug af dem. For at kunne beregne denne risiko og give de forskellige produkter en risikofølsom udformning, er anvendelsen af prognoser en absolut nødvendighed ved den aktuarmæssige beregning af præmier og ydelser.

28 — Undertiden kan det også dreje sig om kønnet på den i forsikringsaftalen begunstigede, som ikke nødvendigvis behøver være identisk med forsikringstageren. For enkelthedens skyld taler jeg i det følgende kun om forsikringstagere.

29 — Dom af 13.12.1984, sag 106/83, Sermide, Sml. s. 4209, præmis 28, af 6.12.2005, forenede sager C-453/03, C-11/04, C-12/04 og C-194/04, ABNA m.fl., Sml. I, s. 10423, præmis 63, af 16.12.2008, sag C-127/07, Arcelor Atlantique et Lorraine m. fl., »Arcelor«, Sml. I, s. 9895, præmis 23, og af 7.7.2009, sag C-558/07, S.P.C.M. m.fl., Sml. I, s. 5783, præmis 74.

30 — I øvrigt fastsætter direktiv 2004/113 selv det samme i sin artikel 2, litra a), når det giver følgende definition af direkte forskelsbehandling: nemlig »det forhold, at en person på grund af køn behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation«. Også i de øvrige antidiskriminationsdirektiver findes tilsvarende definitioner, jf. artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2000/43, artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 2000/78 og artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/54.

31 — Arcelor-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 26.

45. Ved risikolivsforsikringer og pensionsforsikringer kommer det f.eks. an på forsikringstagerens forventede levetid, ved ansvarsforsikringer for motorkøretøjer på sandsynligheden for, at forsikringstageren vil forårsage et uheld i trafikken, og ved privat sygeforsikring på sandsynligheden for, at forsikringstageren får brug for bestemte lægelige ydelser.

46. Normalt opstiller man ikke først og fremmest en individuel prognose om den enkelte forsikringstager, men anvender empiriske data. Det skyldes navnlig, at det er vanskeligt, hvis ikke ligefrem umuligt, nøjagtigt at beregne den forsikringsrisiko, som er forbundet med et individ. Det er derfor i princippet fuldt lovligt ved risikovurderingen at anlægge en gruppebetragtning i stedet for — eller ved siden af — en individuel betragtning.

47. Hvilke sammenligningsgrupper der må dannes til dette formål, afhænger i den sidste ende altid af de konkrete retlige rammer. Ved fastlæggelsen af sådanne rammer, som rummer politiske, økonomiske og sociale afgørelser og kan stille krav om komplekse bedømmelser og undersøgelser, tilkommer der Rådet en vid skønsmargin (»vidt skøn«) ved udøvelsen af de beføjelser, som er tillagt det [32].

32 — Fast retspraksis, jf. f.eks. Arcelor-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 57, dommen i sagen S.P.C.M. m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 42, og dom af 8.6.2010, sag C-58/08, Vodafone m.fl., Sml. I, s. 4999, præmis 52.

Dette har adskillige procesdeltagere med rette henvist til. Inden for rammerne af sit skøn kan — og skal — Rådet også tage hensyn til de specifikke træk ved forsikringsvirksomhed.

48. Ganske vist er Rådets skønsmargin ikke ubegrænset. Navnlig må anvendelsen heraf ikke føre til, at et grundlæggende princip i unionsretten udhules [33]. Under de grundlæggende principper i unionsretten hører ikke mindst de særlige forbud mod forskelsbehandling, som er knæsat i artikel 21, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder.

