



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Annotation: Hof van Justitie van de
Europese Gemeenschappen 2008-04-01, no.
C-267/06**
Waldijk, C.

Citation

Waldijk, C. (2008). Annotation: Hof van Justitie van de
Europese Gemeenschappen 2008-04-01, no. C-267/06.
European Human Rights Cases. Retrieved from
<https://hdl.handle.net/1887/13944>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive
license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13944>

Note: To cite this publication please use the final
published version (if applicable).

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

1 april 2008, nr. C-267/06

(Skouris (President), Jann, Timmermans, Rosas, Lenaerts, Bay Larsen, Schiemann, Makarczyk, Kúris, Klučka, Caoimh, Lindh, Bonichot)

Noot Waaldijk

Gelijke behandeling in arbeid en beroep.

Directe discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Nabestaandenpensioen. Begrip beloning. Bevoegdheden inzake burgerlijke staat. Onderscheid tussen gehuwde en geregistreerde partners. Grand Chamber.

[Richtlijn 2000/78 art. 1, 2, 3]

Op 8 november 2001 gaat Maruko een geregistreerd partnerschap aan met een theatercostumier, die sinds 1959 verzekerd is bij het bedrijfspensioenfonds van de Duitse theaters (Vddb). Maruko's partner overlijdt op 12 januari 2005. Vddb wijst Maruko's aanvraag voor een weduwnaarspensioen af, omdat het reglement alleen voorziet in een dergelijke uitkering aan gehuwde nabestaande partners. Maruko stelt beroep in bij het Bayerische Verwaltungsgericht München. Maruko is van mening dat deze afwijzing in strijd is met Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. Het Verwaltungsgericht stelt vervolgens prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

Het Hof constateert dat de verplichte beroeps-pensioenregeling van de Vddb is afgesproken in een collectieve arbeidsovereenkomst en uitsluitend wordt gefinancierd door de werknemers en werkgevers in de betrokken branche, zonder enige overheidsbijdrage. De hoogte van de nabestaandenuitkering vindt haar oorsprong in de arbeidsverhouding van de geregistreerde partner van Maruko en moet derhalve worden gekwalificeerd als "beloning". Volgens het Hof valt de uitkering niet onder de uitzondering die art. 3 van de richtlijn bevat voor "uitkeringen van welke aard dan ook

die worden verstrekt door wettelijke of daarmee gelijkgestelde stelsels, met inbegrip van de stelsels voor sociale zekerheid of voor sociale bescherming”.

Punt 22 van de considerans van de richtlijn stelt dat de richtlijn “nationale wetgevingen inzake burgerlijke staat en de daaraan verbonden voordelen” onverlet laat. Volgens het Hof valt de uitkering ook dáárdoor niet buiten de werkingssfeer van de richtlijn. Het Hof erkent dat de burgerlijke staat en de daaraan verbonden voordelen tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren en dat het gemeenschapsrecht deze bevoegdheid onverlet laat, maar het herinnert eraan dat de lidstaten bij de uitoefening van deze bevoegdheid het gemeenschapsrecht in acht moeten nemen, met name de bepalingen inzake het discriminatieverbod. Daarom kan punt 22 van de considerans de toepassing van de richtlijn op een als “beloning” te kwalificeren uitkering niet op losse schroeven zetten.

Maruko, de Commissie en advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer zijn van mening dat de weigering om het nabestaandenpensioen toe te kennen aan nabestaande geregistreerde partners indirecte discriminatie in de zin van de richtlijn is, aangezien twee personen van hetzelfde geslacht in Duitsland niet met elkaar kunnen huwen en dus niet in aanmerking kunnen komen voor deze uitkering.

Het Hof constateert dat Duitsland in 2001 voor personen van hetzelfde geslacht een apart regime in het leven heeft geroepen, het ‘eingetragene Lebenspartnerschaft’ (geregistreerd partnerschap), waarvan de voorwaarden geleidelijk aan zijn gelijkgesteld met de voor het huwelijk geldende voorwaarden. Zo is in 2004 in het Wetboek van sociale zekerheid de bepaling opgenomen dat het partnerschap wat betreft het wettelijke weduwen- en weduwnaarspensioen betreft, gelijkgesteld wordt met het huwelijk. Het Verwaltungsgericht meent mede daarom dat dit partnerschap, zonder identiek te zijn aan het huwelijk, personen van hetzelfde geslacht op het gebied van de onderhavige nabestaandenuitkering in een situatie brengt die vergelijkbaar is met die van echtgenoten. Ingevolge de aanvullende pensioenregeling van de Vddb worden geregistreerde partners echter ongunstiger behandeld dan echtgenoten.

