FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT

föredraget den 30 september 2010 [1]

I — Inledning

1. Är det förenligt med unionsrätten att beakta den försäkrades kön som en riskfaktor vid upprättandet av privata försäkringsavtal? Detta är kärnan i den fråga som domstolen har att pröva i förevarande mål om förhandsavgörande. Den har därvid att för första gången granska materiellrättsliga bestämmelser i direktiv 2004/113/EG, [2] ett av de så kallade antidiskrimineringsdirektiven, [3] vilka på senare tid blivit föremål för livliga diskussioner.

2. Enligt artikel 5.2 i direktiv 2004/113/EG får medlemsstaterna tillåta könsspecifika skillnader i enskilda personers premier och ersättningar om könet är en avgörande riskfaktor och detta grundas på relevanta och korrekta försäkringstekniska och statistiska uppgifter. Ett stort antal medlemsstater har utnyttjat detta undantag beträffande en eller flera försäkringstyper.

3. Cour constitutionnelle belge frågar emellertid nu huruvida denna direktivbestämmelse är förenlig med överordnad unionsrätt, närmare bestämt med det i primärrätten förankrade förbudet mot diskriminering på grund av kön. Begäran om förhandsavgörande har framställts i ett mål i vilket konsumentorganisationen Association Belge des Consommateurs Test-Achats (nedan kallad Test-Achats) och två privatpersoner har väckt talan om fastställelse av att den belgiska lagen om införlivande av direktiv 2004/113 strider mot författningen.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Rådets direktiv 2004/113/EG av den 13 december 2004 om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster (EUT L 373, s. 37) (nedan kallat direktiv 2004/113).

3 — Till antidiskrimineringsdirektiven hör dessutom rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (EGT L 180, s. 22), rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling (EGT L 303, s. 16) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (EUT L 204, s. 23).

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Unionsrätten*

4. Den unionsrättsliga ramen i detta fall bestäms av de grundläggande rättigheter som gäller på unionsnivå, till vilka det hänvisas i artikel 6 i Fördraget om Europeiska unionen. Dessa grundläggande rättigheter, såsom de särskilt kommit till uttryck i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [4], utgör måttstocken vid prövningen av om artikel 5.2 i direktiv 2004/113 är giltig.

Fördraget om Europeiska unionen

5. Fram till ikraftträdandet av Lissabonfördraget den 1 december 2009 hade artikel 6 i Fördraget om Europeiska unionen, i dess lydelse enligt Amsterdamfördraget (nedan kallad artikel 6 EU), följande innehåll:

”1. Unionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna.

2. Unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.

…”

6. Artikel 6 i Fördraget om Europeiska unionen har i sin lydelse enligt Lissabonfördraget (nedan kallad FEU ny lydelse) i utdrag följande innehåll:

”1. Unionen ska erkänna de rättigheter, friheter och principer som fastställs i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna av den 7 december 2000, anpassad den 12 december 2007 i Strasbourg, som ska ha samma rättsliga värde som fördragen.

…

3. De grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, ska ingå i unionsrätten som allmänna principer.”

4 — Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna proklamerades högtidligen först den 7 december 2000 i Nice (EGT C 364, 2000, s. 1) och därefter ännu en gång den 12 december 2007 i Strasbourg (EUT C 303, 2007, s. 1, och EUT C 83, 2010, s. 389).

Stadgan om de grundläggande rättigheterna

7. Kapitel III i Stadgan om de grundläggande rättigheterna innehåller bestämmelser om jämlikhet. I artikel 20 i stadgan, som har rubriken ”Likhet inför lagen”, föreskrivs följande:

”Alla människor är lika inför lagen.”

8. I artikel 21.1 i stadgan stadgas icke-diskrimineringsprincipen, som har följande lydelse:

”All diskriminering på grund av bland annat kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska särdrag, språk, religion eller övertygelse, politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning skall vara förbjuden.”

9. Dessutom föreskrivs i artikel 23.1 i stadgan, under rubriken ”Jämställdhet mellan kvinnor och män”, följande:

”Jämställdhet mellan kvinnor och män skall säkerställas på alla områden, inbegripet i fråga om anställning, arbete och lön.”

Direktiv 2004/113

10. Direktiv 2004/113 grundas på artikel 13.1 EG (nu artikel 19.1 FEUF). Syftet med direktivet anges i artikel 1 i detsamma:

”Syftet med detta direktiv är att fastställa en ram för bekämpning av könsdiskriminering när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster, för att i medlemsstaterna genomföra principen om likabehandling av kvinnor och män.”

11. Artikel 4.1 i direktiv 2004/113 innehåller följande definition av likabehandlingsprincipen i den mening som avses i direktivet:

”I detta direktiv skall principen om likabehandling av kvinnor och män innebära att

a) ingen direkt könsdiskriminering får förekomma, inklusive mindre förmånlig behandling av kvinnor på grund av graviditet och moderskap,

b) ingen indirekt könsdiskriminering får förekomma."

12. I artikel 5 i direktiv 2004/113, som har rubriken "Försäkringstekniska faktorer", föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall se till att i alla nya kontrakt som ingås senast efter den 21 december 2007, användningen av kön som en faktor vid beräkningen av premier och ersättningar i samband med försäkringar och därmed sammanhängande finansiella tjänster inte resulterar i att skillnader uppstår i enskilda personers premier och ersättningar.

2. Trots vad som anges i punkt 1, får medlemsstaterna besluta att före den 21 december 2007 tillåta proportionerliga skillnader i enskildas personers premier och ersättningar om användningen av kön är en avgörande faktor vid en riskbedömning som grundas på relevanta och korrekta försäkringstekniska och statistiska uppgifter. Berörda medlemsstater skall underrätta kommissionen och se till att korrekta uppgifter som är relevanta för användningen av kön som en avgörande försäkringsteknisk faktor sammanställs, offentliggörs och regelbundet uppdateras. Dessa medlemsstater skall se över sitt beslut fem år efter den 21 december 2007 med beaktande av den rapport från kommissionen som nämns i artikel 16, och skall översända resultaten av denna översyn till kommissionen.

3. Kostnader som har samband med graviditet och moderskap skall i inget fall leda till skillnader i enskilda personers premier och ersättningar.

Medlemsstaterna får skjuta upp genomförandet av de åtgärder som krävs för att följa denna punkt i högst två år efter den 21 december 2007. I sådana fall skall den berörda medlemsstaten omedelbart underrätta kommissionen."

13. Jag vill därutöver hänvisa till ingressen till direktiv 2004/113. I skälen 1, 4, 18 och 19 i ingressen anges följande:

"(1) Enligt artikel 6 i fördraget om Europeiska unionen bygger unionen på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och på rättsstatsprincipen, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna, och unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och såsom de följer

av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.

…

(4) Jämställdhet mellan kvinnor och män är en grundläggande princip för Europeiska unionen. Artiklarna 21 och 23 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna förbjuder all könsdiskriminering och föreskriver att jämställdhet mellan kvinnor och män skall säkerställas på alla områden.

…

(18) Användningen av könsspecifika försäkringstekniska faktorer är utbredd i samband med att försäkringstjänster och andra liknande finansiella tjänster tillhandahålls. För att säkra likabehandling av kvinnor och män bör användningen av kön som en försäkringsteknisk faktor inte leda till skillnader i enskildas premier och ersättningar. För att marknaden inte skall utsättas för alltför plötsliga förändringar bör genomförandet av denna regel endast gälla nya avtal som ingås efter utsatt tidsfrist för införlivande av detta direktiv.