49. Derfor må Rådet f.eks. ikke lade en persons race og etniske oprindelse være grundlag for en differentiering inden for forsikringsvirksomhed [34]. I en retsunion, som har udråbt respekten for menneskets værdighed,

33 — Dom af 9.9.2003, sag C-25/02, Rinke, Sml. I, s. 8349, præmis 39. I samme retning, ganske vist med relation til nationale foranstaltninger på det socialpolitiske område, dom af 9.2.1999, sag C-167/97, Seymour-Smith og Perez, Sml. I, s. 623, præmis 74 og 75, Kutz-Bauer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 55-57, dom af 11.9.2003, sag C-77/02, Steinicke, Sml. I, s. 9027, præmis 63, og af 18.1.2007, sag C-385/05, Confédération générale du travail m.fl., Sml. I, s. 611, præmis 28 og 29. På lignende vis har Domstolen behandlet sager i nogle nyere domme om forbud mod aldersdiskrimination, jf. dom af 22.11.2005, sag C-144/04, Mangold, Sml. I, s. 9981, præmis 63-65, af 18.6.2009, sag C-88/08, Hütter, Sml. I, s. 5325, præmis 45-50, og af 19.1.2010, sag C-555/07, Kücükdeveci, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 38-42.

34 — Som konsekvens heraf indeholder direktiv 2000/43, med hvilket Rådet har skabt en unionsretlig ramme til bekæmpelse af forskelsbehandling på grundlag af race eller etnisk oprindelse, ingen undtagelser, der tager hensyn til aktuarmæssige faktorer.

menneskerettighederne, ligestilling og ikkediskrimination til sine højeste principper [35], ville det uden tvivl være helt forkert, hvis man f.eks. inden for sygeforsikring knyttede en forskel i risiko for hudkræft sammen med forsikringstagerens hudfarve og derfor afkrævede ham enten en højere eller en lavere forsikringspræmie.

50. Lige så urigtigt ville det være at knytte forsikringsrisici fast sammen med en persons køn. Der er ingen saglig grund til at antage, at det unionsretlige forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn skulle give en ringere beskyttelse end det unionsretlige forbud mod forskelsbehandling på grundlag af race og etnisk oprindelse. Ligesom race og etnisk oprindelse er også køn nemlig et træk, som er uadskilleligt forbundet med forsikringstagerens person, og som denne ingen indflydelse har på [36]. Desuden er en persons køn, i modsætning til f.eks. vedkommendes alder [37], ikke underlagt nogen naturlige forandringer.

51. Det er derfor kun konsekvent, når Rådet i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/113 principielt har forbudt, at der tages hensyn til kønsfaktoren ved beregning af forsikringspræmier og -ydelser. Selv de omkostninger, som er forbundet med graviditet og moderskab, må i henhold til artikel 5, stk. 3, i direktiv 2004/113 under ingen omstændigheder føre til forskelle i præmier og ydelser for mandlige og kvindelige forsikringstagere, selv om de af åbenlyse biologiske grunde kun kan forekomme ved kvinder [38].

52. Ikke desto mindre giver Rådet i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 mulighed for, at der tages hensyn til kønnet ved beregningen af forsikringspræmier og -ydelser, hvis det er en afgørende faktor ved risikovurderingen, som er baseret på relevante og nøjagtige aktuarmæssige og statistiske data. Den omtvistede bestemmelse tager altså — i modsætning til artikel 5, stk. 3, i direktiv 2004/113 — ikke sigte på entydige biologiske forskelle mellem forsikringstagerne. Den drejer sig derimod om tilfælde, hvor forskelle i forsikringsrisici allerhøjst *statistisk* kan bringes i forbindelse med kønnet.

53. Under retsforhandlingen for Domstolen blev navnlig følgende to eksempler herpå

35 — Artikel 2 TEU i Lissabontraktatens affattelse; tilsvarende allerede tidligere artikel 6, stk. 1, EU.

36 — Jeg ser i denne sammenhæng bort fra de sjældne særtilfælde, hvor en person skifter køn.

37 — Ganske vist er alder også et træk, der er uadskilleligt forbundet med personen, men ethvert menneske gennemløber i løbet af sit liv forskellige alderstrin. Hvis forsikringspræmier og -ydelser beregnes forskelligt afhængigt af alder, giver det derfor ikke i sig selv anledning til at frygte, at den forsikrede stilles ringere som person. Enhver kan i løbet af sit liv afhængigt af sin alder få glæde af forsikringsprodukter, der er mere eller mindre gunstige for ham.

