Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 5. september 2018 [1]

Sag C-258/17

E.B.
mod
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol, Østrig))

»Anmodning om præjudiciel afgørelse – socialpolitik – ligebehandling – forbud mod forskelsbehandling på grund af seksuel orientering – homoseksuelle forhold med mindreårige – disciplinære sanktioner iværksat over for tjenestemand hos politiet efter straffedom – opretholdelse af disciplinærafgørelsens virkninger«

I. Indledning

1. E.B. (herefter »appellanten«) er født i 1942. Han blev i 1974, mens han var ansat hos det østrigske politi, idømt en straffedom for forsøg på homoseksuelle handlinger med personer, som var 14 og 15 år. I relation til disse handlinger blev der i 1975 over for appellanten iværksat en disciplinær sanktion i form af førtidig pensionering fra politiet med en nedsættelse af hans pension med 25%.

2. Østrigsk ret fastsatte på daværende tidspunkt to forskellige strafbare handlinger: »anden kønslig omgang« (seksuelle handlinger med personer *under 14 år*) og »usædelighed« (*mandlige* homoseksuelle handlinger med personer *under 18 år*). I 2002 blev sidstnævnte strafbare handling anset for at udgøre uberettiget forskelsbehandling på grund af seksuel orientering. Den blev ophævet.

3. I hovedsagen har appellanten i det væsentlige anfægtet, at han fortsat modtager en nedsat pension, idet han har gjort gældende, at den strafferetlige og disciplinære sanktion, der var iværksat over for ham, var udtryk for forskelsbehandling på grund af seksuel orientering.

4. På denne retlige og faktiske baggrund ønsker Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol, Østrig) oplyst, om nedsættelsen af appellantens pension er forenelig med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af seksuel orientering i henhold til artikel 2 i direktiv 2000/78/EF [2], selv hvis den oprindelige disciplinærafgørelse var blevet endelig, inden dette direktiv trådte i kraft. Den forelæggende ret har også stillet en række spørgsmål med hensyn til, hvordan og fra hvilket tidspunkt forskelsbehandlingen muligvis ville skulle afhjælpes.

1 – Originalsprog: engelsk.

2 – Rådets direktiv af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT 2000, L 303, s. 16).

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

5. I artikel 1 i direktiv 2000/78 nævnes bl.a. den seksuelle orientering som en af de grunde, der ikke må føre til forskelsbehandling.

6. Artikel 2, stk. 1, artikel 2, stk. 2, litra a), artikel 3, stk. 1, litra c), og artikel 17 i direktiv 2000/78 har følgende ordlyd:

»Artikel 2

Begrebet forskelsbehandling

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

2. I henhold til stk. 1

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

[…]

Artikel 3

Anvendelsesområde

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

[…]

c) ansættelses- og arbejdsvilkår, herunder afskedigelse og løn

[…]

Artikel 17

Sanktioner

Medlemsstaterne fastsætter, hvilke sanktioner der skal anvendes ved overtrædelse af de nationale bestemmelser, der er vedtaget til gennemførelse af dette direktiv, og tager alle nødvendige skridt til at sikre deres iværksættelse. Sanktionerne, der kan indebære, at der ydes ofret skadeserstatning, skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning. Medlemsstaterne giver senest den 2. december 2003 Kommissionen meddelelse herom og underretter den endvidere hurtigst muligt om senere ændringer.«

7. I henhold til artikel 18, første punktum, skulle direktivet i princippet være gennemført senest den 2. december 2003.

B. National ret

1. Strafferet

8. Den 25. februar 1974 var §§ 128 og 129 i Strafgesetz (straffeloven, herefter »StG«), som affattet ved Bundesgesetz BGBl. nr. 273/1971 (herefter »forbundsloven af 1971«), gældende. De var affattet som følger:

»Anden kønslig omgang

§ 128

Den, som kønsligt misbruger en dreng eller en pige under 14 år til at tilfredsstille sine lyster på en anden måde end den i § 127 beskrevne, begår forbrydelsen anden kønslig omgang og straffes med fængsel i et til fem år, ved særligt skærpende omstændigheder i op til ti år, og såfremt en af de i § 126 nævnte følger indtræder, i op til 20 år.

Usædelighed

[…]

§ 129

Som forbrydelser straffes også følgende former for usædelighed:

I. Usædelig omgang udført af en mandlig person over 18 år med en person af samme køn under 18 år.«

9. De nævnte straffebestemmelser fastsatte altså forskellige aldersgrænser for homoseksuelle kontakter (18 år) på den ene side og heteroseksuelle eller lesbiske kontakter (14 år) på den anden side.

10. Det samme var gældende for lovgivningen efter §§ 207 og 209 i Strafgesetzbuch (straffeloven, herefter »StGB«), som trådte i kraft den 1. januar 1975.

11. Ved dom af 21. juni 2002 [3] erklærede Verfassungsgerichtshof (forfatningsdomstol, Østrig) StGB's § 209 (som svarede til StG's § 129 I) forfatningsstridig. Den blev ophævet med virkning fra den 28. februar 2003.

12. Den østrigske lovgiver kom denne ophævelses ikrafttræden i forkøbet, idet StGB's § 209 blev ophævet ved forbundslov BGBl. I nr. 134/2002 (herefter »forbundslov nr. 134/2002«) med virkning allerede fra den 13. august 2002.