(19) Vissa riskkategorier kan variera mellan könen. I vissa fall är kön en men inte nödvändigtvis den enda avgörande faktorn vid bedömningen av de försäkrade riskerna. Beträffande avtal för försäkring av dessa risktyper får medlemsstaterna besluta att tillåta undantag från regeln om könsneutrala premier och ersättningar så länge de kan garantera att de bakomliggande försäkringstekniska och statistiska uppgifter som utgör grund för beräkningarna är tillförlitliga, regelbundet uppdateras och är tillgängliga för allmänheten. Undantag medges endast om den könsneutrala regeln inte redan tillämpas i den nationella lagstiftningen. Fem år efter införlivandet av detta direktiv bör medlemsstaterna på nytt granska motiveringen till dessa undantag med beaktande av de senaste försäkringstekniska och statistiska uppgifterna och en rapport från kommissionen tre år efter tidpunkten för införlivandet av detta direktiv."

B — *Nationell rätt*

14. Vad gäller belgisk rätt, är lagen av den 21 december 2007 [5] relevant som syftar till att genomföra direktiv 2004/113. [6] Genom denna

5 — Lag om ändring av lag av den 10 maj 2007 om bekämpning av diskriminering av kvinnor och män, vad gäller könstillhörighet i försäkringsfrågor (*Moniteur belge* nr 373 av den 31 december 2007, s. 66175).

6 — Denna målsättning följer av artikel 2 i lagen av den 21 december 2007.

lag ändrades lydelsen av en endast några månader tidigare utfärdad lagbestämmelse, närmare bestämt artikel 10 i lag av den 10 maj 2007 om kampen mot diskriminering mellan kvinnor och män. [7] Bestämmelsen gavs därvid följande lydelse: [8]

”Artikel 10.1 Med avvikelse från artikel 8 kan vid bestämmandet av försäkringspremier och -ersättningar en direkt proportionerlig skillnad som grundar sig på könstillhörighet tillåtas om kön är en avgörande faktor vid riskbedömningen på grundval av relevanta och korrekta försäkringstekniska och statistiska uppgifter.

Detta undantag är endast tillämpligt på livförsäkringsavtal i den mening som avses i artikel 97 i lagen av den 25 juni 1992 om försäkringsavtal.

10.2 Från och med den 21 december 2007 ska kostnader som har samband med graviditet och moderskap i inget fall leda till skillnader i enskilda personers premier och ersättningar.

10.3 Kommittén för bank-, finans- och försäkringsväsendet ska sammanställa de försäkringstekniska och statistiska uppgifter som avses i första punkten, och offentliggöra dem senast den 20 juni 2008 samt därefter offentliggöra de uppdaterade uppgifterna på deras webbplats. Dessa uppgifter ska uppdateras vartannat år.

Kommittén för bank-, finans- och försäkringsväsendet ska vara behörig att kräva att de berörda institutionerna, företagen eller personerna inger de uppgifter som är nödvändiga för detta ändamål. Kommittén kan precisera vilka uppgifter som ska inges, på vilket sätt och i vilken form.

10.4 Kommittén för bank-, finans- och försäkringsväsendet ska senast den 21 december 2009 tillhandahålla Europeiska kommissionen de uppgifter den förfogar över med stöd av denna artikel. Kommittén ska vidarebefordra dessa uppgifter till Europeiska kommissionen varje gång uppgifterna uppdateras.

10.5 De lagstiftande kamrarna ska före den 1 mars 2011 utvärdera tillämpningen av denna artikel på grundval av de uppgifter som avses i 3 och 4 § i Europeiska kommissionens rapport enligt artikel 16 i direktiv 2004/113/EG samt situationen i de andra medlemsstaterna i Europeiska unionen.

7 — *Moniteur belge* nr 159 av den 30 maj 2007, s. 29031.

8 — Ändringen genomförs genom artikel 3 i lagen av den 21 december 2007. Dagen för ikraftträdandet följer av artikel 5.

Denna utvärdering ska ske på grundval av en rapport som en utvärderingskommitté ska presentera för de lagstiftande kamrarna.

Konungen fastställer genom beslut i ministerrådet mer detaljerade föreskrifter gällande utvärderingskommitténs sammansättning och utnämning samt rapportens utformning och innehåll.

10.6 Denna bestämmelse är inte tillämplig på livförsäkringsavtal som ingåtts inom ramen för ett kompletterande socialförsäkringssystem. Sådana avtal regleras enbart av bestämmelserna i artikel 12."

Utvärderingskommittén ska särskilt utvärdera denna artikels verkan på marknadssituationen och ska även pröva andra uppdelningskriterier än de relaterade till kön.

15. I artikel 4 i lagen av den 21 december 2007 föreskrivs dessutom följande:

"Innan Kommittén för bank-, finans- och försäkringsväsendet har offentliggjort de relevanta och korrekta försäkringstekniska och statistiska uppgifter som avses i artikel 10.3 i lagen av den 10 maj 2007 mot diskriminering mellan kvinnor och män, som har ersatts av artikel 2 i denna lag, kan en skillnad i försäkringspremier och ersättningar som är direkt grundad på kön enbart tillåtas om denna skillnad är objektivt motiverad av ett legitimt syfte och sätten för att förverkliga detta syfte är lämpliga och nödvändiga. Kommittén för bank-, finans- och försäkringsväsendet ska senast den 20 juni 2008 offentliggöra dessa uppgifter."

III — Förfarandet vid den nationella domstolen

16. Vid Konungariket Belgiens författningsdomstol pågår ett mål om talan om ogiltigförklaring av lagen av den 21 december 2007. Denna talan väcktes i juni 2008 av Test-Achats i egenskap av ideell konsumentorganisation och av två privatpersoner.

17. I huvudsak gör klagandena i det nationella målet gällande att lagen av den 21 december 2007 inte är förenlig med principen om likabehandling av kvinnor och män. Lagen strider enligt dem mot artiklarna 10, 11 och 11a i den belgiska författningen jämförd med artikel 13 EG, direktiv 2004/113, artiklarna 20 och 21 i stadgan om de grundläggande rättigheterna,

artikel 14 i Europakonventionen, [9] artikel 26 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter [10] och den internationella konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor. [11]

18. Författningsdomstolen anser att den omtvistade lagen utgör en tillämpning av det undantag från likabehandlingsprincipen som anges i artikel 5.2 i direktiv 2004/114, varför klagandenas kritik även riktar sig mot denna direktivbestämmelse. Författningsdomstolen anser under dessa omständigheter att det är nödvändigt att avgöra huruvida artikel 5.2 i direktiv 2004/113 är giltig, innan den anhängiga talan om oförenlighet med författningen avgörs. Den erkänner uttryckligen att det endast är EU-domstolen som är behörig att avgöra denna giltighetsfråga och att författningsdomstolen i egenskap av nationell domstol vars avgöranden inte kan angripas med inhemska rättsmedel är skyldig att hänskjuta frågan till EU-domstolen enligt artikel 234.3 EG (nu artikel 267.3 FEUF).

IV — Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

19. Den belgiska författningsdomstolen har i beslut av den 18 juni 2009 hänskjutit följande frågor till EU-domstolen för förhandsavgörande [12]:

”1) Är artikel 5.2 i rådets direktiv 2004/113/EG av den 13 december 2004 om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster förenlig med artikel 6.2 i Fördraget om Europeiska unionen och i synnerhet med principen om jämställdhet och icke-diskriminering såsom den anges i denna bestämmelse?

2) För det fall den första frågan besvaras nekande, står denna artikel 5.2 i direktivet i strid med artikel 6.2 i Fördraget

9 — Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen), antagen i Rom den 4 november 1950. Enligt fast rättspraxis är Europakonventionen av särskild betydelse vid fastställandet av de grundläggande rättigheter som Europeiska unionen ska respektera. Se, bland många andra domar, domstolens dom av den 26 juni 2007 i mål C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl. (REG 2007, s. I-5305), punkt 29 och där angiven rättspraxis. Se även artikel 6.2 och 6.3 FEU.

10 — Konventionen antogs den 19 december 1966 och trädde i kraft den 23 mars 1976 (*UNTS* 999, s. 171).

11 — Konventionen antogs den 18 december 1979 och trädde i kraft den 3 september 1981 (*UNTS* 1249, s. 13).