38 — Mandlige forsikringstageres deltagelse i finansieringen af omkostningerne i forbindelse med graviditet og moderskab lader sig imidlertid begrunde efter forårsageren-betaler-princippet: Det er ganske vist kun kvinder, der kan blive gravide, men i enhver graviditet er også en mand involveret.

fremført: Kvinder har — statistisk set — en højere forventet levetid end mænd, og alvorlige trafikulykker forårsages — statistisk set — hyppigere af mænd end af kvinder. Derudover fremføres det undertiden med hensyn til private sygeforsikringer, at kvinder — statistisk set — gør mere brug af lægelige ydelser, end mænd gør [39].

54. Domstolen har indtil nu ikke klart taget stilling til spørgsmålet, om forskelle mellem personer, der kun statistisk kan sættes i forbindelse med disses køn, ved udformningen af forsikringsprodukter kan eller endda skal føre til en forskel i behandlingen af mandlige og kvindelige forsikringstagere.

55. Ganske vist har Domstolen i dommene Neath og Coloroll Pension Trustees taget til efterretning, at forskellen mellem mænds og kvinders forventede levetid var en af de aktuarmæssige faktorer, der var lagt til grund ved finansieringen af de der omtvistede pensionsordninger [40]. Domstolen udtalte sig imidlertid ikke om denne faktors forenelighed med det unionsretlige forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn. Den anså dog princippet om lige løn i henhold til EØF-traktatens artikel 119, stk. 1 (nu artikel 157, stk. 1, TEUF), *for ikke anvendeligt*, da det kun var pensionsbidrag fra arbejdsgiverne, der afhang af den aktuarmæssige faktor, men ikke fra arbejdstagerne; hermed var der dengang efter Domstolens opfattelse ikke tale om løn i unionsrettens forstand [41].

56. Domstolen har imidlertid i hver af dommene Neath og Coloroll Pension Trustees i obiter dicta udtalt, at *bidrag fra arbejdstagere* til erhvervstilknyttede pensionsordninger, som er bidrag, der hører under anvendelsesområdet for EØF-traktatens artikel 119, stk. 1, skal være lige høje for mandlige og kvindelige arbejdstagere, da de udgør en del af lønnen [42].

57. Retspraksis i sagerne Neath og Coloroll Pension Trustees gør det altså nærliggende,

39 — Navnlig skal kvinder hyppigere deltage i screeningsundersøgelser og have et større forbrug af lægemidler.

40 — Dom af 22.12.1993, sag C-152/91, Neath, Sml. I, s. 6935, præmis 24, og af 28.9.1994, sag C-200/91, Coloroll Pension Trustees, Sml. I, s. 4389, præmis 73.

41 — Neath-dommen, præmis 26-34, og dommen i sagen Coloroll Pension Trustees, præmis 75-85, nævnt ovenfor i fodnote 40.

42 — Neath-dommen, præmis 31, andet punktum, og dommen i sagen Coloroll Pension Trustees, præmis 80, andet punktum, nævnt ovenfor i fodnote 40.

om overhovedet, da snarere at drage den konklusion, at det unionsretlige forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn er til hinder for, at der tages hensyn til rent statistisk optrædende forskelle mellem mænd og kvinder med henblik på forsikringsrisici.

58. Denne praksis bør også tjene som rettesnor for den foreliggende sag.

59. På anvendelsesområdet for de unionsretlige forbud mod forskelsbehandling er det ganske vist fast retspraksis, at statistiske data kan tyde på, at der foreligger en *indirekte forskelsbehandling*[43]. Domstolen har dog, så vidt det ses, endnu ikke accepteret statistikker som eneste holdepunkt — og dermed i sidste ende som begrundelse — for en *direkte forskelsbehandling*.