13. Østrig blev dømt ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) i forbindelse med anvendelsen af StGB's § 209. Menneskerettighedsdomstolen lagde i dom L. og V. mod Østrig i det væsentlige til grund, at StGB's § 209 var i strid med artikel 8 og 14 i den europæiske menneskerettighedskonvention (herefter »EMRK«), idet den forskellige aldersgrænse med hensyn til homoseksuelle kontakter med voksne på den ene side og heteroseksuelle eller lesbiske kontakter med voksne på den anden side ikke var tilstrækkeligt begrundet [4].

3 – Dom afsagt af Verfassungsgerichtshof (forfatningsdomstol) den 21.6.2002, G 6/02 (ECLI:AT:VFGH:2002:G6.2002).

4 – Menneskerettighedsdomstolens dom af 9.1.2003, L. og V. mod Østrig (CE:ECHR:2003:0109JUD003939298); jf. ligeledes dom af 9.1.2003, S.L. mod Østrig (CE:ECHR:2003:0109JUD004533099), og af 21.10.2004, Woditschka og Wilfling mod Østrig (CE:ECHR:2004:1021JUD006975601).

2. Tjenestemandsret

14. I henhold til § 13, stk. 1, i Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (tjenestelov for tjenestemænd af 1979, herefter »BDG 1979«) i denne paragrafs affattelse ved Bundesgesetz BGBl. I nr. 119/2002 (herefter »forbundslov nr. 119/2002«), som var gældende frem til den 30. december 2016, blev tjenestemanden pensioneret ved udløbet af det 65. år efter hans fødsel.

15. For appellanten, som er født i 1942, ville dette – såfremt han ikke var blevet idømt en disciplinær straf – have været den 1. januar 2008. De vigtigste dagældende bestemmelser om pensionsberegning var indeholdt i Pensionsgesetz (PG) 1965 (herefter »pensionsloven af 1965«) som affattet ved Bundesgesetz BGBl. I nr. 53/2007 (herefter »forbundsloven af 2007«). Disse bestemmelser fastsatte regler om, hvordan pensioner skal beregnes, herunder under hensyntagen til datoen for tiltrædelsen af tjenesten og anciennitet i tjenesten.

3. Tjenesteregulativ

16. Disciplinærafgørelsen mod appellanten af 10. juni 1975 blev truffet på grundlag af det dagældende Dienstpragmatik (tjenesteregulativ, RGBl. nr. 15/1914) (herefter »tjenesteregulativet«). Tjenesteregulativets artikel 24 og 87 havde følgende ordlyd:

»Adfærd

Artikel 24

(1) En tjenestemand skal i og uden for tjenesten overholde de fagetiske krav, til enhver tid forholde sig i overensstemmelse med adfærdsreglerne og undgå alt, der kunne svække den anseelse og tillid, som stillingen kræver.

[…]

Disciplinære sanktioner

Artikel 87

Tjenestemænd, der ikke overholder deres faglige og officielle pligter, omfattes – uden at dette berører deres strafansvar – af administrative eller disciplinære sanktioner, alt efter om pligtforsømmelsen kun udgør en administrativ overtrædelse eller i betragtning af skaden for eller krænkelsen af statens interesser, forseelsens art eller grovhed, gentagelsen eller andre skærpende omstændigheder anses for at være en tjenestefejl.«

III. Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og præjudicielle spørgsmål

17. Appellanten, som er født den 1. januar 1942, er pensioneret.

18. Ved dom af 10. september 1974 blev appellanten, som på daværende tidspunkt var politibetjent i aktiv tjeneste, dømt for forsøg på usædelig omgang med en person af samme køn i henhold til StG's § 129 I. Han blev idømt en fængselsstraf på tre måneder, som blev gjort betinget med en prøvetid på tre år. Appellanten appellerede denne førsteinstansafgørelse, men fik ikke medhold.

19. Ved afgørelse af 10. juni 1975 afsagt af disciplinærudvalget ved Bundespolizeidirektion Wien (forbundspolitiet i Wien, Østrig, herefter »BPD Wien«) blev appellanten kendt skyldig i:

»at have tilsidesat sin tjenestepligt (tjenesteregulativets § 24, stk. 1), idet han den 25. februar 1974 om aftenen, uden for tjeneste, i forlystelsesparken Wiener Prater opfordrede den 15-årige W og den 14-årige H til at foretage en såkaldt håndonani på ham, hvorfor han blev dømt for forsøg på utugt med unge af samme køn i henhold til StG's §§ 8 og 129 I.

Han begik derved en tjenesteforseelse (tjenesteregulativets § 87). Han idømmes derfor en disciplinærstraf i form af permanent pensionering med nedsat pension, idet fradraget fra den normale pension fastsættes til 25% [tjenesteregulativets § 93, stk. 1, litra d), sammenholdt med § 97, stk. 1].«

20. Appellantens appel blev forkastet ved afgørelse af 24. marts 1976. Appellanten blev dermed tvunget til at lade sig pensionere med virkning fra den 1. april 1976.

21. Ved afgørelse af 17. maj 1976 blev appellantens pension beregnet på basis af hans pensionering med virkning fra den 1. april 1976 og under hensyntagen til det fradrag på 25%, som var fastsat af disciplinærmyndigheden.