12 — Beslut nr 103/2009, Az. 4486, tillgängligt på belgiska författningsdomstolens webbplats (senast besökt den 1 september 2010).

om Europeiska unionen även om dess tillämpning begränsas enbart till livförsäkringsavtal?”

20. I målet har skriftliga inlagor ingetts, förutom av Test-Achats, av den belgiska, den irländska, den franska, den litauiska och den finska regeringen och Förenade kungarikets regering samt Europeiska unionens råd och Europeiska kommissionen. Test-Achats, den belgiska och den irländska regeringen och Förenade kungarikets regering samt rådet och kommissionen har deltagit i den muntliga förhandlingen den 1 juni 2010.

V — Bedömning

21. Den nu aktuella artikel 5.2 i direktiv 2004/113 fanns inte med i kommissionens ursprungliga förslag till direktiv.[13] I motiveringen till förslaget hade kommissionen dessutom utförligt analyserat den nu aktuella problematiken och kommit fram till att det inte var lämpligt att föreslå en möjlighet att göra åtskillnad mellan könen vid fastställande av försäkringspremier och försäkringsersättningar. Den förklarade uttryckligen att den ansåg att en sådan åtskillnad skulle vara oförenlig med likabehandlingsprincipen.[14]

22. Desto mer förvånande är det därför att kommissionen i detta mål med eftertryck har hävdat uppfattningen att artikel 5.2 i direktiv 2004/113 på intet vis strider mot principen om likabehandling av kvinnor och män, utan till och med är ett uttryck för denna princip. Kommissionen har inte ens på fråga kunnat ge en plausibel förklaring till denna helomvändning.

23. För egen del hyser jag betydande tvivel om huruvida artikel 5.2 i direktiv 2004/113, i dess av rådet utformade lydelse, överhuvudtaget är ägnad att ge uttryck för principen om likabehandling, det vill säga principen att olika situationer inte ska behandlas lika. En bestämmelse som eftersträvar detta syfte måste ha giltighet i alla medlemsstater. Artikel 5.2 i direktiv 2004/113 är emellertid enligt unionslagstiftaren tillämplig ”endast om den könsneutrala regeln inte redan tillämpas i den nationella lagstiftningen”.[15] Bestämmelsen

13 — Förslag till rådets direktiv om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster, KOM(2003) 657 slutlig.

14 — Kommissionens förslag (ovan fotnot 13), sidan 7 och följande sidor, särskilt nederst på s. 9.

15 — Se skäl 15 i direktiv 2004/113, fjärde meningen.

leder således till att kvinnor och män i en del medlemsstater får behandlas olika med avseende på vissa försäkringsprodukter, medan de i andra medlemsstater ska behandlas lika med avseende på samma försäkringsprodukt. Det är svårt att förstå hur ett sådant rättsläge skulle kunna vara ett uttryck för den unionsrättsliga likabehandlingsprincipen.

A — *Första frågan*

24. Den belgiska författningsdomstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 5.2 i direktiv 2004/113 är giltig. Den vill i huvudsak få klarhet i huruvida denna bestämmelse är förenlig med likabehandlingsprincipen.

25. Test-Achats anser att artikel 5.2 i direktiv 2004/113 strider mot denna princip. Samtliga medlemsstater och unionsinstitutioner som har yttrat sig i målet har emellertid intagit den motsatta ståndpunkten.

1. Allmänna överväganden

26. Europeiska unionen är en rättslig union. Varken medlemsstaterna eller unionens institutioner kan undgå kontroll av om deras handlande står i överensstämmelse med unionens ”konstitutionella urkund”, såsom den har fastställts genom fördragen, genom vilket ett fullständigt system med talemöjligheter och förfaranden upprättats, som är avsett att göra det möjligt för domstolen att granska lagenligheten av de rättsakter som antas av institutionerna. [16]

27. Det är en förutsättning för lagenligheten av alla unionens handlingar att de är förenliga med grundläggande och mänskliga rättigheter. [17] Unionen bygger nämligen på principerna om frihet och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen (artikel 6.1 EU [18]). Unionen ska som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner (artikel 6.2 EU [19]).

28. De på unionsnivå garanterade grundläggande rättigheterna räknas numera upp i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, som från och med ikraftträdandet av Lissabonfördraget har samma

16 — Dom av den 23 april 1986 i mål 294/83, Les Verts mot parlamentet (REG 1986, s. 1339; svensk specialutgåva, volym 8, s. 529), punkt 23, och av den 3 september 2008 i de förenade målen C-402/05 P och C-415/05 P, Kadi och Al Barakaat International Foundation mot rådet och kommissionen (nedan kallade de förenade målen Kadi, REG 2008, s. I-6351), punkt 281.

17 — Se, för ett liknande resonemang, domen i de förenade målen Kadi (ovan fotnot 16), punkt 285.

18 — Denna bestämmelse motsvaras nu i allt väsentligt av artikel 2 FEU.

19 — Denna bestämmelse motsvaras nu av artikel 2 FEU.

rättsliga värde som fördragen (artikel 6.1 FEU). [20] Även för tiden före Lissabonfördragets ikraftträdande, då stadgan ännu inte hade några med primärrätten jämställbara rättsverkningar, kan stadgan användas som källa vid bedömningen av skyddet av grundläggande rättigheter på unionsnivå. [21] Detta gäller inte minst när prövningen avser en rättsakt i vilken unionslagstiftaren själv har hänvisat till stadgan, vilket är fallet i förevarande mål (skäl 4 i direktiv 2004/113). [22]

29. Den allmänna principen om likabehandling och icke-diskriminering återfinns i artikel 20 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, i vilken slås fast att alla människor är lika inför lagen. Det förevarande fallet rör emellertid principen om likabehandling och icke-diskriminering av kvinnor och män, vilken tidigt erkändes som en grundläggande princip i unionsrätten av domstolen [23] och vilken nu särskilt stadgas som en grundläggande rättighet i artiklarna 21.1 och 23.1 i stadgan om de grundläggande rättigheterna. Jag kommer i det följande att enbart ägna mig åt denna princip. Då det för ändamålet med detta förfarande inte finns någon väsentlig skillnad mellan begreppen likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering och förbudet mot diskriminering, kommer jag att använda dem synonymt nedan.

30. Den omständigheten att unionslagstiftaren i artikel 5.2 i direktiv 2004/113 inte själv gör åtskillnad på grund av de försäkrades kön, utan endast bemyndigar medlemsstaterna att göra det, saknar betydelse vid prövningen av denna bestämmelses förenlighet med överordnad rätt. Unionslagstiftaren får nämligen inte bemyndiga medlemsstaterna att vidta åtgärder som kränker de unionsrättsliga grundläggande rättigheterna och det åligger domstolen att pröva huruvida så är fallet. [24]

20 — Se även dom av den 19 januari 2010 i mål C-555/07, Kücükdeveci (REU 2010, s. I-365), punkt 22, och av den 1 juli 2010 i mål C-407/08 P, Knauf Gips mot kommissionen (REU 2010, s. I-6375), punkt 91.

21 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 mars i mål C-432/05, Unibet (REG 2007, s. I-2271), punkt 37, av den 11 december 2007 i mål C-438/05, International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union (REG 2007, s. I-10779), punkterna 43 och 44, av den 18 december 2007 i mål C-341/05, Laval un Partneri (REG 2007, s. I-11767), punkterna 90 och 91, och av den 14 februari 2008 i mål C-244/06, Dynamic Medien (REG 2008, s. I-505), punkt 41.

22 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 juni 2006 i mål C-540/03, parlamentet mot rådet (nedan kallat målet om familjeåterförening, REG 2006, s. I-5769), punkt 38.

23 — Dom av den 8 april 1976 i mål 43/75, Defrenne (nedan kallat målet Defrenne II, REG 1976, s. 455), punkt 12, och av den 15 juni 1978 i mål 149/77, Defrenne (nedan kallad Defrenne III, REG 1978, s. 1365), punkterna 26 och 27.