Het Hof concludeert dat – gesteld dat de verwijzende rechter inderdaad beslist dat er sprake is van een vergelijkbare situatie – een regeling als de in geding zijnde moet worden beschouwd als rechtstreekse discriminatie op grond van seksuele geaardheid in de zin van de artikelen 1 en 2, tweede

lid, onder a, van richtlijn 2000/78. Het Hof voegt daar uitdrukkelijk aan toe dat het aan de nationale rechter is om na te gaan of een nabestaande levenspartner in een situatie verkeert die vergelijkbaar is met die van een echtgenoot die de nabestaandenuitkering op grond van de beroeps-pensioenregeling van de Vddb ontvangt.

Ten slotte overweegt het Hof dat uit de stukken niet blijkt dat het financiële evenwicht van de regeling zoals die door de Vddb wordt uitgevoerd, met terugwerkende kracht zou kunnen worden verstoord wanneer de gevolgen van het onderhavige arrest niet in de tijd worden beperkt.

Tadao Maruko

tegen

Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen

The questions referred for a preliminary ruling

The first, second and fourth questions

34 By its first, second and fourth questions, which it is appropriate to answer together, the referring court seeks to know, in essence, whether a survivor’s benefit paid under an occupational pension scheme such as that managed by the Vddb falls within the scope of Directive 2000/78.

Observations submitted to the Court

35 As regards the first and second questions referred, the Vddb considers that the scheme managed by it is a statutory social security scheme and that the survivor’s benefit at issue in the main proceedings cannot be regarded as ‘pay’ within the meaning of Article 3(1)(c) of Directive 2000/78. That benefit is therefore outside the scope of that directive.

36 In support of that position, the Vddb states, inter alia, that it is a body governed by public law and is part of the federal State administration and that the pension scheme at issue in the main proceedings is a compulsory scheme, based on statute. The Vddb adds that the Collective Agreement has statutory force and was integrated, together with the Vddb Regulations, in the unification treaty of 31 August 1990 and that compulsory membership applies to categories of workers defined in general terms. The survivor’s benefit at issue in the main proceedings is not linked directly to specific employment, but to general consider-

ations of social policy. It does not directly depend on completion of periods of employment and the amount is not determined by reference to the last salary.

37 The Commission considers, on the other hand, that the survivor's benefit at issue in the main proceedings falls within the scope of Directive 2000/78, since it is paid by virtue of the employment relationship between a person and his employer, a consequence of which is the employee's compulsory membership of the Vddb. The amount of the benefit is determined by reference to the period of insurance and the contributions paid.

38 As regards the fourth question referred, both Mr Maruko and the Commission note that the content of Recital 22 in the preamble to Directive 2000/78 is not reflected in any of the enacting terms of the Directive. According to Mr Maruko, if the Community legislature had wanted to exclude all benefits bound up with civil status from the scope of Directive 2000/78, the content of that recital would have been the subject of a particular provision among the enacting terms of the Directive. According to the Commission, that recital does no more than state that the European Union lacks competence in matters regarding civil status.

39 The Vddb and the United Kingdom Government consider, inter alia, that Recital 22 in the preamble to Directive 2000/78 contains a clear and general exclusion and that it determines the scope of the Directive. The Directive does not apply to provisions of national law relating to civil status or to benefits dependent on that status, such as the survivor's benefit at issue in the main proceedings.

The Court's reply

40 It is clear from Article 3(1)(c) and (3) of Directive 2000/78 that the Directive applies to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies, inter alia, in relation to conditions of pay and that it does not apply to payments of any kind made by state schemes or similar, including state social security or social protection schemes.

41 The scope of Directive 2000/78 must be understood – in the light of those provisions read in conjunction with Recital 13 of the preamble to the Directive – as excluding social security or social protection schemes, the benefits of

which are not equivalent to 'pay', within the meaning given to that term for the application of Article 141 EC, or to payments of any kind made by the State with the aim of providing access to employment or maintaining employment.

42 It must therefore be determined whether a survivor's benefit granted under an occupational pension scheme such as that managed by the Vddb can be treated as equivalent to 'pay' within the meaning of Article 141 EC.

43 Article 141 EC provides that 'pay' means the ordinary basic or minimum wage or salary and any other consideration, whether in cash or in kind, which the worker receives directly or indirectly, in respect of his employment, from his employer.

44 As the Court has already ruled (see Case C-109/91 *Ten Oever* [1993] ECR I-4879, paragraph 8, and Case C-7/93 *Beune* [1994] ECR I-4471, paragraph 21), the fact that certain benefits are paid after the termination of the employment relationship does not prevent them from being 'pay' within the meaning of Article 141 EC.

45 The Court has thereby recognised that a survivor's pension provided for under an occupational pension scheme, set up under a collective agreement, falls within the scope of Article 141 EC. The Court has stated that the fact that such a pension, by definition, is paid not to the worker but to his survivor, cannot affect that interpretation, since, such a pension being a benefit deriving from the survivor's spouse's membership of the scheme, the pension accrues to the survivor by reason of the employment relationship between the employer and the survivor's spouse and is paid to the survivor by reason of the spouse's employment (see *Ten Oever*, paragraphs 12 and 13; *Coloroll Pension Trustees*, paragraph 18; Case C-147/95 *Evrenopoulos* [1997] ECR I-2057, paragraph 22; and Case C-379/99 *Menauer* [2001] ECR I-7275, paragraph 18).