22. Det blev bekræftet under retsmødet, at appellanten begyndte at modtage en nedsat pension fra dette tidspunkt.

23. Som anført ovenfor i punkt 11 og 12, blev StGB's § 209 (som svarede til StG's § 129 I) ved Verfassungsgerichtshofs (forfatningsdomstol) afgørelse af 21. juni 2002 kendt forfatningsstridig og senere samme år ophævet af den østrigske lovgiver.

24. Ved skrivelse af 2. juni 2008 anmodede appellanten disciplinærmyndigheden om bl.a. at ophæve disciplinærafgørelsen af 10. juni 1975 og indstille disciplinærsagen mod ham, subsidiært at fastslå, at retsvirkningerne af denne disciplinærafgørelse var bortfaldet den 21. juni 2002. Han begærede endvidere udbetaling af løn for nærmere definerede perioder, subsidiært annullation af nedsættelsen af pensionen fra den 21. juni 2002.

25. Disse anmodninger blev afvist.

26. Den 11. februar 2009 anmodede appellanten tjeneste- og pensionsmyndigheden om beregning og efterbetaling af løn for aktiv tjeneste, henholdsvis højere pension. Han gjorde primært gældende, at han for at undgå (fortsat) forskelsbehandling løn- og pensionsretligt skulle stilles, som om han havde været i aktiv tjeneste frem til den lovbestemte pensionsalder. Subsidiært gjorde han gældende, at han i det mindste var berettiget til en pension uden nedsættelsen med 25%.

27. Disse anmodninger blev afvist. En anfægtelse heraf for Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager, Østrig) blev afvist. En ekstraordinær appel til prøvelse af denne dom er blevet iværksat ved Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol), som er den forelæggende ret i denne sag.

28. I sin anmodning om præjudiciel afgørelse har den forelæggende ret lagt til grund, at en negativ disciplinærafgørelse som den, der er truffet i relation til appellanten, ikke ville kunne afsiges, efter at direktiv 2000/78 trådte i kraft i Østrig. I mangel af (nye) begrundelser for en forskellig aldersgrænse for mandlige homoseksuelle kontakter med voksne på den ene side og for heteroseksuelle og lesbiske kontakter med voksne på den anden side ville det være ulovligt, også for så vidt angår disciplinærretten, at sondre mellem voksnes opfordring af en mindreårig person til homoseksuelle handlinger og voksnes opfordring af denne til heteroseksuelle eller lesbiske handlinger.

29. Ifølge den forelæggende ret beroede den omtvistede disciplinærafgørelse »uden tvivl« på en sådan sondring, idet den centralt støttede sig på, at den adfærd, som appellanten blev lagt til last, var strafbar i henhold til loven (på daværende tidspunkt). Selv om det ikke ville kunne udelukkes, at en sammenlignelig opfordring til heteroseksuelle eller lesbiske handlinger ville være blevet fortolket som en tilsidesættelse af tjenestepligter, ville en eventuel disciplinærretlig dom, da gerningsholdet i StG's § 129 I ikke er realiseret, have været »betydeligt mildere«.

30. I lyset af disse betragtninger har den forelæggende ret rejst det spørgsmål, hvilke virkninger ikrafttrædelsen af direktiv 2000/78 og forbuddet mod forskelsbehandling på grund af seksuel orientering har for appellantens løbende pensionsudbetalinger. Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol) har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Er artikel 2 i [direktiv 2000/78 (herefter »direktivet«)] til hinder for at opretholde den retsskabende virkning af en efter national ret retskraftig administrativ afgørelse inden for disciplinærretten for tjenestemænd (disciplinærafgørelse), hvorved der blev fastsat en pensionering af tjenestemanden med nedsat pension, når

EU-retlige bestemmelser, navnlig direktivet, endnu ikke fandt anvendelse på den nævnte administrative afgørelse på tidspunktet for dens vedtagelse, men

en (tænkt) tilsvarende afgørelse ville være i strid med direktivet, hvis den blev vedtaget inden for dettes anvendelsesområde ratione temporis?

2) I bekræftende fald, er det for at tilvejebringe en tilstand uden forskelsbehandling

a) set fra et EU-retligt synspunkt nødvendigt med hensyn til beregningen af pensionen at stille tjenestemanden på samme måde, som hvis han i perioden mellem den administrative afgørelses ikrafttræden og hans lovbestemte pensionsalders indtræden ikke havde været på pension, men derimod i aktiv tjeneste, eller er det

b) til dette formål tilstrækkeligt at anerkende den fulde pension, som den pågældende er berettiget til som følge af pensioneringen på det i den administrative afgørelse nævnte tidspunkt, som rimelig?

3) Afhænger besvarelsen af det andet spørgsmål af, om tjenestemanden aktivt har tilstræbt en faktisk optagelse af en aktiv gerning i forbundsstatens tjeneste før pensionsalderens indtræden?

4) Såfremt det (eventuelt også afhængigt af de i det tredje spørgsmål nævnte omstændigheder) anses for tilstrækkeligt at annullere den procentvise nedsættelse af pensionen:

Kan direktivets forbud mod forskelsbehandling [da] begrunde, at dette har forrang frem for modstridende nationale bestemmelser, som skal følges af en national dommer ved beregningen af pensionen, også for de optjeningsperioder, som ligger før det tidspunkt, hvor direktivet blev direkte anvendeligt i national ret?