24 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet om familjeåterförening (ovan fotnot 22), särskilt punkterna 76, 84 och 90 och 103.

2. Den grundläggande betydelsen av principen om likabehandling av kvinnor och män

31. Domstolen har i fast praxis betonat den grundläggande betydelsen av principen om likabehandling av kvinnor och män. [25] Principens betydelse understryks även på viktiga ställen i fördragen. När direktiv 2004/113 antogs underströks detta i till exempel artiklarna 2 EG och 3.2 EG, medan det numera framhålls i artiklarna 2 FEU och 3.3 andra stycket FEU samt artiklarna 8 FEUF och 10 FEUF.

32. Några av dem som yttrat sig i målet har likväl försökt att tona ned denna princips betydelse i det aktuella fallet. Inget av de anförda argumenten är emellertid övertygande.

33. Till skillnad från vad rådet och kommissionen förefaller hävda, följer det för det första inte av artikel 13.1 EG, som är den rättsliga grunden för direktiv 2004/113, att unionslagstiftaren har en långtgående frihet vid den materiella utformningen av åtgärder för att bekämpa diskrimineringar.

34. I artikel 13.1 EG föreskrivs att rådet ”kan … vidta... åtgärder för att bekämpa diskriminering”. Därför har rådet utan tvivel ett visst utrymme för eget skön beträffande ändamålsenligheten, det materiella tillämpningsområdet och innehållet i de bestämmelser om bekämpande av diskriminering som den antar. Inom de gränser som sätts av förbudet mot godtycke skulle rådet således i princip även helt kunna undanta enskilda tjänster såsom försäkringar från tillämpningsområdet för direktiv 2004/113.

35. Rådet har emellertid genom direktiv 2004/113, i synnerhet dess artikel 5, medvetet valt att anta bestämmelser om bekämpande av diskriminering på försäkringsområdet. Sådana bestämmelser måste utan begränsning kunna prövas för att kontrollera huruvida de är förenliga med överordnad unionsrätt. De måste, för att använda uttrycket i artikel 13.1 EG (nu artikel 19.1 FEUF) vara ”lämpliga” för att bekämpa diskriminering och får inte i sin tur leda till diskriminering. Rådet kan inte undandra sig denna prövning endast genom att hänvisa till att rådet hade kunnat låta bli att vidta åtgärder.

36. Betydelsen av principen om likabehandling av kvinnor och män i föreliggande fall är för det andra inte mindre på grund av att det inte är fråga om en ”absolut rättighet”, det

25 — Se för grundläggande avgöranden på området domar av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723), punkt 36, och i mål 262/84, Beets-Proper (REG 1986, s. 773), punkt 38, och för avgöranden på senare tid dom av den 24 februari 1994 i mål C-343/92, Roks m.fl. (REG 1994, s. I-571), punkt 36, av den 6 april 2000 i mål C-226/98, Jørgensen (REG 2000, s. I-2447), punkt 39, av den 20 mars 2003 i mål C-187/00, Kutz-Bauer (REG 2003, s. I-2741), punkt 60, och av den 23 oktober 2003 i målen C-4/02 och C-5/02, Schönheit och Becker (REG 2003, s. I-12575), punkt 85.

vill säga en oinskränkbar grundläggande rättighet. Även om grundläggande rättigheter i regel kan inskränkas, är de likväl ägnade att ligga till grund för en prövning av rättsakters lagenlighet. [26]

37. Särbehandling av ett kön kan förvisso vara motiverat under vissa omständigheter. Utrymmet är dock mycket litet för att motivera en *direkt* diskriminering på grund av kön, som den som förevarande fall uteslutande rör. En sådan diskriminering måste noga motiveras. Det står på intet sätt unionslagstiftaren fritt att godtyckligt tillåta undantag från likabehandlingsprincipen och därigenom urholka förbudet mot diskriminering.

38. Jag vill tillägga att innehållet i förbudet mot diskriminering på grund av kön inte behöver konkretiseras på något sätt av unionslagstiftaren. Den omständigheten att unionslagstiftaren då och då vidtar sekundärrättsliga åtgärder för att främja likabehandling av kvinnor och män och för att bekämpa befintlig diskriminering och enligt bestämmelserna om målsättningar i fördragen [27] också *ska* vidta sådana åtgärder förtar inte betydelsen av likabehandlingsprincipen såsom grundläggande rättighet och konstitutionell princip för Europeiska unionen, utan understryker till och med dess framträdande ställning på alla områden.

39. Om unionslagstiftaren vidtar åtgärder i den mening som avses i artikel 13.1 EG (nu artikel 19.1 FEUF) för att bekämpa diskriminering och främja jämställdhet mellan kvinnor och män, måste lagstiftaren härvid iaktta de krav som följer av den primärrättsligt förankrade principen om likabehandling av kvinnor och män.

3. Huruvida artikel 5.2 i direktiv 2004/113 är förenlig med principen om likabehandling av kvinnor och män

40. Artikel 5.2 i direktiv 2004/113 ger medlemsstaterna möjlighet att på de där angivna

26 — Se, vad gäller likabehandlingsprincipen, dom av den 14 juni 1990 i mål C-37/89, Weiser (REG 1990, s. I-2395), punkterna 13 och 14, och av den 11 september 2007 i mål C-227/04 P, Lindorfer mot rådet (REG 2007, s. I-6767), punkt 51. Se, för ett liknande resonemang, avseende den grundläggande rätten till respekt för familjelivet, domen i målet om familjeåterförening (ovan fotnot 22), särskilt punkterna 76, 90 och 103.

27 — Se även de ovannämnda (punkt 31) bestämmelserna i fördragen.

villkoren tillåta att det görs åtskillnad mellan könen när det gäller försäkringspremier och försäkringsersättningar. Bestämmelsen medger därigenom skillnader i försäkringsavtal som direkt grundas på den försäkrades kön. [28]

41. Detta innebär inte med nödvändighet att artikel 5.2 i direktiv 2004/113 ger möjlighet att vidta en enligt unionsrätten förbjuden diskriminering på grund av kön. Enligt fast rättspraxis [29] innebär nämligen principen om likabehandling respektive icke-diskriminering, som förbudet mot diskriminering på grund av kön endast är ett särskilt uttryck för, att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för detta. [30]

42. Det ska således prövas huruvida de situationer som kvinnor och män befinner sig i, när det gäller försäkringstjänster, kan skilja sig åt på ett rättsligt relevant sätt.

43. De omständigheter som kännetecknar de olika situationerna och därigenom deras jämförbarhet bör bland annat bestämmas och bedömas utifrån föremålet för och syftet med den gemenskapsrättsakt som medför den ifrågavarande skillnaden i behandling. Bland annat måste principerna och målsättningarna för det område rättsakten härrör ifrån beaktas. [31]

44. Såsom flera processdeltagare har hävdat syftar artikel 5.2 i direktiv 2004/113 till att ta hänsyn till de särskilda omständigheterna på försäkringsområdet. Försäkringsbolag erbjuder tjänster som man vid avtalstillfället inte med säkerhet kan säga om, när och i vilken utsträckning som de kommer att tas i anspråk av den försäkrade. För att kunna beräkna denna risk och på ett korrekt sätt kunna anpassa den respektive produkten till risken, är det nödvändigt att använda sig av prognoser vid de försäkringstekniska beräkningarna av premier och ersättningar.

28 — Det kan ibland även vara fråga om könet hos den som är förmånstagare till försäkringen enligt avtalet. Denna person är inte nödvändigtvis identisk med försäkringstagaren. För att förenkla framställningen kommer jag nedan enbart att hänföra mig till den försäkrade.