46 Moreover, for the purposes of assessing whether a retirement pension – by reference to which, should the case arise, as in the present case, the survivor's pension is calculated – falls within the scope of Article 141 EC, the Court has stated that, of the criteria for identifying a pension scheme which it has adopted on the basis of the situations brought before it, the one criterion which may prove decisive is

whether the retirement pension is paid to the worker by reason of the employment relationship between him and his former employer, that is to say, the criterion of employment, based on the wording of that article (see, to that effect, *Beune*, paragraph 43; *Evrenopoulos*, paragraph 19; Case C-366/99 *Griesmar* [2001] ECR I-9383, paragraph 28; Case C-351/00 *Niemi* [2002] ECR I-7007, paragraphs 44 and 45; and Joined Cases C-4/02 and C-5/02 *Schönheit and Becker* [2003] ECR I-12575, paragraph 56).

47 Admittedly, that criterion cannot be regarded as exclusive, inasmuch as pensions paid under statutory social security schemes may reflect, wholly or in part, pay in respect of work (*Beune*, paragraph 44; *Evrenopoulos*, paragraph 20; *Griesmar*, paragraph 29; *Niemi*, paragraph 46; and *Schönheit and Becker*, paragraph 57).

48 However, considerations of social policy, of State organisation, of ethics, or even the budgetary concerns which influenced or may have influenced the establishment by the national legislature of a scheme cannot prevail if the pension concerns only a particular category of workers, if it is directly related to the period of service completed and if its amount is calculated by reference to the last salary (*Beune*, paragraph 45; *Evrenopoulos*, paragraph 21; *Griesmar*, paragraph 30; *Niemi*, paragraph 47; and *Schönheit and Becker*, paragraph 58).

49 As regards the compulsory occupational pension scheme managed by the Vddb, it must be observed, first, that it originates in the Collective Agreement which, according to the information provided by the referring court, was designed to supplement the social security benefits payable under national legislation of general scope.

50 Secondly, it is common ground that that scheme is financed exclusively by the workers and employers of the sector concerned, without any financial involvement by the State.

51 Thirdly, it is clear from the documents submitted to the Court that the scheme is aimed, according to Paragraph 1 of the Collective Agreement, at theatrical professionals employed in theatres operated in Germany.

52 As the Advocate General has stated in point 70 of his Opinion, recognition of entitlement to the survivor's benefit requires the spouse of the person who is to receive the pension to have been a member of the Vddb before dying. That membership is compulsory for theatrical pro-

fessionals employed by the German theatres. That membership is also held by a number of persons who decide voluntarily to become members of the Vddb, such membership being possible provided that the persons concerned can demonstrate that they were previously employed by a theatre in Germany for a certain number of months.

53 Those compulsory and voluntary members therefore form a particular category of workers.

54 Further, as regards the criterion that the pension must be directly related to the period of service completed, it must be observed that, under Paragraph 30(5) of the Vddb regulations, the amount of the retirement pension, by reference to which the survivor's benefits are calculated, is determined by reference to the period of the worker's membership, that being the logical consequence of the structure of the occupational pension scheme at issue which covers two types of membership, as has been stated in paragraphs 52 and 53 of this judgment.

55 Nor is the amount of that retirement pension fixed by statute; rather, pursuant to Paragraph 30(5) of the Vddb Regulations, it is calculated by reference to the total amount of the contributions paid throughout the worker's membership, to which an indexing factor is applied.

56 It follows that, as the Advocate General has pointed out in point 72 of his Opinion, the survivor's pension in the main proceedings is derived from the employment relationship of Mr Maruko's life partner and must therefore be classified as 'pay' within the meaning of Article 141 EC.

57 That conclusion is not affected by the fact that the Vddb is a public body (see, to that effect, *Evrenopoulos*, paragraphs 16 and 23) or by the fact that membership in the scheme giving entitlement to the survivor's benefits at issue in the main proceedings is compulsory (see, to that effect, Case C-50/99 *Podesta* [2000] ECR I-4039, paragraph 32).

58 As regards the significance of Recital 22 of the preamble to Directive 2000/78, that recital states that the Directive is without prejudice to national laws on marital status and the benefits dependent thereon.

59 Admittedly, civil status and the benefits flowing therefrom are matters which fall with-

in the competence of the Member States and Community law does not detract from that competence. However, it must be recalled that in the exercise of that competence the Member States must comply with Community law and, in particular, with the provisions relating to the principle of non-discrimination (see, by analogy, Case C-372/04 *Watts* [2006] ECR I-4325, paragraph 92, and Case C-444/05 *Stamatelaki* [2007] ECR I-3185, paragraph 23).