5) Såfremt det fjerde spørgsmål besvares bekræftende: Hvilket tidspunkt refererer en sådan »tilbagevirkende kraft« til?«

31. Appellanten, den italienske og den østrigske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Disse procesdeltagere, med undtagelse af den italienske regering, afgav desuden mundtlige indlæg i retsmødet den 29. maj 2018.

IV. Bedømmelse

32. Kan en ny bestemmelse påberåbes til at anfægte de fortsatte virkninger af en administrativ afgørelse, der blev vedtaget og blev endelig, inden den nye bestemmelse fandt anvendelse? Dette er det grundlæggende spørgsmål, der er rejst i den forelæggende rets første spørgsmål.

33. Under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende er svaret efter min opfattelse »nej«.

34. I betragtning af mit forslag til besvarelse af dette første spørgsmål (afsnit A nedenfor) er det ufornødent at besvare de resterende spørgsmål. Såfremt Domstolen skulle nå til en anden konklusion, vil jeg dog også kort behandle de emner, som rejstes i disse spørgsmål (afsnit B og C), samt relevansen af artikel 157 TEUF (tidligere artikel 141 EF) for den foreliggende sag. Sidstnævnte bestemmelse nævnes ikke i den forelæggende rets spørgsmål, men er blevet rejst af appellanten (afsnit D).

A. Det første spørgsmål

35. Såfremt en administrativ afgørelse, der indebærer forskelsbehandling på grund af seksuel orientering og fører til en nedsættelse af pensionen, blev endelig, inden en sådan forskelsbehandling blev forbudt ved direktiv 2000/78, kan denne nedsættelse af pensionen så ikke længere opretholdes, efter at direktivet nu er trådt i kraft? Dette er det centrale i den forelæggende rets første spørgsmål.

36. Ifølge forelæggelsesafgørelsen vedrører det første spørgsmål ikke gyldigheden af afgørelsen om pensionering og nedsættelse af appellantens pension. Den pågældende afgørelse blev anfægtet i 1970'erne, og appellanten forsøgte igen (uden held) at anfægte den efter ophævelsen af den krænkende strafferetsbestemmelse.

37. For så vidt som den administrative afgørelse indebar forskelsbehandling, ønsker den forelæggende ret med det første spørgsmål snarere oplyst, om det er i strid med direktiv 2000/78 at *opretholde virkningerne* af denne afgørelse med hensyn til en *fortsat nedsat pension*.

38. Jeg vil ved gennemgangen af dette spørgsmål indledningsvis henvise til Domstolens generelle tilgang til den tidsmæssige anvendelse af nye bestemmelser på de fortsatte virkninger af allerede eksisterende situationer (afsnit 1). Jeg vil derefter behandle Domstolens specifikke tilgang i sager vedrørende pensioner (afsnit 2). Dernæst vil jeg gennemgå retspraksis vedrørende fortsatte forhold (afsnit 3) og omfanget af pligten til at omgøre tidligere afgørelser (afsnit 4). Endelig vil jeg anvende disse konstateringer på den foreliggende sag (afsnit 5).

39. Inden jeg imidlertid behandler disse spørgsmål, vil jeg fremsætte to indledende bemærkninger.

40. For det første synes der at være enighed om, at den forskellige *strafferetlige* behandling af seksuelle forhold med mindreårige, alt efter disse forholds homoseksuelle eller heteroseksuelle art, som var gældende efter østrigsk ret i 1974, ikke ville være acceptabel *i dag*. Dette ville så logisk set også gælde for henvisningerne til appellantens seksualitet i begrundelsen i den *disciplinære* afgørelse. Ingen af disse tilkendegivelser er da heller ikke blevet anfægtet af den østrigske regering. Alligevel har den østrigske regering – uden at dette er blevet modsagt – anført, at både den strafferetlige og den disciplinære sanktion var fuldt ud lovlig efter østrigsk ret i 1974 og 1975. Den østrigske regering har endvidere anført, at de var i overensstemmelse med de på daværende tidspunkt fremherskende europæiske standarder, som har udviklet sig siden da.

41. For det andet er i forbindelse med den foreliggende sag det præcise forhold mellem den strafferetlige og den disciplinære sanktion i hovedsagen meget mindre klart. Der har – både i de skriftlige indlæg og under retsmødet – navnlig været ret omfattende drøftelser af, hvorvidt en disciplinær sanktion (af en vis strenghed) var en nødvendig konsekvens af straffedommen. På den ene

side sondres der i de (ret generelt udformede [5]) disciplinære regler for tjenestemænd, i modsætning til i strafferetten, ikke formelt mellem homoseksuel eller heteroseksuel adfærd. På den anden side har den forelæggende ret i sin forelæggelsesafgørelse anført, at hvis der ikke havde foreligget en straffedom, ville de disciplinære foranstaltninger have været »betydeligt mildere«.