60. Denne tilbageholdenhed fra Domstolens side hænger vel sammen med den store betydning, som unionsretten tillægger forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn. En direkte forskelsbehandling på grundlag af køn kan — bortset fra specielle foranstaltninger til fordel for medlemmer af den gruppe, der forskelsbehandles (»affirmative action«)[44] — kun tillades, når det med sikkerhed kan fastslås, at der foreligger relevante forskelle mellem mænd og kvinder, som kræver en sådan behandling.

61. Netop denne sikkerhed mangler imidlertid, når forsikringspræmier og -ydelser beregnes forskelligt for mænd og kvinder udelukkende eller i hvert fald hovedsageligt på basis af statistikker. Det forudsættes så generelt, at de — kun statistisk optrædende — forskelle i forventet levetid for mandlige og kvindelige forsikringstagere, i deres risikovillighed i trafikken og i deres tilbøjelighed til at gøre brug af lægelige ydelser i afgørende grad kan tilskrives deres køn.

62. Som Test-Achats ubestridt har gjort gældende, spiller også andre talrige faktorer i

43 — Jf. f.eks. dom af 13.7.1989, sag 171/88, Rinner-Kühn, Sml. s. 2743, præmis 11 og 12, af 11.9.2003, sag C-77/02, Steinicke, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 56 og 57, af 13.1.2004, sag C-256/01, Allonby, Sml. I, s. 873, præmis 75 og 81, og af 12.10.2004, sag C-313/02, Wippel, Sml. I, s. 9483, præmis 43.

44 — Jf. artikel 3, stk. 3, andet afsnit, TEU ny udg., artikel 8 TEUF og artikel 157, stk. 4, TEUF.

virkeligheden en vigtig rolle for bedømmelsen af de nævnte forsikringsrisici. Således påvirkes f.eks. forsikringstageres forventede levetid, som er af særlig interesse i den foreliggende sag, stærkt af hver enkelt menneskes økonomiske og sociale forhold samt af dets levevis (f.eks. art og omfang af det udøvede erhverv, de familiemæssige og sociale omgivelser, kostvaner, konsum af nydelsesmidler [45] og/eller af narkotika, fritids- og sportsaktiviteter).

63. I betragtning af samfundsudviklingen og det betydningstab, som de traditionelle rollemodeller dermed er udsat for, kan adfærdsbetingede faktorers indflydelse på en persons helbred og forventede levetid ikke længere entydigt sættes i forbindelse med kønnet. For blot igen at anføre nogle af de netop nævnte eksempler: Både kvinder og mænd udøver i dag en krævende og undertiden yderst stressende erhvervsmæssig virksomhed, personer af begge køn konsumerer nydelsesmidler i ikke ubetydeligt omfang, ligesom art og omfang af folks sportsaktiviteter ikke på forhånd kan sættes i forbindelse med det ene eller det andet køn.

64. Det fremgår ikke af betragtningerne til direktiv 2004/113, at Rådet blot antydningsvis skulle have taget hensyn til disse omstændigheder [46].

65. De mange facetter af denne problematik bliver i hvert fald ikke tilgodeset, når Rådet i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 lige ud tillader, at forskelle mellem forsikringstagere fortsat udelukkende eller i hvert fald i afgørende grad knyttes sammen med den pågældendes køn, selv om der sættes visse barrierer op (»en afgørende faktor«; »forholdsmæssigt afpassede forskelle«; »relevante og nøjagtige data«, som skal offentliggøres og ajourføres regelmæssigt).

66. Det må indrømmes, at det ved forsikringsprodukter er særlig nemt at omsætte en differentiering efter køn til praksis. Den korrekte indsamling og vurdering af forsikringstagernes økonomiske og sociale forhold samt af deres levevis er langt mere kompliceret og også vanskeligere at efterprøve, især da disse faktorer kan undergå forandringer i tidens løb. Praktiske vanskeligheder er dog ikke i sig selv tilstrækkelige til at retfærdiggøre, at forsikringstagernes køn på en vis måde af bekvemmelighedsgrunde anvendes som sondringskriterium.