60 Since survivor's benefit such as that at issue in the main proceedings has been identified as 'pay' within the meaning of Article 141 EC and falls within the scope of Directive 2000/78, for the reasons set out in paragraphs 49 to 57 of this judgment, Recital 22 of the preamble to Directive 2000/78 cannot affect the application of the Directive.

61 In those circumstances, the answer to the first, second and fourth questions must be that a survivor's benefit granted under an occupational pension scheme such as that managed by the Vddb falls within the scope of Directive 2000/78.

The third question

62 By its third question, the referring court seeks to know whether the combined provisions of Articles 1 and 2 of Directive 2000/78 preclude legislation such as that at issue in the main proceedings under which, after the death of his life partner, the surviving partner does not receive a survivor's benefit equivalent to that granted to a surviving spouse, even though, like spouses, the life partners have been living in a union of mutual support and assistance which had been formally constituted for life.

Observations submitted to the Court

63 Mr Maruko and the Commission maintain that refusal to grant the survivor's benefit at issue in the main proceedings to surviving life partners constitutes indirect discrimination within the meaning of Directive 2000/78, since two persons of the same sex cannot marry in Germany and, consequently, cannot qualify for that benefit, entitlement to which is reserved to surviving spouses. In their opinion, spouses and life partners are in a comparable legal situation which justifies the granting of that benefit to surviving life partners.

64 According to the Vddb, there is no constitutional obligation to treat marriage and life

partnership identically, so far as concerns the law of social security or pensions. Life partnership is an institution *sui generis* and represents a new form of civil status. It cannot be inferred from the German legislation that there is any obligation to grant equal treatment to life partners, on the one hand, and spouses, on the other.

The Court's reply

65 In accordance with Article 1 thereof, the purpose of Directive 2000/78 is to combat, as regards employment and occupation, certain forms of discrimination including that on grounds of sexual orientation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment.

66 Under Article 2 of Directive 2000/78, the 'principle of equal treatment' means that there is to be no direct or indirect discrimination whatsoever on any of the grounds referred to in Article 1 of the Directive. According to Article 2(2)(a) of Directive 2000/78, direct discrimination occurs where one person is treated less favourably than another person who is in a comparable situation, on any of the grounds referred to in Article 1 of the Directive. Article 2(2)(b)(i) states that indirect discrimination occurs where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons having a particular religion or belief, a particular disability, a particular age, or a particular sexual orientation at a particular disadvantage compared with other persons unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.

67 It is clear from the information provided in the order of reference that, from 2001 – the year when the LPartG, in its initial version, entered into force – the Federal Republic of Germany altered its legal system to allow persons of the same sex to live in a union of mutual support and assistance which is formally constituted for life. Having chosen not to permit those persons to enter into marriage, which remains reserved solely to persons of different sex, that Member State created for persons of the same sex a separate regime, the life partnership, the conditions of which have been gradually made equivalent to those applicable to marriage.

68 The referring court observes that the Law

of 15 December 2004 contributed to the gradual harmonisation of the regime put in place for the life partnership with that applicable to marriage. By that law, the German legislature introduced amendments to Book VI of the Social Security Code – statutory old age pension scheme, by adding inter alia a fourth paragraph to Paragraph 46 of that Book, from which it is clear that life partnership is to be treated as equivalent to marriage as regards the widow's or widower's pension referred to in that provision. Analogous amendments were made to other provisions of Book VI.

69 The referring court considers that, in view of the harmonisation between marriage and life partnership, which it regards as a gradual movement towards recognising equivalence, as a consequence of the rules introduced by the LPartG and, in particular, of the amendments made by the Law of 15 December 2004, a life partnership, while not identical to marriage, places persons of the same sex in a situation comparable to that of spouses so far as concerns the survivor's benefit at issue in the main proceedings.

70 However, the referring court finds that entitlement to that survivor's benefit is restricted, under the provisions of the Vddb Regulations, to surviving spouses and is denied to surviving life partners.

71 That being the case, those life partners are treated less favourably than surviving spouses as regards entitlement to that survivor's benefit.

72 If the referring court decides that surviving spouses and surviving life partners are in a comparable situation so far as concerns that survivor's benefit, legislation such as that at issue in the main proceedings must, as a consequence, be considered to constitute direct discrimination on grounds of sexual orientation, within the meaning of Articles 1 and 2(2)(a) of Directive 2000/78.

73 It follows from the foregoing that the answer to the third question must be that the combined provisions of Articles 1 and 2 of Directive 2000/78 preclude legislation such as that at issue in the main proceedings under which, after the death of his life partner, the surviving partner does not receive a survivor's benefit equivalent to that granted to a surviving spouse, even though, under national law, life partnership places persons of the same sex in a situa-

tion comparable to that of spouses so far as concerns that survivor's benefit. It is for the referring court to determine whether a surviving life partner is in a situation comparable to that of a spouse who is entitled to the survivor's benefit provided for under the occupational pension scheme managed by the Vddb.