29 — Dom av den 13 december 1984 i mål 106/83, Sermide (REG 1984, s. 4209), punkt 28, av den 6 december 2005 i målen C-453/03, C-11/04, C-12/04 och C-194/04, ABNA m.fl. (REG 2005, s. I-10423), punkt 63, av den 16 december 2008 i mål C-127/07, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (nedan kallat målet Arcelor, REG 2008, s. I-9895), punkt 23, och av den 7 juli 2009 i mål C-558/07, S.P.C.M. m.fl. (REG 2009, s. I-5783), punkt 74.

30 — Detsamma fastslås för övrigt i artikel 2 a i direktiv 2004/113, i vilken direkt diskriminering definieras enligt följande: ”när en person på grund av kön behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation.” Även i de övriga direktiven om förbud mot diskriminering definieras begreppet på detta sätt (se artikel 2.2 a i direktiv 2000/43, artikel 2.2 a i direktiv 2000/78 och artikel 2.1 a i direktiv 2006/54).

31 — Domen i målet Arcelor (ovan fotnot 29), punkt 26.

45. Vid exempelvis temporära dödsfallsförsäkringar och pensionsförsäkringar är den försäkrades förväntade livslängd av avgörande betydelse medan det vid ansvarsförsäkring för motorfordon är sannolikheten att den försäkrade kommer att orsaka en olycka i vägtrafik som är avgörande. Vid privat sjukförsäkring är det i stället sannolikheten att den försäkrade kommer att ta vissa medicinska tjänster i anspråk som är avgörande.

46. Normalt sett görs därvid inte i första hand en individuell prognos beträffande den försäkrade, utan man använder sig av uppgifter baserade på erfarenhet. Detta beror framför allt på att det är svårt, för att inte säga omöjligt, att göra exakta påståenden om den försäkringsrisk som föreligger beträffande en individ. Det är därför i princip fullt tillåtet att vid riskbedömningen göra en gruppbaserad bedömning i stället för eller utöver en individuell bedömning.

47. Vilka referensgrupper som får användas för detta syfte beror i slutänden alltid på de rättsliga ramvillkoren i fråga. Vid fastställandet av sådana ramvillkor, vilka kan grundas på politiska, ekonomiska och sociala överväganden samt kan kräva komplexa bedömningar, har rådet vid utövandet av sina befogenheter ett stort utrymme för egen bedömning (skön). [32] Detta har korrekt påpekats av ett stort antal av processdeltagarna. Rådet får och ska inom ramen för detta utrymme för eget skön ta hänsyn även till de särskilda förhållandena på försäkringsområdet.

48. Rådets utrymme för skönsmässig bedömning är visserligen inte utan begränsningar. Utövandet av detta får särskilt inte leda till att en grundläggande princip i unionsrätten urholkas. [33] Till de grundläggande principerna i unionsrätten hör inte minst de i artikel 21.1 i stadgan om de grundläggande rättigheterna föreskrivna särskilda diskrimineringsförbuden.

49. Rådet får därför exempelvis inte tillåta att en persons ras och etniska härkomst läggs till grund för särbehandling på försäkringsområdet. [34] I en rättslig union som har förklarat att respekten för människans värdighet, de

32 — Fast rättspraxis, se exempelvis domarna i målen Arcelor (ovan fotnot 29), punkt 57, och S.P.C.M. m.fl. (ovan fotnot 29), punkt 42, och dom av den 8 juni 2010 i mål C-58/08, Vodafone m.fl. (REU 2010, s. I-4999), punkt 52.

33 — Dom av den 9 september 2003 i mål C-25/02, Rinke (REG 2003, s. I-8349), punkt 39. Se, för ett liknande resonemang, om än beträffande medlemsstaternas socialpolitiska åtgärder, dom av den 9 februari 1999 i mål C-167/97, Seymour-Smith och Perez (REG 1999, s. I-623), punkterna 74 och 75, domen i målet Kutz-Bauer (ovan fotnot 25), punkterna 55–57, domen i målet Steinicke (ovan fotnot 43), punkt 63, och dom av den 18 januari 2007 i mål C-385/05, Confédération générale du travail m.fl. (REG 2007, s. I-611), punkterna 28 och 29. Domstolen har valt ett liknande tillvägagångssätt i några på senare tid meddelade domar angående förbudet mot diskriminering på grund av ålder, nämligen dom av den 22 november 2005 i mål C-144/04, Mangold (REG 2005, s. I-9981), punkterna 63–65, av den 18 juni 2009 i mål C-88/08, Hütter (REG 2009, s. I-5325), punkterna 45–50, och av den 19 januari 2010 i mål C-555/07, Kücükdeveci (REU 2010, s. I-365), punkterna 38–42.

34 — Rådets direktiv 2000/43, genom vilket rådet har skapat en unionsrättslig ram för bekämpning av diskriminering på grund av ras eller etnisk härkomst, innehåller följdriktigt ingen undantagsmöjlighet för beaktande av försäkringstekniska faktorer.

mänskliga rättigheterna, jämlikhet och icke-diskriminering tillhör dess högsta principer,[35] vore det utan tvivel synnerligen olämpligt att inom ramen för sjukförsäkringen knyta olika risker för hudcancersjukdomar till den försäkrades hudfärg och därför kräva en högre eller lägre försäkringspremie av den försäkrade beroende på dennes hudfärg.

50. Det är lika olämpligt att knyta försäkringsrisker till en persons kön. Det finns ingen saklig grund för att anta att det unionsrättsliga förbudet mot diskriminering på grund av kön erbjuder ett mindre skydd än det unionsrättsliga förbudet mot diskriminering på grund av ras och etnisk härkomst. Liksom ras och etnisk härkomst är nämligen könet en egenskap som är permanent knuten till den försäkrades person och som denne inte kan påverka på något som helst sätt.[36] Därtill kommer att en persons kön, till skillnad från en persons ålder,[37] inte genomgår några naturliga förändringar.

51. Det är därför enbart följdriktigt att rådet i artikel 5.1 i direktiv 2004/113 i princip har förbjudit att könet beaktas vid beräkningen av försäkringspremier och försäkringsersättningar. Inte ens kostnader i samband med graviditet och moderskap får, trots att de av uppenbara biologiska skäl endast kan uppkomma för kvinnor,[38] enligt artikel 5.3 i direktiv 2004/113 under några omständigheter leda till olika premier och ersättningar för kvinnliga och manliga försäkrade.

52. Inte desto mindre tillåter rådet i artikel 5.2 i direktiv 2004/113 att man tar hänsyn till könet vid beräkning av försäkringspremier och försäkringsersättningar, när könet är av avgörande betydelse vid en riskbedömning som grundas på relevanta och precisa försäkringstekniska och statistiska uppgifter. Den omtvistade bestämmelsen tar således till skillnad från artikel 5.3 i direktiv 2004/113 inte sikte på några klara biologiska skillnader mellan försäkrade. Den avser i stället fall i vilka olika försäkringsrisker på sin höjd statistiskt kan knytas till könet.

53. I målet vid domstolen har framför allt följande två exempel tagits upp: Kvinnor har,

35 — Artikel 2 FEU i dess lydelse enligt Lissabonfördraget. En liknande lydelse återfanns redan tidigare i artikel 6.1 EU.

36 — Jag bortser i förevarande sammanhang från det speciella fallet att en person genomgår ett könsbyte.

37 — Även åldern är visserligen en oskiljaktig egenskap hos en person. Varje människa passerar dock under sitt liv olika åldrar. Om försäkringspremier och försäkringsersättningar skulle beräknas olika beroende på ålder, finns det dock ingen anledning att frukta att detta i sig skulle medföra nackdelar för den enskilde försäkringstagaren. Varje människa kan under livets gång få del av för honom mer eller mindre fördelaktiga försäkringsprodukter, beroende på ålder.