45 — Især tobak, alkoholholdige drikkevarer, kaffe og te.

46 — Jf. navnlig 19. betragtning til direktiv 2004/113.

67. Det er uforeneligt med princippet om ligebehandling af mænd og kvinder at lægge en persons køn til grund så at sige som *erstatningskriterium* for andre differentieringskriterier. På denne måde kan det nemlig ikke sikres, at forskelle i forsikringspræmier og -ydelser for mandlige og kvindelige forsikringstagere udelukkende hviler på objektive kriterier, der intet har at gøre med en forskelsbehandling på grundlag af køn.

68. Rent finansielle betragtninger, såsom den fare for en præmieforhøjelse for en del af forsikringstagerne eller endda for alle forsikringstagere, der er blevet fremført af adskillige procesdeltagere, udgør i hvert ikke nogen saglig begrundelse for at tillade en forskelsbehandling efter køn [47]. Desuden er det nærliggende at antage, at uden en undtagelsesbestemmelse som artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 ville mange forsikringstagere ganske vist skulle betale en højere præmie end nu; men hertil måtte der normalt svare lavere præmier for forsikringstagere af det modsatte køn. Under alle omstændigheder har ingen af procesdeltagerne gjort gældende, at der, hvis man indførte en såkaldt unisex-sats, ville opstå en alvorlig fare for den finansielle ligevægt i private forsikringsordninger.

69. På baggrund heraf er jeg, ligesom allerede før mig generaladvokat Van Gerven [48], af den opfattelse, at anvendelsen af aktuarmæssige faktorer, der er baseret på kønnet, ikke er forenelig med princippet om ligebehandling af mænd og kvinder.

70. Sammenfattende foreslår jeg derfor Domstolen at kende artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 ugyldig, da den er i strid med det grundlæggende forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn. Med en sådan dom ville Domstolen i øvrigt være i godt selskab: Allerede for over 30 år siden fastslog den amerikanske højesteret i forbindelse med pensionsforsikringer, at Civil Rights Act af 1964 forbyder forskelsbehandling af forsikringstagere afhængigt af deres køn [49].

47 — I samme retning Roks-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 36, dommen i sagen Schönheit og Becker, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 85, Steinicke-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 66, samt dom af 10.3.2005, sag C-196/02, Nikoloudi, Sml. I, s. 1789, præmis 53.

48 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Van Gerven af 28.4.1993 i de forenede sager C-109/91, C-110/91, C-152/91 og C-200/91, Ten Oever m.fl., Sml. I, s. 4879, punkt 34-39. I den ovenfor i fodnote 26 nævnte sag Lindorfer mod Rådet, som drøftes af nogle af procesdeltagerne, har generaladvokat Jacobs, forslag til afgørelse af 27.10.2005, punkt 70, og generaladvokat Sharpston, forslag til afgørelse af 30.11.2006, punkt 46, ikke nærmere analyseret det spørgsmål, der er af interesse her, og endte med at lade det stå åbent.

49 — Dom afsagt af United States Supreme Court den 25.4.1978, City of Los Angeles v. Manhart, 435 U.S. 702 (1978), og af 6.7.1983, Arizona Governing Comm. v. Norris, 463 U.S. 1073 (1983).

71. Derimod er det ikke nødvendigt at kende direktiv 2004/113 ugyldigt i sin helhed. Ganske vist er det ikke tilladt isoleret at ophæve en enkelt bestemmelse i et direktiv, når denne bestemmelse udgør et uadskilleligt hele med resten af direktivet; så ville nemlig den delvise ophævelse af det pågældende direktiv ændre det materielle indhold af de deri fastsatte regler, hvilket udelukkende tilkommer fællesskabslovgiver [50]. I den foreliggende sag har ingen af procesdeltagerne på min udtrykkelige forespørgsel, navnlig ikke Rådet som ophavsmand til direktiv 2004/113, bestridt, at artikel 5, stk. 2, udgør et element, der kan udskilles fra dette direktiv og således kendes ugyldigt. Herfor taler ikke mindst også det forhold, at artikel 5, stk. 2, oprindelig slet ikke skulle være indgået, og først senere, i løbet af lovgivningsproceduren, blev optaget i direktiv 2004/113.