42. Som svar på spørgsmål vedrørende det præcise forhold mellem strafferetlige og disciplinære sanktioner har den østrigske regering anført, at en endelig strafferetlig sanktion over for en politibetjent i 1974 ikke nødvendigvis var *tilstrækkelig* til en automatisk afskedigelse [6]. En sådan dom var imidlertid heller ikke *nødvendig* for at iværksætte disciplinære sanktioner. Østrigske politibetjente skulle i 1974 både i og uden for tjenesten forholde sig i overensstemmelse med de højeste standarder. Den omstændighed, at en bestemt adfærd ikke var omfattet af en straffedom (eller overhovedet ikke var strafbar), indebar således ikke, at den ikke var forbundet med problemer i henhold til de disciplinære regler. I denne henseende har den østrigske regering – uden at dette er blevet anfægtet – anført, at en 32-årig politibetjents seksuelle opfordring over for 14- og 15-årige i en offentlig park, helt *uafhængigt af* seksuel orientering, ikke kunne betragtes som retskaffen adfærd. Den forelæggende ret har faktisk bekræftet, at en sammenlignelig opfordring til heteroseksuelle handlinger over for mindreårige i offentlige parker kunne have været fortolket som en tilsidesættelse af tjenestepligter, som på daværende tidspunkt skulle forfølges.

43. Jeg udleder to konklusioner af disse tilkendegivelser. For det første forstår jeg, at *selve eksistensen* af en endelig straffedom mod en politibetjent pr. definition skulle betragtes som en tilsidesættelse af dennes tjenestepligt. Det er temmelig klart, at kravene til politibetjentes adfærd er højere end blot »ikke at begå strafbare handlinger«. I denne henseende er det derfor meget logisk, at eksistensen af en straffedom pr. definition havde direkte følger for rækken af mulige sanktioner, og at disse var »markant hårdere« end i tilfælde, hvor der ikke var afsagt en straffedom [7]. For det andet forstår jeg også, at ud over denne ensidige følge (fra eksistensen af straffedommen til den disciplinære sanktion) med hensyn til strengheden af den disciplinære sanktion var en straffedom *ikke en nødvendig forudsætning* for vedtagelsen af denne disciplinære sanktion.

1. Tidsmæssig anvendelse af nye bestemmelser

a) Den generelle tilgang

44. Ifølge Domstolens faste praksis finder en ny regel principielt øjeblikkelig anvendelse på »endnu ikke indtrådte virkninger af en situation, der er opstået, mens den gamle regel var gældende«, og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning må ikke udvides så langt, at det »generelt forhindrer, at en ny ordning finder anvendelse på endnu ikke indtrådte virkninger af en situation, der er opstået, mens den gamle regel var gældende« [8].

45. For at sikre overholdelsen af retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning skal EU-rettens materielle regler imidlertid fortolkes således, at de kun omfatter »forhold, som ligger forud for ikrafttrædelsen«, såfremt det »af ordlyden, bestemmelsernes formål eller opbygning klart fremgår, at dette har været meningen« [9].

5 – Tjenesteregulativets artikel 24; jf. ovenfor i punkt 16 i dette forslag til afgørelse.

6 – Den tilføjede, at en endelig straffedom mod en tjenestemand i henhold til de gældende nationale bestemmelser automatisk medfører, at tjenesteforholdet ophører som følge af loven, uden at det i den henseende er nødvendigt at træffe en disciplinærafgørelse.

7 – Dette fremgår allerede af ordlyden af tjenesteregulativets dagældende artikel 87 (ovenfor, punkt 16).

8 – Jf. f.eks. dom af 16.5.1979, Tomadini (84/78, EU:C:1979:129, præmis 21), og af 6.10.2015, Kommissionen mod Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647, præmis 49).

9 – Dom af 6.10.2015, Kommissionen mod Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647, præmis 50).

46. Ifølge en anden af Domstolens formuleringer finder en ny retsregel »ikke […] anvendelse på retlige situationer, der er opstået og endeligt fastlagt, mens den tidligere lov var gældende, [men] skal anvendes på disses fremtidige virkninger og på nye retlige situationer. Noget andet gælder kun – og med forbehold af det principielle forbud mod retsakters tilbagevirkende kraft – såfremt den nye retsregel er ledsaget af særbestemmelser, som specielt regulerer dens tidsmæssige anvendelse« [10].

47. De generelle regler, der følger af disse sager, kunne således beskrives på følgende måde: i) ingen anvendelse af nye regler på »definitive situationer«, der opstod og blev afgjort, mens de tidligere regler var gældende, og ii) anvendelse af nye regler på fremtidige virkninger af »eksisterende situationer«, som skaber fortsatte virkninger. Ældre omstændigheder kan endvidere kun tages i betragtning i forbindelse med en ny retlig vurdering efter de nye regler, hvis en sådan vurdering er fastsat eller nødvendig på grund af de nye reglers art eller struktur.