The fifth question

74 By its fifth question, the referring court seeks to know whether, in the event that the Court were to rule that Directive 2000/78 precludes legislation such as that at issue in the main proceedings, entitlement to the survivor's benefit at issue in the main proceedings must be restricted in time and in particular to periods subsequent to 17 May 1990 on the basis of the case-law in *Barber*.

Observations submitted to the Court

75 The Vddb considers that the case which led to the judgment in *Barber* differs, on its facts and in law, from the case in the main proceedings and that Directive 2000/78 cannot be given retroactive effect by means of a decision that the Directive applied at a date prior to the date of expiry of the period allowed to Member States for its transposition.

76 The Commission maintains that there is no need to answer the fifth question. It considers that the case which led to the judgment in *Barber* differs, on its facts and in law, from the case in the main proceedings and notes that Directive 2000/78 contains no provision which derogates from the principle of non-discrimination on grounds of sexual orientation. The Commission states that, as distinct from the present case, in the case which led to the judgment in *Barber* attention was drawn to the financial consequences of a fresh interpretation of Article 141 EC. The Commission states that, in so far as the LPartG did not come into force until 1 August 2001 and since the German legislature introduced, from 1 January 2005, equal treatment as between life partnership and marriage, as regards the social security rules, occupational pension schemes are not placed in financial difficulty through having to take such equality into account.

The Court's reply

77 It is clear from the case-law that the Court may, exceptionally, taking account of the se-

rious difficulties which its judgment may create as regards events in the past, be moved to restrict the possibility for all persons concerned of relying on the interpretation which the Court gives to a provision in response to a reference for a preliminary ruling. A restriction of that kind may be permitted only by the Court, in the actual judgment ruling upon the interpretation sought (see inter alia *Barber*, paragraph 41, and Case C-292/04 *Meilicke and Others* [2007] ECR I-000, paragraph 36).

78 There is nothing in the documents before the Court to suggest that the financial balance of the scheme managed by Vddb is likely to be retroactively disturbed if the effects of this judgment are not restricted in time.

79 It follows from the foregoing that the answer to the fifth question must be that there is no need to restrict the effects of this judgment in time.

Costs

80 Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby rules:

1. A survivor's benefit granted under an occupational pension scheme such as that managed by the Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen falls within the scope of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

2. The combined provisions of Articles 1 and 2 of Directive 2000/78 preclude legislation such as that at issue in the main proceedings under which, after the death of his life partner, the surviving partner does not receive a survivor's benefit equivalent to that granted to a surviving spouse, even though, under national law, life partnership places persons of the same sex in a situation comparable to that of spouses so far as concerns that survivor's benefit. It is for the referring court to determine whether a surviving life partner is in a situation comparable to that of a spouse who is entitled to the survivor's benefit provided for under the occupa-

tional pension scheme managed by the Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.

NOOT

1. Dit is de eerste uitspraak van het Hof van Justitie over het verbod van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid vervat in Richtlijn 2000/78/EG (*PbEG* 2000, L 303/16). Een enigszins vergelijkbare zaak werd in 1998 beslist door het Hof. Toen was deze richtlijn echter nog niet, en stelde het Hof zich op het standpunt dat onderscheid tussen ongehuwde partners van gelijk geslacht en ongehuwde partners van verschillend geslacht buiten het bereik valt van het verbod van discriminatie op grond van geslacht (HvJ EG 17 februari 1998, nr. C-249/96, *Jur.* 1998, p. I-621, *Grant*). Een andere zaak, die evenals *Grant* en *Maruko* over faciliteiten voor partners van werknemers ging, betrof een ambtenaar van de EG die een (Zweeds) geregistreerd partnerschap was aangegaan. Het Hof constateerde toen dat de situatie in de lidstaten op het gebied van de erkenning van partnerschappen tussen personen van hetzelfde of verschillend geslacht gekenmerkt werd door een grote verscheidenheid in de wetgevingen en door een algemeen ontbreken van gelijkstelling tussen het huwelijk enerzijds en andere vormen van wettelijke verbintenissen anderzijds, en dat de situatie van deze ambtenaar daarom niet vergelijkbaar was met die van een gehuwde EG-ambtenaar (HvJ EG 31 mei 2001, nrs. C-122/99 en C-125/99, *Jur.* 2001, p. I-4319, *D en Zweden t. Raad*). Beide uitspraken van het Hof zijn inmiddels grotendeels achterhaald door regelgeving: *Grant* door de totstandkoming en implementatie van de genoemde richtlijn, en *D en Zweden* door een wijziging in 2004 van het Statuut van de ambtenaren van de EG (waarvan art. 1d nu de meeste geregistreerde partnerschappen gelijkstelt aan het huwelijk).