72. I tilfælde af, at Domstolen alligevel skulle anse artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 for gyldigt, skal bestemmelsen som en undtagelsesbestemmelse fortolkes snævert. Overholdelsen af de betingelser, der er opstillet dér for anvendelsen af kønsrelaterede aktuarmæssige og statistiske data, skal i så fald kontrolleres regelmæssigt og strengt af de kompetente nationale myndigheder under hensyntagen til princippet om ligebehandling af mænd og kvinder [51].

4. Tidsmæssig begrænsning af dommes retsvirkning

73. Traktaterne fastslår ikke udtrykkeligt, hvilke virkninger en afgørelse om ugyldighed i en præjudiciel sag har. Da en præjudiciel sag til prøvelse af gyldigheden af en unionsretsakt og et annullationssøgsmål er to veje til legalitetskontrol, som er knæsat i traktaterne og supplerer hinanden, med hensyn til unionsinstitutionernes handlinger [52], svarer det dog til fast retspraksis at fastsætte konsekvenserne af en ugyldighedskendelse i analogi med bestemmelserne i artikel 264 TEUF og 266 TEUF, der finder anvendelse på annullationsdomme [53].

50 — Jf. f.eks. dom af 5.10.2000, sag C-376/98, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 8419, præmis 117, af 24.5.2005, sag C-244/03, Frankrig mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 4021, præmis 15, 19 og 20, samt familiesammenføringsdommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 27 og 28.

51 — I denne forbindelse er det vigtigt, at medlemsstaterne ikke blot skal fortolke deres nationale lovgivning i overensstemmelse med unionsretten, men også skal sikre, at de ikke lægger en fortolkning af den afledte ret til grund, som kommer i konflikt med grundlæggende rettigheder, der beskyttes ved Unionens retsorden, eller med andre almindelige unionsretlige principper; jf. dommen i sagen Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 28.

52 — Dom af 8.2.1996, sag C-212/94, FMC m.fl., Sml. I, s. 389, præmis 56, og af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 40.

53 — Domme af 15.10.1980, sag 4/79, Providence agricole de la Champagne, Sml. s. 2823, præmis 44 og 45, sag 109/79, Maïseries de Beauce, Sml. s. 2883, præmis 44 og 45, og sag 145/79, Roquette Frères, Sml. s. 2917, præmis 51 og 52, samt dom af 29.6.1988, sag 300/86, van Landschoot, Sml. s. 3443, præmis 24, af 8.11.2001, sag C-228/99, Silos, Sml. I, s. 8401, præmis 35, og af 22.12.2008, sag C-333/07, Regie Networks, Sml. I, s. 10807, præmis 121.

74. En dom afsagt af Domstolen, hvormed en handling kendes for ugyldig under en præjudiciel sag, har således i princippet, ligesom en annullationsdom, tilbagevirkende kraft [54]. Konstateringen af ugyldighed er endvidere en tilstrækkelig grund for enhver national ret til ligeledes at anse den pågældende retsakt for ugyldig med hensyn til de foranstaltninger, som den skal træffe [55].

75. På grundlag af det retsprincip, der kommer til udtryk i artikel 264, stk. 2, TEUF, står det imidlertid Domstolen frit for at opretholde bestemte virkninger af den omtvistede retsakt, såfremt den finder dette nødvendigt, idet den har en skønsmargin [56].

76. Denne mulighed har Domstolen tidligere navnlig gjort brug af, når tvingende retssikkerhedsmæssige hensyn ud fra en helhedsbetragtning af de modstridende interesser krævede det [57], idet den ikke mindst tog hensyn til f.eks. en annullations- eller ugyldighedskendelses indvirkning på rettighederne for de erhvervsdrivende [58]. Disse overvejelser kan også være givtige i den foreliggende sag.