38 — Den omständigheten att även manliga försäkrade görs delaktiga i finansieringen av kostnaderna i samband med graviditet och moderskap är motiverad enligt medvållandeprincipen. Det är visserligen bara kvinnor som kan bli gravida, men i varje graviditet är även en man delaktig.

statistiskt sett, en högre förväntad livslängd än män och svåra trafikolyckor orsakas, statistiskt sett, oftare av män än av kvinnor. Dessutom hävdas det ibland med avseende på privata sjukförsäkringar att kvinnor, statistiskt sett, erhåller fler medicinska prestationer än män. [39]

54. Domstolen har ännu inte klart tagit ställning till frågan huruvida skillnader mellan personer som endast statistiskt har samband med deras kön får eller till och med måste leda till olika behandling av kvinnliga och manliga försäkrade vid utformningen av försäkringsprodukter.

55. Domstolen har visserligen i domarna i målen Neath och Coloroll Pension Trustees erinrat om att skillnaden mellan kvinnors och mäns förväntade livslängd var en av de försäkringsmatematiska faktorer som beaktades vid bestämmandet av pensionssystemets finansiering. [40] Domstolen uttalade sig emellertid inte om huruvida denna faktor var förenlig med det unionsrättsliga förbudet mot diskriminering på grund av kön. Den ansåg däremot att principen om lika lön enligt artikel 119.1 i EEG-fördraget (nu artikel 157.1 FEUF) inte var tillämplig, eftersom det endast var arbetsgivarnas pensionsavgifter som var beroende av den försäkringstekniska faktorn medan detta inte var fallet med arbetstagarnas avgifter. Därmed var det enligt domstolen inte fråga om lön i unionsrättslig mening. [41]

56. Domstolen har i ett *obiter dictum* i domarna i målen Neath och Coloroll Pension Trustees emellertid uttalat att arbetstagaravgifter till yrkespensionssystem som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 119.1 i EEG-fördraget ska vara lika höga för kvinnliga och manliga arbetstagare, då de ingår i lönen. [42]

57. Om någon slutsats kan dras av domarna i målen Neath och Coloroll Pension Trustees

39 — I synnerhet påstås kvinnor oftare genomgå profylaktiska undersökningar och konsumera mer medicin.

40 — Dom av den 22 december 1993 i mål C-152/91, Neath (REG 1993, s. I-6935), punkt 24, och av den 28 september 1994 i mål C-200/91, Coloroll Pension Trustees (REG 1994, s. I-4389), punkt 73.

41 — Domarna i målen Neath, punkterna 26–34, och Coloroll Pension Trustees, punkterna 75–85 (ovan fotnot 40).

42 — Domarna i målen Neath, punkt 31 andra meningen, och Coloroll Pension Trustees, punkt 80 andra meningen (ovan fotnot 40).

är det således snarare att det unionsrättsliga förbudet mot diskriminering på grund av kön utgör hinder mot att beakta rent statistiska skillnader mellan kvinnor och män vid fastställande av försäkringsrisker.

58. Detta borde även ligga till grund för bedömningen i föreliggande fall.

59. Vid tillämpning av det unionsrättsliga diskrimineringsförbudet kan visserligen statistiska uppgifter enligt en fast rättspraxis tyda på förekomsten av en *indirekt diskriminering*.[43] Domstolen har emellertid, vad jag kan se, hittills aldrig accepterat statistik som den enda faktorn och därmed i slutänden som rättfärdigandegrund för en *direkt diskriminering*.

60. Domstolens återhållsamhet härvidlag kan ha samband med den starka ställning som förbudet mot diskriminering på grund av kön har i unionsrätten. En direkt diskriminering på grund av kön är – med undantag för specifika åtgärder för positiv särbehandling av dem som tillhör en förfördelad grupp (”affirmative action”)[44] – bara tillåten om det med säkerhet kan fastställas att det finns relevanta skillnader mellan kvinnor och män som gör att en sådan behandling är nödvändig.

61. Det är emellertid just i denna visshet det brister, när försäkringspremier och försäkringsersättningar beräknas olika, enbart, eller i avgörande utsträckning, på grund av statistik avseende kvinnor och män. Det rör sig om ett allmänt antagande om att skillnaden i förväntad livslängd – som endast föreligger i statistiken – mellan manliga och kvinnliga försäkrade, liksom deras olika riskbenägenhet i vägtrafik och deras benägenhet att ta i anspråk medicinska tjänster, i avgörande utsträckning kan hänföras till könet.

62. I verkligheten spelar dock, såsom Test-Achats obestritt har anfört, andra faktorer

43 — Se bland annat dom av den 13 juli 1989 i mål 171/88, Rinner-Kühn (REG 1989, s. 2743), punkterna 11 och 12, av den 11 september 2003 i mål C-77/02, Steinicke (REG 2003, s. I-9027), punkterna 56 och 57, av den 13 januari 2004 i mål C-256/01, Allonby (REG 2004, s. I-873), punkterna 75 och 81, och av den 12 oktober 2004 i mål C-313/02, Wippel (REG 2004, s. I-9483), punkt 43.

44 — Se artikel 3.3 andra stycket FEU, artikel 8 FEUF och artikel 157.4 FEUF.

en viktig roll vid bedömningen av de nämnda försäkringsriskerna. Exempelvis påverkas den försäkrades förväntade livslängd, vilken är av särskild betydelse i förevarande fall, starkt av ekonomiska och sociala omständigheter samt av den enskildes levnadsvanor (till exempel den utövade yrkesverksamhetens art och omfattning, familjeförhållanden och social miljö, kostvanor, konsumtion av njutningsmedel [45] och/eller droger, fritidsaktiviteter och sportutövning).

63. Med hänsyn till samhällets utveckling och den därmed sammanhängande försvagningen av de traditionella könsrollerna finns det inte längre något entydigt samband mellan effekterna av beteenderelaterade faktorer för en persons hälsa och förväntade livslängd och personens kön. Här ska endast några av de nyss angivna exemplen nämnas: Både kvinnor och män utövar i dag en krävande och ibland ytterst stressig yrkesverksamhet, medlemmar av båda könen konsumerar njutningsmedel i icke ringa omfattning och inte heller kan arten och omfattningen av en persons sportutövning på förhand kopplas till en persons könstillhörighet.

64. Det finns inget i skälen i ingressen till direktiv 2004/113 som tyder på att rådet ens på ett summariskt sätt har tagit hänsyn till dessa omständigheter. [46]

65. Det tas inte vederbörlig hänsyn till komplexiteten i denna problematik när rådet i artikel 5.2 i direktiv 2004/113 utan vidare tillåter att det görs åtskillnad mellan försäkrade enbart på grund av personernas kön, eller i vart fall genom att könet tillmäts avgörande betydelse, även om vissa begränsningar har uppställts (”avgörande faktor”, ”proportionerliga skillnader” och ”relevanta och korrekta uppgifter” som offentliggörs och regelbundet uppdateras).

66. Det måste medges att det är mycket lätt att genomföra en differentiering på grund av kön när det gäller försäkringsprodukter. Det är däremot mer komplicerat att korrekt förstå och bedöma ekonomiska och sociala omständigheter som de försäkrades levnadsvanor. De är dessutom svåra att kontrollera då dessa faktorer kan förändras med tiden. Enbart praktiska svårigheter kan emellertid inte motivera att man använder den försäkrades kön som kriterium för särbehandling.

45 — I synnerhet tobak, alkoholhaltiga drycker, kaffe och te.

46 — Se särskilt skäl 19 i direktiv 2004/113.

67. Det är oförenligt med principen om likabehandling av kvinnor och män att använda en persons kön som ett slags *ersättningskriterium* i stället för andra differentierande omständigheter. Användandet av detta kriterium gör det nämligen inte möjligt att säkerställa att skillnader i försäkringspremier och försäkringsersättningar för kvinnliga och manliga försäkrade uteslutande beror på objektiva kriterier, som inte har något att göra med diskriminering på grund av kön.