2. Het meest opmerkelijke element van dit arrest is wel dat het Hof in overweging 72 spreekt van "rechtstreekse discriminatie", en – anders dan de advocaten van *Maruko*, de Europese Commissie en de advocaat-generaal – niet van indirecte discriminatie. Voor deze keuze voert het Hof nauwelijks argumenten aan. Het constateert slechts dat het huwelijk in Duitsland nog steeds is voorbehouden aan

personen van verschillend geslacht en dat voor personen van hetzelfde geslacht in 2001, om hen in staat te stellen in een formeel en voor het leven aangegane samenlevingsvorm van onderlinge hulp en bijstand te leven, een "apart regime" in het leven is geroepen dat geleidelijk aan gelijkgesteld is met het huwelijk, ook wat betreft het *wettelijke* weduwe- en weduwnaarspensioen, maar dat de *aanvullende* pensioenregeling van de Vddb nabestaande geregistreerde partners ongunstiger behandelt dan nabestaande echtgenoten. Het laatstgenoemde onderscheid (tussen geregistreerde en gehuwde partners) kwalificeert het Hof vervolgens als discriminatie op grond van *seksuele geaardheid*, en wel als *directe* discriminatie op die grond, althans indien de nationale rechter inderdaad zou beslissen dat er sprake is van een *vergelijkbare situatie*.

3. Dat het Hof onderscheid op basis van het geslacht van iemands partner nu als discriminatie op grond van seksuele gerichtheid ziet, is niet nieuw. In de hierboven aangehaalde zaak *Grant* had het Hof zich ook al op dat standpunt gesteld (par. 47). Ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens spreekt bij onderscheid tussen partners van gelijk en verschillend geslacht van 'sexual orientation discrimination' (EHRM 24 juli 2003, nr. 40016/98, *EHRC* 2003/83, *Karner t. Oostenrijk*), evenals het Comité voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties (29 augustus 2003, nr. 941/2000, *Young t. Australia*; en 30 maart 2007, nr. 1361/2005, *X t. Colombia*). Bij seksuele gerichtheid (of "geaardheid", in de onhandige Nederlandse terminologie van de richtlijn) moeten we dus niet alleen denken aan een kenmerk van mensen, maar ook aan een kenmerk van relaties tussen mensen.

4. In de literatuur over homodiscriminatie werd het al mogelijk geacht om in een casus als die van *Maruko* te spreken van directe discriminatie (M. Bell, 'Sexual orientation discrimination in employment: an evolving role for the European Union', in: R. Wintemute & M. Andenaes (red.), *Legal Recognition of Same-Sex Partnership*, Oxford: Hart 2001, p. 668; K. Waaldijk, 'Towards the recognition of same-sex partners in European Union law: expectations based on trends in national law', in: Wintemute & Andenaes 2001, p. 645; H. Ytterberg, 'Sweden', in: K. Waaldijk & M.

Bonini-Baraldi, *Combating sexual orientation discrimination in employment*, Leiden: Universiteit Leiden 2004, p. 459-460; R. Wintemute, 'United Kingdom', in: Waaldijk & Bonini-Baraldi 2004, p. 495). Het werd echter meer waarschijnlijk geacht dat het Hof van Justitie in een dergelijke casus zou spreken van indirecte discriminatie (Bell 2001, p. 668; K. Waaldijk & M. Bonini-Baraldi *Sexual Orientation Discrimination in the European Union*, Den Haag: Asser 2006, p. 42 en 115-117). Ook de Commissie Gelijke Behandeling sprak in vergelijkbare gevallen van indirect onderscheid en niet van direct onderscheid (zie bijvoorbeeld CGB 19 oktober 1998, oordeel 1998-115).

5. Het lijkt erop dat het Hof de maatstaf *huwelijk* (die in de meeste landen altijd naar heteroseksuele paren verwijst) nu net zo behandelt als de maatstaf *zwangerschap* (die altijd naar vrouwen verwijst). Bij hantering van beide maatstaven spreekt het Hof nu van directe discriminatie op grond van gerichtheid respectievelijk geslacht (zie onder meer HvJ EG 8 november 1990 nr. C-177/88, *Jur.* 1990, p. I-3941, *Dekker t. VJV*). Tobler heeft er in 2005 op gewezen dat het Hof in enkele zaken met betrekking tot de maatstaf *dienstplicht* (die in de meeste landen altijd verwijst naar nationale onderdanen van het mannelijke geslacht) er juist niet voor koos om te spreken van directe discriminatie op grond van nationaliteit of geslacht (zie onder meer HvJ EG 7 december 2000, nr. C-79/99, *Jur.* 2000, p. I-10997, *Schnorbus t. Hessen*). In navolging van andere schrijvers bepleitte zij echter dat het Hof zou stoppen met het maken van verschil tussen maatstaven die (zoals zwangerschap) *feitelijk* verbonden zijn met één groep mensen, en maatstaven die (zoals dienstplicht) *juridisch* verbonden zijn met één specifieke groep (C. Tobler, *Indirect Discrimination*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 312-314). Het lijkt erop dat het Hof nu kiest voor die benadering, door ook bij een andere grond die juridisch met één groep verbonden is (namelijk huwelijk) te spreken van directe discriminatie. Dat is gunstig voor de benadeelden, want bij directe discriminatie ontbreekt de mogelijkheid van objectieve rechtvaardiging, maar daar staat weer tegenover dat er bij directe discriminatie volgens art. 2 van de richtlijn wel sprake moet zijn van een 'vergelijkbare situatie': iemand moet op basis van een van de in de richtlijn