48. Den samme tilgang kommer også til udtryk i forbindelse med en ny medlemsstats tiltrædelse af Den Europæiske Union [11], både med hensyn til den nationale anvendelse af (nye) EU-retlige bestemmelser og Domstolens kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om spørgsmål vedrørende sådanne situationer. Tidligere faktiske omstændigheder (dvs. faktiske omstændigheder før tiltrædelsen) kan tages i betragtning, hvis de er relevante og skal vurderes (på ny) i forbindelse med anvendelsen af de nye bestemmelser efter tiltrædelsen [12]. Således tilkom det f.eks. ikke Domstolen efter tiltrædelsen igen at foretage en materiel vurdering af, hvorvidt vilkår i en forbrugeraftale, der var indgået inden tiltrædelsen, var urimelige, selv om den pågældende aftale faktisk skulle gennemføres efter tiltrædelsen [13]. I modsætning hertil havde Domstolen kompetence til at vurdere, hvorvidt national lovgivning om begrænsning af morarenter, som vedrørte en retlig transaktion, der var indgået længe inden tiltrædelsen, men havde fortsatte virkninger (og deres endelige beregning) efter tiltrædelsen, var forenelig med EU-retten [14].

b) Ciola

49. Appellanten og Kommissionen har i såvel deres skriftlige som mundtlige indlæg i vidt omfang påberåbt sig Domstolens dom i Ciola-sagen [15]. Der bør absolut ses nærmere på denne dom, da den viser, hvordan de generelle retningslinjer, der er beskrevet i ovenstående afsnit, anvendes i forbindelse med en konkret sag.

50. Den magiske dato i Ciola-sagen var den 1. januar 1995, hvor Østrig tiltrådte De Europæiske Fællesskaber. På denne dato trådte – naturligvis bortset fra eventuelle eksplicitte undtagelser – fællesskabsretten, herunder bestemmelserne om fri bevægelighed, fuldt ud i kraft og fandt umiddelbar anvendelse i denne nye medlemsstat.

10 – Dom af 26.3.2015, Kommissionen mod Moravia Gas Storage (C-596/13 P, EU:C:2015:203, præmis 32).

11 – Hvilket på en måde ikke adskiller sig principielt, men kun omfangsmæssigt (hele retsordenen, hvis den faktisk blev »ændret«).

12 – Jf. f.eks. dom af 14.6.2007, Telefónica O2 Czech Republic (C-64/06, EU:C:2007:348) (procedure for myndigheden i gang på tidspunktet for tiltrædelsen, afgørelse efter tiltrædelsen), af 22.12.2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816, præmis 22-27) (anmodning om tilladelse før tiltrædelsen, ny afgørelse vedtaget efter tiltrædelsen), af 24.11.2011, Circul Globus Bucureşti (C-283/10, EU:C:2011:772, præmis 29) (licensaftale før tiltrædelsen, påstået krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder efter tiltrædelsen), af 12.9.2013, Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, præmis 30) (ansættelseskontrakt før tiltrædelsen, pension efter tiltrædelsen), og af 3.9.2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, præmis 21-24) (arbejdsulykke før tiltrædelsen, anfægtelse af den pågældende retsakt efter tiltrædelsen).

13 – Dom af 10.1.2006, Ynos (C-302/04, EU:C:2006:9).

14 – Dom af 15.12.2016, Nemec (C-256/15, EU:C:2016:954).

15 – Dom af 29.4.1999 (C-224/97, EU:C:1999:212).

51. Erich Ciolas selskab ejede og udlejede 200 bådpladser til lystbåde i den østrigske del af Bodensee. I henhold til en forvaltningsafgørelse fra 1990 kunne maksimalt 60 bådpladser udlejes til personer med bopæl i udlandet[16]. Hvert år skulle der fremsendes en liste over de bådpladser, som var tildelt personer med bopæl i udlandet[17].

52. Den 10. juli 1996 (18 måneder efter tiltrædelsen) blev der vedtaget en ny individuel forvaltningsafgørelse, hvori selskabet blev fundet skyldigt i i januar og maj 1995, ud over kvoten på 60, at have udlejet to bådpladser til personer med bopæl i udlandet. Erich Ciola blev idømt bøder for hver af disse overtrædelser af forvaltningsafgørelsen fra 1990[18]. Erich Ciola iværksatte appel til prøvelse af afgørelsen fra 1996 om at pålægge en sanktion. Sagen blev forelagt Domstolen, og den forelæggende rets andet spørgsmål vedrørte i betragtning af, at den oprindelige forvaltningsafgørelse var blevet endelig før tiltrædelsen, udtrykkeligt dette forbuds anvendelsesområde ratione temporis.

53. Domstolen indledte sine betragtninger med at konstatere, at bestemmelserne om fri udveksling af tjenesteydelser var til hinder for at fastsætte en bådpladskvote for personer med bopæl i udlandet. Domstolen tilføjede imidlertid, at »tvisten ikke vedrører spørgsmålet, hvad der skal ske med forvaltningsafgørelsen selv, her afgørelsen af 9. august 1990, men spørgsmålet, om en sådan afgørelse skal tilsidesættes *ved vurderingen af, om det er berettiget at pålægge en sanktion* [efter tiltrædelsesdatoen] for manglende overholdelse af en forpligtelse, som følger heraf, fordi den er uforenelig med princippet om fri udveksling af tjenesteydelser«[19]. Domstolen konkluderede, at en sådan afgørelse skal undlades anvendt.

54. I den foreliggende sag er appellanten af den opfattelse, at det i realiteten kan udledes af Ciola-dommen, at en person, der lider under de negative virkninger af en forvaltningsafgørelse, har ret til at få disse virkninger neutraliseret, hvis forvaltningsafgørelsen hypotetisk *havde været* uforenelig med nye retsregler, hvis den var blevet vedtaget efter disse nye reglers ikrafttræden.