68. Rent ekonomiska överväganden, såsom den av många av processdeltagarna åberopade risken att premierna kommer att höjas för en del av de försäkrade eller till och med för samtliga försäkrade, kan under inga omständigheter utgöra sakliga skäl som skulle kunna motivera en särbehandling på grund av kön. [47] Det ligger dessutom nära till hands att anta att premierna, om det inte fanns någon sådan undantagsbestämmelse som artikel 5.2 i direktiv 2004/113, visserligen skulle vara högre för många försäkrade jämfört med de nuvarande, men att detta i normalfallet skulle kompenseras av lägre premier för försäkrade personer av det andra könet. Under alla omständigheter har ingen av processdeltagarna hävdat att införandet av så kallade unisexatariffer skulle äventyra den finansiella jämvikten i privata försäkringssystem.

69. Mot denna bakgrund är jag, såsom redan generaladvokat Van Gerven före mig, [48] av den uppfattningen att användandet av försäkringstekniska faktorer som grundas på könstillhörighet inte är förenlig med principen om likabehandling av kvinnor och män.

70. Sammanfattningsvis föreslår jag således att domstolen fastställer att artikel 5.2 i direktiv 2004/113 är ogiltig på grund av att den strider mot förbudet mot diskriminering på grund av kön. Om den meddelade en sådan dom, skulle domstolen för övrigt befinna sig i gott sällskap. Redan för mer än 30 år sedan slog högsta domstolen i Amerikas förenta stater i ett mål rörande pensionsförsäkringar fast att Civil Rights Act från år 1964 innehåller ett förbud mot att behandla försäkrade olika beroende på deras kön. [49]

47 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen Roks m.fl. (ovan fotnot 25), punkt 36, Schönheit och Becker (ovan fotnot 25), punkt 85, Steinicke (ovan fotnot 33), punkt 66, och dom av den 10 mars 2005 i mål C-196/02, Nikoloudi (REG 2005, s. I-1789), punkt 53.

48 — Gemensamt förslag till avgörande av generaladvokaten Van Gerven av den 28 april 1993 i målen C-109/91, C-110/91, C-152/91 och C-200/91, Ten Oever m.fl. (REG 1993, s. I-4879), punkterna 34–39. I det av några av processdeltagarna diskuterade rättsfallet Lindorfer mot rådet (ovan fotnot 26) har generaladvokaterna Jacobs (förslag till avgörande av den 27 oktober 2005), punkt 70, och Sharpston (förslag till avgörande av den 30 november 2006), punkt 46, inte närmare analyserat den här relevanta frågan utan lämnat den öppen.

49 — Domar meddelade av United States Supreme Court den 25 april 1978, City of Los Angeles v. Manhart (435 U.S. 702 [1978]), och den 6 juli 1983, Arizona Governing Comm. v. Norris (463 U.S. 1073 [1983]).

71. Det är däremot inte nödvändigt att ogiltigförklara direktiv 2004/113 i dess helhet. Det är visserligen inte tillåtet att upphäva en enskild bestämmelse i ett direktiv, när denna bestämmelse inte kan skiljas från resten av direktivet. I ett sådant fall skulle nämligen ett delvist upphävande av direktivet förändra det materiella innehållet i bestämmelserna i direktivet, vilket endast unionslagstiftaren är behörig att göra. [50] I förevarande fall har dock, på min uttryckliga förfrågan, ingen av processdeltagarna, i synnerhet inte rådet som är upphovsman till direktiv 2004/113, ifrågasatt att artikel 5.2 utgör en avskiljbar del av detta direktiv och således ensam kan förklaras vara ogiltig. För att så är fallet talar inte minst den omständigheten att artikel 5.2 ursprungligen inte fanns med i direktivet och först senare, under lagstiftningsförfarandet, togs in i detta.

72. För det fall domstolen likväl skulle anse att artikel 5.2 i direktiv 2004/113 är giltig, ska denna bestämmelse tolkas restriktivt då den är en undantagsbestämmelse. Det åligger de behöriga nationella myndigheterna att regelbundet och strikt kontrollera att de i bestämmelsen föreskrivna villkoren för användande av könsspecifika försäkringstekniska och statistiska uppgifter är uppfyllda, med beaktande av principen om likabehandling av kvinnor och män. [51]

50 — Se bland annat dom av den 5 oktober 2000 i mål C-376/98, Tyskland mot parlamentet och rådet (REG 2000, s. I-8419), punkt 117, av den 24 maj 2005 i mål C-244/03, Frankrike mot parlamentet och rådet (REG 2005, s. I-4021), punkterna 15, 19 och 20, och domen i målet familjeåterförening (ovan fotnot 22), punkterna 27 och 28.

4. Begränsning av domens verkningar i tiden

73. I fördragen preciseras inte uttryckligen vilka verkningar som följer av en fastställelse av ogiltighet inom ramen för ett förhandsavgörande. Eftersom begäran om förhandsavgörande angående giltigheten av en unionsrättsakt och talan om ogiltigförklaring emellertid är två i fördraget föreskrivna kompletterande sätt för legalitetskontroll av rättsakter som har beslutats av unionens institutioner, [52] ska följderna av en fastställelse av ogiltighet enligt fast rättspraxis fastställas i analogi med bestämmelserna i artiklarna 231 EG och 233 EG, som är tillämpliga på domar i mål avseende talan om ogiltigförklaring. [53]

51 — Det är i detta sammanhang av betydelse att medlemsstaterna inte bara är skyldiga att tolka den egna nationella rätten i överensstämmelse med unionsrätten, utan också är skyldiga att ge akt på att de inte stödjer sig på en tolkning av en bestämmelse i unionens sekundärrätt som kolliderar med de i unionens rättsordning skyddade grundläggande rättigheterna eller med de andra allmänna principerna i unionsrätten (dom i målet Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl. (ovan fotnot 9), punkt 28).

52 — Dom av den 8 februari 1996 i mål C-212/94, FMC m.fl. (REG 1996, s. I-389), punkt 56, och den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mot rådet (REG 2002, s. I-6677), punkt 40.

53 — Domar av den 15 oktober 1980 i mål 4/79, Providence agricole de la Champagne (REG 1980, s. 2823), punkterna 44 och 45, mål 109/79, Maïseries de Beauce (REG 1980, s. 2883), punkterna 44 och 45, och mål 145/79, Roquette Frères (REG 1980, s. 2917), punkterna 51 och 52, och av den 29 juni 1988 i mål 300/86, van Landschoot (REG 1988, s. 3443), punkt 24, av den 8 november 2001 i mål C-228/99, Silos (REG 2001, s. I-8401), punkt 35, och av den 22 december 2008 i mål C-333/07, Regie Networks (REG 2008, s. I-10807), punkt 121.

74. En dom från domstolen i vilken en gemenskapsrättsakt fastställs vara ogiltig inom ramen för ett förhandsavgörande ska – i likhet med en dom om ogiltigförklaring – i princip ha en rättsverkan som går tillbaka i tiden. [54] Fastställelsen att den berörda rättsakten är ogiltig är dessutom en tillräcklig grund för varje nationell domstol att likaså betrakta rättsakten som ogiltig vid meddelandet av domar och beslut. [55]

75. Med stöd av de principer som kommer till uttryck i artikel 264.2 FEUF får domstolen visserligen bestämma att vissa av den omtvistade rättsaktens verkningar ska upprätthållas om den anser att detta är nödvändigt, varvid den har ett utrymme för skönsmässig bedömning. [56]

76. Domstolen har tidigare använt sig av denna möjlighet, i synnerhet i fall detta, vid en samlad bedömning av de motstridiga intressena, varit nödvändigt med hänsyn till tvingande rättssäkerhetshänsyn. [57] Domstolen tog därvid inte minst hänsyn till de verkningar som en fastställelse av ogiltighet inom ramen för ett förhandsavgörande eller en dom om ogiltigförklaring skulle medföra för de ekonomiska aktörernas rättigheter. [58] Dessa överväganden gör sig gällande även i det förevarande fallet.