genoemde gronden ongunstiger behandeld worden dan een ander 'in een vergelijkbare situatie' wordt, is of zou worden behandeld. Door deze extra eis, die in artikel 1 van de Nederlandse Algemene wet gelijke behandeling ontbreekt (evenals bijvoorbeeld in België en Frankrijk; zie Waaldijk & Bonini-Baraldi 2006, p. 99; M. Bell, 'Direct discrimination', in: D. Schiek, L. Waddington & M. Bell (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford: Hart 2007, p. 209), is het verbod van directe discriminatie van de richtlijn beperkter dan het Nederlandse verbod van direct onderscheid. Nationale wetgeving mag nu eenmaal strenger zijn dan de minimumeisen van de richtlijn.

6. De verwijzende rechter uit München had al aangegeven de situatie van Maruko vergelijkbaar te achten met die van een nabestaande echtgenoot. Dus de situatie ziet er voor Maruko gunstig uit, tenzij de advocaten van de VvdB deze rechter in het vervolg van de procedure op andere gedachten brengen, of een hogere Duitse rechter de situatie toch niet vergelijkbaar acht. Dat is niet geheel denkbeeldig, want in Duitsland (net als bijvoorbeeld in Finland en Tsjechië) bestaan er tussen geregistreerd partnerschap en huwelijk iets meer juridische verschillen dan bijvoorbeeld in Nederland, Denemarken, Zweden of het Verenigd Koninkrijk. In Frankrijk, Luxemburg, Slovenië en (vanaf januari 2009) Hongarije zijn er nog wat meer verschillen tussen huwelijk en partnerschap. In België, Spanje en Nederland speelt deze kwestie niet, omdat gelijk-geslachtelijke paren daar kunnen huwen. En in de 14 hier niet genoemde lidstaten is vooralsnog geen enkele vorm van geregistreerd partnerschap ingevoerd. Onduidelijk is of er in de verschillende lidstaten gesproken zal worden van een vergelijkbare situatie. Het Hof van Justitie lijkt het laatste woord over de voor directe discriminatie vereiste mate van vergelijkbaarheid van de situatie nu echter geheel over te laten aan nationale rechters. Anders gezegd: het Hof ziet dit punt vermoedelijk niet als een kwestie van interpretatie van de woorden 'vergelijkbare situatie' zoals ze in de richtlijn voorkomen (en waarover het Hof zich zou kunnen uitspreken in een prejudiciële procedure), maar meer als een kwestie van het interpreteren van feiten en nationale regels.

7. In dit arrest zwijgt het Hof over de mogelijkheid dat de nationale rechter beslist dat er geen sprake is van een vergelijkbare situatie. Dan is er kennelijk volgens het Hof geen sprake van direct onderscheid naar seksuele gerichtheid. Wel van *indirecte* discriminatie op die grond? Daar is veel voor te zeggen. En het is een belangrijke vraag, omdat in de meeste lidstaten nog geen vorm van geregistreerd partnerschap is ingevoerd die in sterke mate op het huwelijk lijkt (zie hierboven onder 6). In de definitie van indirecte discriminatie in art. 2 van de richtlijn wordt geen vergelijkbare situatie verlangd (zie D. Schiek 'Indirect discrimination', in: Schiek, Waddington & Bell 2007, p. 468-471). Vereist is slechts dat hantering van een ogenschijnlijk neutrale maatstaf personen met een bepaalde seksuele gerichtheid, in vergelijking met andere personen, bijzonder benadeelt. Daarvan zal volgens mij altijd sprake zijn wanneer – in een land dat het huwelijk nog niet opengesteld heeft voor paren van hetzelfde geslacht – een nabestaandenpensioen alleen wordt toegekend aan gehuwde partners. Daarmee zullen immers naar verhouding veel meer paren van hetzelfde geslacht dan van verschillend geslacht worden benadeeld. Hierbij rijst dan echter de lastige vraag of dergelijk indirect onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden door een legitiem doel. Wellicht zullen rechters in verschillende landen snel geneigd zijn een dergelijke rechtvaardiging aan te nemen (bijvoorbeeld 'om het huwelijk te beschermen'). Vervolgens zullen zij echter óók nog hard moeten kunnen maken dat het onderscheid passend en noodzakelijk is – in de zin van art. 2 van de richtlijn – om dat doel te bereiken. En dat wordt moeilijk.