55. En sådan konklusion følger imidlertid ikke af Ciola-dommen. I Ciola-dommen anfægtede sagsøgeren *berettigelsen af en bøde*, der var pålagt ved en afgørelse vedtaget *efter ikrafttrædelsen* af bestemmelserne om fri bevægelighed i Østrig. Endvidere blev bøden pålagt *for handlinger* udført af Erich Ciolas selskab – udlejningen af bådpladser i januar og maj 1995 – som *selv* fandt sted efter tiltrædelsen.

56. Det er derfor klart, at der i Ciola-dommen var tale om en ny anvendelse af de nye bestemmelser, der var gældende efter tiltrædelsen, hvilket var logisk nødvendigt for at vurdere en ny situation. Faktiske omstændigheder efter tiltrædelsen (udlejning af bådpladser) skulle evalueres og tilpasses de nye bestemmelser efter tiltrædelsen (national ret tilpasset for fremtiden for at være forenelig med de nye EU-retlige bestemmelser). Endvidere var der klart ikke tale om en »neutralisering« af (tidligere) virkninger af afgørelsen fra 1990 i den af appellanten anførte forstand. Domstolen fastslog ikke, at denne afgørelse skulle prøves, eller at der skulle betales erstatning for dens tidligere eksistens. I stedet krævedes det blot, at denne gamle afgørelse, som blev uforenelig med de nye bestemmelser, der var gældende efter 1995, med en helt ny retsanvendelse ikke længere kunne anvendes i forbindelse med pålæggelsen af administrative sanktioner efter tiltrædelsen.

16 – Dom af 29.4.1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, præmis 3 og 4).

17 – Generaladvokat Mischos forslag til afgørelse Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, punkt 5).

18 – Dom af 29.4.1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, præmis 8), og generaladvokat Mischos forslag til afgørelse Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, punkt 6).

19 – Dom af 29.4.1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, præmis 25 og 34), min fremhævelse. Jf. ligeledes generaladvokat Mischos forslag til afgørelse Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, punkt 40-43).

2. Specifik retspraksis vedrørende pensioner

57. Den generelle tilgang, der er beskrevet i ovenstående afsnit, gælder også i forbindelse med direktiv 2000/78 og pensionsordninger [20]. Det er imidlertid ikke nødvendigvis selvindlysende, præcist *hvordan* disse regler skal anvendes i det konkrete tilfælde. Der kan ikke ses bort fra de særlige forhold i forbindelse med pensionsordninger. Rettigheder optjenes og pensioner udbetales over årtier, hvor bestemmelserne kan blive ændret betydeligt. Den omstændighed, at pensionsrelaterede tvister kan vedrøre meget betydelige pengebeløb for den enkelte og, overordnet set, for staten og private pensionsfonde, gør det mere følsomt.

58. Dette er faktisk et væsentligt element, der går som en rød tråd gennem de domme, der bliver behandlet i dette afsnit i relation til pensioner. Størstedelen af disse sager vedrører afgørelser om pensioner, der er blevet vedtaget *efter* de nye bestemmelsers ikrafttræden.

a) Gamle faktiske omstændigheder, nye bestemmelser og nødvendigheden af en ny afgørelse

59. Der er mange domme, der specifikt vedrører pensioner, hvor Domstolen har bekræftet, at der ved fastsættelse af pensionsretten skal tages hensyn til omstændigheder, der ligger forud for ikrafttrædelsen af nye bestemmelser om forbud mod forskelsbehandling (navnlig tjenesteperioder).

60. Således vedrørte Bruno-sagen og O'Brien-sagen [21] f.eks. ligebehandling af deltids- og fuldtidsansatte i henhold til direktiv 97/81/EF [22]. Domstolen fastslog i disse sager, at der ved fastsættelsen af, om en person har opnået ret til en pension, skal tages hensyn til perioder med deltidsbeskæftigelse, der ligger forud for dette direktivs ikrafttræden [23]. I både Bruno-dommen og O'Brien-dommen skulle pensionsretten fastsættes *efter* direktivets ikrafttræden [24].

61. Dette var også tilfældet i Barber-sagen [25] og Ten Oever-sagen [26], som vedrørte angivelig forskelsbehandling på grund af køn i strid med artikel 119 EF. I disse sager blev pensionsretten fastsat *efter* ikrafttrædelsen af EØF-traktatens artikel 119 [27].

62. Maruko-sagen [28] vedrørte afslag på en ret til en efterladteydelse som følge af angivelig forskelsbehandling på grund af seksuel orientering i strid med direktiv 2000/78. Som i Ten Oever-sagen [29] fandt den pågældende begivenhed sted, og den nye afgørelse blev truffet (en partners dødsfald og afgørelse om at afslå efterladteydelse), *efter* at gennemførelsesfristen var udløbet [30].

20 – Dom af 1.4.2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179), og af 10.5.2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286). Visse pensionsordninger er imidlertid udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 2000/78 i henhold til det pågældende direktivs artikel 3, stk. 3.

21 – Dom af 10.6.2010, Bruno m.fl. (C-395/08 og C-396/08, EU:C:2010:329), og af 1.3.2012, O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110).

22 – Rådets direktiv af 15.12.1997 om rammeaftalen vedrørende deltidsarbejde, der er indgået af Unice, CEEP og EFS – Bilag: Rammeaftale om deltidsarbejde (EFT 1998, L 14, s. 9).