77. Som navnlig anført af Det Forenede Kongeriges regering, er der siden ikrafttrædelsen af direktiv 2004/113 indgået talrige, formodentlig endda millioner, af forsikringsaftaler baseret på kønsrelaterede risikovurderinger, idet de involverede parter stolede på gyldigheden af de forskellige nationale lovbestemmelser i henhold til artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113.

78. Af retssikkerhedsgrunde bør virkningerne af artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 derfor opretholdes i to henseender.

79. For det første bør kønsrelaterede forskelle ved forsikringspræmier og -ydelser ikke drages i tvivl hvad fortiden angår. Ugyldighedskendelsen vedrørende artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 bør altså kun have virkning for fremtiden.

54 — Dom af 26.4.1994, sag C-228/92, Roquette Frères, Sml. I, s. 1445, præmis 17, og dommen i sagen FMC m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 52, præmis 55; om annullationsdommes tilbagevirkende kraft se dom af 12.2.2008, sag C-199/06, Centre d'exportation du livre français, »CELF«, Sml. I, s. 469, præmis 61 og 63.

55 — Dom af 13.5.1981, sag 66/80, International Chemical Corporation, Sml. s. 1191, præmis 13, og kendelse af 8.11.2007, sag C-421/06, Fratelli Martini og Cargill, præmis 54.

56 — Dom af 27.2.1985, sag 112/83, Société des produits de maïs, Sml. s. 719, præmis 18, og af 15.1.1986, sag 41/84, Pinna, Sml. s. 1, præmis 26.

57 — Pinna-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 26-28, Silos-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 36, dom af 10.3.1992, forenede sager C-38/90 og C-151/90, Lomas m.fl., Sml. I, s. 1781, præmis 24, og dommen i sagen Régie Networks, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 122.

58 — Dom af 30.9.2003, sag C-239/01, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 10333, præmis 78; sådanne overvejelser ligger i den sidste ende også til grund for Defrenne II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 69-75, dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, især præmis 40-45, og dommen i sagen Régie Networks, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 123, første punktum.

80. For det andet bør der indrømmes medlemsstaterne et passende tidsrum for at kunne drage konsekvenserne af ugyldigheden af artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 i deres interne lovgivning. Samtidig opnår forsikringsselskaberne dermed en overgangsperiode, i hvilken de kan indstille sig på de nye retlige rammebetingelser og tilpasse deres produkter hertil. I tilknytning til, hvad unionslovgiver selv har fastsat i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2004/113, ville jeg anse en overgangsperiode på tre år for passende [59]. Denne periode ville så begynde at løbe fra Domstolens domsafsigelse i den foreliggende sag.

81. Ved udløbet af overgangsperioden skal så alle fremtidige forsikringspræmier, der endnu på nuværende tidspunkt beregnes på grundlag af kønsrelaterede forskelle, såvel som de ydelser, der finansieres ud fra de nye præmier, være udformet kønsneutralt. Dette skal også gælde for bestående forsikringsaftaler. Det ville ikke være rimeligt varigt at nægte forsikringstagere, som har været udsat for forskelsbehandling, idet de f.eks. tidligere har indgået en livsforsikringsaftale, den kompensation, der tilkommer dem, især da løbetiden for sådanne aftaler i mange tilfælde kan strække sig over mange år endnu [60]. Det generelle unionsretlige forbud mod tilbagevirkende kraft forbyder på ingen måde at anvende en ny retssituation på fremtidige virkninger af eksisterende forhold [61].

82. Kun for personer, som inden datoen for Domstolens domsafsigelse i den foreliggende sag har rejst søgsmål eller indbragt en dertil svarende klage i overensstemmelse med den relevante nationale ret, bør den tidsmæssige begrænsning af retsvirkningerne af en dom ifølge fast retspraksis ikke gælde [62].