77. Såsom särskilt Förenade kungarikets regering har påpekat har sedan ikraftträdandet av direktiv 2004/113 ett stort antal, förmodligen till och med miljontals försäkringsavtal som grundas på könsspecifika riskbedömningar ingåtts, varvid parterna har utgått från att de nationella rättsreglerna i fråga var giltiga i enlighet med artikel 5.2 i direktiv 2004/113.

78. Av rättssäkerhetsskäl bör därför verkningarna av artikel 5.2 i direktiv 2004/113 upprätthållas i två avseenden.

79. För det första ska könsspecifika skillnader i försäkringspremier och försäkringsersättningar inte ifrågasättas retroaktivt. Fastställelsen av att artikel 5.2 i direktiv 2004/113 är ogiltig ska således bara ha verkan för framtiden.

54 — Dom av den 26 april 1994 i mål C-228/92, Roquette Frères (REG 1994, s. I-1445), punkt 17, och i målet FMC m.fl. (ovan fotnot 51), punkt 55. För retroaktiv verkan av domar om ogiltigförklaring, se dom av den 12 februari 2008 i mål C-199/06, Centre d'exportation du livre français (nedan kallat CELF, REG 2008, s. I-469), punkterna 61 och 63.

55 — Dom av den 13 maj 1981 i mål 66/80, International Chemical Corporation (REG 1981, s. 1191), punkt 13, och beslut av den 8 november 2007 i mål C-421/06, Fratelli Martini och Cargill (ej publicerat i rättsfallssamlingen), punkt 54.

56 — Dom av den 27 februari 1985 i mål 112/83, Société des produits de maïs (REG 1985, s. 719), punkt 18, och av den 15 januari 1986 i mål 41/84, Pinna (REG 1986, s. 1), punkt 26.

57 — Domarna i målen Pinna (ovan fotnot 56), punkterna 26–28, Silos (ovan fotnot 53), punkt 36, och dom av den 10 mars 1992 i mål C-38/90, Lomas m.fl. (REG 1992, s. I-1781), punkt 24, och domen i målet Régie Networks (ovan fotnot 53), punkt 122.

58 — Dom av den 30 september 2003 i mål C-239/01, Tyskland mot kommissionen (REG 2003, s. I-10333), punkt 78. Överväganden av detta slag ligger slutligen till grund för domen i målet Defrenne II (ovan fotnot 23), punkterna 69–75, dom av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889), särskilt punkterna 40–45, och domen i målet Régie Networks (ovan fotnot 53), punkt 123 första meningen.

80. För det andra ska medlemsstaterna ges skälig tid att anpassa sin nationella rätt till det förhållandet att artikel 5.2 i direktiv 2004/113 är ogiltig. Därmed erhåller även försäkringsbolagen en övergångsperiod under vilken de kan anpassa sig till den nya rättsliga ramen och anpassa sina produkter i motsvarande mån. Med beaktande av vad unionslagstiftaren själv i artikel 5.1 i direktiv 2004/113 har fastställt, anser jag en treårig övergångsperiod vara skälig tid. [59] Denna tidsperiod skulle börja löpa från och med den dag då domstolen meddelar dom i förevarande mål.

81. Efter denna övergångsperiod måste emellertid samtliga framtida försäkringspremier, vilka i dag beräknas genom att det görs skillnad mellan könen, liksom prestationer som finansieras med nya premier utformas på ett könsneutralt sätt. Detta måste också gälla befintliga försäkringsavtal. Det vore inte rättvist att varaktigt neka diskriminerade försäkringstagare som redan ingått exempelvis ett livförsäkringsavtal den utjämning som de har rätt till, i synnerhet då löptiden för sådana avtal i många fall kan sträcka sig över ytterligare åtskilliga år. [60] Det allmänna unionsrättsliga förbudet mot retroaktiv verkan utgör inte hinder för att tillämpa ett nytt rättsläge på framtida verkningar av befintliga sakförhållanden. [61]

82. Det är endast personer som har väckt talan eller har anfört ett enligt tillämplig nationell rätt motsvarande klagomål före den dag då EU-domstolens dom meddelas som, enligt fast rättspraxis, inte omfattas av den tidsmässiga begränsningen av domens verkningar. [62]

59 — Datumet den 21 december 2007, som avses i artikel 5.1 i direktiv 2004/113, ligger precis tre år efter den tidpunkt då direktiv 2004/113 trädde i kraft, den 21 december 2004 (den dag då direktivet offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning*, se artikel 18 i direktivet).

60 — I överensstämmelse härmed gjorde domstolen i domen i målet Barber (ovan fotnot 57), punkt 44, undantag från domens rättsverkningar helt och hållet endast för ”de rättsförhållanden vars rättsverkningar har uttömts”. Det så kallade Barberprotokollet (nu protokoll nr 33 om artikel 157 FEUF, EUT C 83, 2010, s. 319) har utformats i enlighet härmed. I detta görs endast undantag för förmåner ”om och i den mån förmånerna kan hänföras till anställningstider före den 17 maj 1990”, det vill säga före den dag då domen i målet Barber avkunnades.

61 — Dom av den 5 december 1973 i mål 143/73, SOPAD (REG 1973, s. 1433), punkt 8, och av den 29 januari 2002 i mål C-162/00, Pokrzeptowicz-Meyer (REG 2002, s. I-1049), punkt 50, och av den 6 juli 2010 i mål C-428/08, Monsanto Technology (REU 2010, s. I-6765), punkt 66.

62 — Domar i målen Pinna (ovan fotnot 55), punkt 30, och Régie Networks (ovan fotnot 52), punkt 127. Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen Defrenne II (ovan fotnot 23), punkt 75, och Barber (ovan fotnot 57), punkt 44.

B — *Andra frågan*

83. Den belgiska författningsdomstolen har ställt den andra frågan, som har en snävare räckvidd än den första frågan, för att få klarhet i huruvida de eventuella bristerna i artikel 5.2 i direktiv 2004/113 består även om dess tillämpningsområde begränsas till endast *livförsäkringsavtal*. Bakgrunden till den andra frågan är att den belgiska lagstiftaren har utnyttjat undantagsbestämmelsen i artikel 5.2 i direktiv 2004/113 endast såvitt gäller denna typ av försäkringsavtal.

84. Den andra frågan har ställts för det fall den första frågan, såsom jag föreslagit, ska besvaras nekande, eftersom det förutsätts att artikel 5.2 i direktiv 2004/113 strider mot förbudet mot diskriminering på grund av kön. Den andra frågan ska därför besvaras.

85. Jag kan dock inte se att det finns några särskilda omständigheter i fråga om livförsäkringsavtal som gör det nödvändigt att tillåta att försäkringspremierna beräknas på ett könsspecifikt sätt. Vid livförsäkringsavtal är den försäkrades förväntade livslängd en central riskfaktor. Jag har redan i samband med prövningen av den första frågan anfört att man inte schablonmässigt kan grunda sig på enbart statistiskt påvisbara skillnader mellan kvinnliga och manliga försäkrade. [63]

86. Det har i förevarande förfarande inte framförts några argument som gör det möjligt att anse att livförsäkringar intar en särställning jämfört med andra försäkringstyper i vilka man traditionellt gör en riskbedömning beroende på kön. Det finns därför inte, utifrån de uppgifter som domstolen förfogar över, någon anledning att besvara den andra frågan på annat sätt än den första. Den belgiska författningsdomstolens andra fråga ska således besvaras jakande.

63 — Se därutöver särskilt punkterna 61–68 i detta förslag till avgörande.

VI — Förslag till avgörande

87. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar den belgiska författningsdomstolens begäran om förhandsavgörande på följande sätt:

1) Artikel 5.2 i direktiv 2004/113 är ogiltig.

2) Verkningarna av den ogiltigförklarade bestämmelsen ska bestå fram till dess att tre år har förflutit från den dag då domstolen meddelar dom i förevarande mål. Detta gäller inte i förhållande till personer som före den dag då domstolen meddelar dom i förevarande mål har väckt talan eller anfört motsvarande klagomål i enlighet med tillämplig nationell rätt.