8. De richtlijn moest (in de vijftien oude lidstaten) uiterlijk op 2 december 2003 geïmplementeerd zijn, maar in Duitsland kwam de implementatiewetgeving pas later tot stand in de vorm van het Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz van 14 augustus 2006. De onderhavige zaak moest dus beslist worden los van die Duitse wetgeving. In zijn conclusie antwoordt advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer bevestigend op de vraag of de richtlijn in deze zaak rechtstreeks werkt. Het Hof lijkt het daarmee eens te zijn, maar gaat er niet expliciet op in. Overigens werd de richtlijn ook in Nederland te laat geïmplementeerd,

namelijk op 1 april 2004, toen de EG-implementatiewet Awgb van 21 februari 2004 in werking trad. Anders dan Duitsland kende Nederland daarvoor echter al wel een expliciet wettelijk verbod van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid op onder meer het terrein van de arbeid (sinds 1992 in artikel 429quater van het Wetboek van Strafrecht, en sinds 1994 bovendien in de Algemene wet gelijke behandeling).

9. Wat betreft de bevestigend beantwoorde vraag of een nabestaandenpensioen zoals Maruko dat wenst te ontvangen gezien moet worden als 'beloning' – dan wel als een vorm van sociale zekerheid die niet door de richtlijn wordt bestreken – sluit het Hof zich in dit arrest aan bij bestaande jurisprudentie met betrekking tot art. 141 van het EG-Verdrag. Dat lag ook voor de hand, omdat punt 13 van de considerans van de richtlijn ter toelichting op art. 3 van de richtlijn ook verwijst naar dat verdragsartikel inzake gelijke beloning van mannen en vrouwen.

10. De overwegingen met betrekking tot het controversiële punt 22 van de considerans van de richtlijn zijn belangwekkender. De situatie was als volgt. Verschillende lidstaten (waaronder Ierland, Italië en het Verenigd Koninkrijk) hebben in punt 22 een rechtvaardiging gezocht om op het verbod van homodiscriminatie een extra uitzondering te maken voor onderscheid ten voordele van gehuwden. Een Britse rechter heeft in 2004 zelfs geoordeeld dat dit punt van de considerans daar inderdaad een grondslag voor biedt (zie M.H.S. Gijzen, *Selected Issues in Equal Treatment Law*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 364-370, waar ook beschreven staat hoe deze Britse uitzondering ter gelegenheid van de invoering van geregistreerd partnerschap in 2005 danig is ingeperkt). En in allerlei lidstaten bestonden of bestaan regelingen, zoals die van het pensioenfonds Vddb van de overleden partner van Maruko, waarin bepaalde faciliteiten gereserveerd worden voor gehuwde partners. Eerder heb ik het standpunt ingenomen dat punt 22 van de considerans geen afbreuk kan doen aan het verbod dat de richtlijn voorschrijft voor directe en indirecte discriminatie op grond van seksuele gerichtheid, maar dat het wel een rol kan spelen bij de vraag of er een objectieve rechtvaardiging is voor enig indirect onderscheid (Waaldijk & Bonini-Baraldi 2006 p. 113-114). Het Hof van

Justitie is nog duidelijker: als iets binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, doet punt 22 van de considerans daar niets aan af. Dat betekent dat de genoemde omstrede uitzonderingen en regelingen er niet door gered worden.

mr. C. Waaldijk
Universitair hoofddocent
E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek
Universiteit Leiden

66

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
12 februari 2008
(Costa (President), Rozakis, Bratza, Zupančič, Lorenzen, Tulkens, Loucaides, Cabral Barreto, Bîrsan, Vajić, Ugrekhelidze, Kovler, Zagrebelsky, Mularoni, Fura-Sandström, Myjer, Popović)
Commentaar Van der Velde

Advies. Benoeming rechters Hof. Kandidatenlijst. Geslacht. Parlementaire Vergadering.

[EVRM art. 21 lid 1, 22, 47]

Op 17 juli 2007 heeft het Comité van Ministers in overeenstemming met art. 47 EVRM het Hof advies gevraagd inzake de volgende vragen:

(a) Kan een kandidatenlijst voor de functie van rechter in het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die voldoet aan de criteria zoals vermeld in art. 22, worden geweigerd enkel op basis van geslachtgerelateerde issues?

(b) Zijn Resolutie 1366 (2004) en Resolutie 1426 (2005) in strijd met de verantwoordelijkheid van de Parlementaire Vergadering onder art. 22 een lijst in behandeling te nemen, of een naam op een dergelijke lijst, op basis van de criteria zoals vermeld in art. 21?

De rechters van het Hof worden gekozen door de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa ingevolge art. 22. Deze verkiezing gebeurt op basis van een lijst met de namen van drie kandidaten afkomstig uit de betreffende verdragsstaat. De Parlementaire Vergadering heeft in Resoluties 1366 en 1426 vastgelegd dat zij geen lijsten in behandeling neemt waarop niet ten minste één kan-