59 — Datoen 21.12.2007, som der refereres til i artikel 5, stk. 1, direktiv 2004/113, ligger nøjagtigt tre år efter tidspunktet for direktiv 2004/113's ikrafttrædelse den 21.12.2004, som var dagen for dets offentliggørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, jf. direktivets artikel 18.

60 — Tilsvarende undtager Domstolen også i Barber-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 58, præmis 44, kun »retlige situationer, som har udtømt deres daværende virkninger«, helt fra dommens retsvirkning. I samme retning er den såkaldte »Barber-protokol« formuleret (i dag protokol nr. 33 ad artikel 157 TEUF, EUT 2010, C 83, s. 319), som kun undtager ydelser, »hvis og i det omfang de kan henføres til beskæftigelsesperioder, der ligger forud for den 17.5.1990«, dvs. før datoen for afsigelsen af Barber-dommen.

61 — Dom af 5.12.1973, sag 143/73, SOPAD, Sml. s. 1433, præmis 8, af 29.1.2002, sag C-162/00, Pokrzeptowicz-Meyer, Sml. I, s. 1049, præmis 50, og af 6.7.2010, sag C-428/08, Monsanto Technology, Sml. I, s. 6765, præmis 66.

62 — Pinna-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 30, og dommen i sagen Régie Networks, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 127; i samme retning Defrenne II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 75, og Barber-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 58, præmis 44.

B — Andet spørgsmål

83. Med sit andet spørgsmål, som er snævrere formuleret end det første, ønsker den belgiske forfatningsdomstol oplyst, om eventuelle betænkeligheder med hensyn til, om artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 er i overensstemmelse med grundlæggende rettigheder, også gælder, hvis anvendelse af bestemmelsen begrænses til *livsforsikringsaftaler*. Baggrunden for det andet spørgsmål er, at det kun er for denne form for forsikringsaftaler, at den belgiske lovgiver overhovedet har gjort brug af undtagelsesbestemmelsen i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113.

84. Det andet spørgsmål er rejst for det tilfældes skyld, at det første, som foreslået af mig, besvares benægtende, fordi det må antages at stride mod forbuddet i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113 mod forskelsbehandling på grundlag af køn. Det er i den sammenhæng, at det andet spørgsmål skal undersøges.

85. Jeg kan dog ikke få øje på noget, der ville betyde, at man ikke kan komme uden om, specielt ved livsforsikringsaftaler, at tillade en udformning af forsikringspræmier og -ydelser afhængigt af kønnet. Ved livsforsikringer er forsikringstagernes forventede levetid en central risikofaktor. At man her med henblik på en risikovurdering ikke må bygge generelt på udelukkende statistisk funderede forskelle mellem mandlige og kvindelige forsikringstagere, har jeg allerede behandlet i forbindelse med det første spørgsmål [63].

86. Ingen af de argumenter, der er fremført i den foreliggende sag, peger på, at livsforsikringer udviser særlige træk i forhold til andre forsikringstyper, i hvilke der traditionelt finder en risikovurdering efter køn sted. Der er således ikke ud fra de oplysninger, Domstolen råder over, nogen anledning til at bedømme indholdet af det andet spørgsmål anderledes end det første. Det andet spørgsmål fra den belgiske forfatningsdomstol skal altså besvares bekræftende.

63 — Jf. herom især punkt 61-68 ovenfor.

VI — Forslag til afgørelse

87. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare den præjudicielle anmodning fra den belgiske forfatningsdomstol således:

»1) Artikel 5, stk. 2, i direktiv 2004/113/EF er ugyldig.

2) Retsvirkningerne af den bestemmelse, der kendes ugyldig, opretholdes, indtil der er gået tre år fra Domstolens domsafsigelse i den foreliggende sag. Dette gælder ikke for personer, som inden datoen for Domstolens domsafsigelse i den foreliggende sag har rejst søgsmål eller indbragt en dertil svarende klage i overensstemmelse med den relevante nationale ret.«