23 – Dom af 10.6.2010, Bruno m.fl. (C-395/08 og C-396/08, EU:C:2010:329, præmis 55), og af 1.3.2012, O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, præmis 24 og 25).

24 – I O'Brien-sagen i 2005. Med hensyn til Bruno-sagen bekræfter Domstolen ikke dette udtrykkeligt, men den omstændighed, at ingen af sagsøgerne var pensioneret, fremgår implicit af dommens præmis 12. I sit forslag til afgørelse i Bruno-sagen anførte generaladvokat Sharpston, at »direktiv 97/81 [derfor regulerer] beregningen af det antal bidragsbetingede uger, der giver adgang til pension i hovedsagerne, *for så vidt som ingen af sagsøgerne var endeligt pensioneret inden direktivets ikrafttræden*. Det tilkommer den nationale ret at fastslå, hvorvidt dette er tilfældet«. Generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse Bruno m.fl. (C-395/08 og C-396/08, EU:C:2010:28, punkt 40). Min fremhævelse.

25 – Dom af 17.5.1990 (C-262/88, EU:C:1990:209).

26 – Dom af 6.10.1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

27 – I Ten Oever-sagen opstod den påståede ret til efterladtepension efter ægtefællens dødsfald i 1988. Douglas Harvey Barber blev afskediget i 1980.

28 – Dom af 1.4.2008 (C-267/06, EU:C:2008:179).

29 – Dom af 6.10.1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

30 – Jf. dom af 1.4.2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, præmis 21).

63. Kauer-sagen og Duchon-sagen vedrørte forskelsbehandling på grund af nationalitet [31]. I disse sager havde sagsøgerne søgt om en pension i Østrig *efter* tiltrædelsen og anmodet om, at der blev taget hensyn til visse omstændigheder, der var indtruffet i andre medlemsstater før tiltrædelsen (i Kauer-sagen børnepasningsperioder i Belgien og i Duchon-sagen en arbejdsulykke i Tyskland, som førte til erhvervsudygtighed).

64. Sammenfattende vedrører de ovennævnte sager om pensioner alle situationer, hvor omstændigheder, der ligger forud for nye bestemmelser, tages i betragtning ved vedtagelsen af en afgørelse *efter* de nye bestemmelsers ikrafttræden. Dette er fuldstændig i overensstemmelse med den generelle retspraksis, der er nævnt ovenfor: Det er tale om en fortsat faktisk situation, i relation til hvilken der skal foretages en ny retlig vurdering efter de nye bestemmelsers ikrafttræden. I sådanne situationer er det navnlig i forbindelse med social sikring helt logisk, at der skal tages hensyn til alle de relevante faktiske omstændigheder, der ligger forud for de nye bestemmelsers ikrafttræden.

65. Denne retspraksis kan efter min opfattelse derfor ikke overføres til den foreliggende sag, hvor omstændighederne, de bestemmelser, der finder anvendelse, samt den administrative afgørelse selv ligger forud for de nye bestemmelsers ikrafttræden. De eneste omstændigheder, der ligger efter de nye bestemmelsers ikrafttræden, er pensionsudbetalingerne til appellanten.

66. Dette gælder så meget desto mere, som den angiveligt diskriminerende afgørelse i den foreliggende sag indebærer vurdering og anvendelse af bestemmelser på omstændigheder, som ikke selv er *direkte* knyttet til retten til pension eller beregningen heraf. Den angivelige forskelsbehandling vedrører en disciplinærafgørelse, hvorved der – efter at appellantens skyld var bekræftet – blev iværksat en dobbelt disciplinær sanktion over for ham [32]. Der er naturligvis ingen tvivl om, at denne afgørelse har haft følger for appellantens pension [33]. I modsætning til de sager, der er behandlet i dette afsnit, vedrører den foreliggende sag imidlertid f.eks. ikke objektive betingelser for ret til ydelser på grundlag af den personlige situation eller tjenesteperioder. I stedet vedrører den en underliggende og særskilt disciplinærafgørelse vedrørende et konkret tilfælde.

b) Eksisterende pensioner, nye bestemmelser og aktuelle situationer

67. Römer-dommen [34], som alle procesdeltagere har henvist til, passer ikke helt ind i ovennævnte mønster. Den skal derfor undersøges nærmere.

68. I den pågældende sag var sagsøgeren faktisk allerede pensioneret og fik udbetalt pension, da han i 2001 (dvs. før udløbet af fristen for at gennemføre direktiv 2000/78) indgik registreret partnerskab med sin mandlige partner. Jürgen Römer fik afslag på at blive omfattet af den skatteklasse, der normalt fandt anvendelse i forbindelse med et (heteroseksuelt) ægteskab [35], og som ville have givet ham højere pensionsydelser.

69. Domstolen fastslog i det væsentlige, at for så vidt som der var tale om forskelsbehandling, kunne Jürgen Römer gøre krav på skattemæssig ligebehandling *fra udløbet af fristen for gennemførelse* af direktiv 2000/78. I modsætning til de andre sager, der er anført ovenfor, blev der imidlertid i Römer-sagen truffet afgørelse om sagsøgerens pensionsret, inden de nye bestemmelser trådte i kraft. Sagen vedrørte *fortsat forskelsbehandling* med hensyn til de efterfølgende betalinger og sagsøgerens skattemæssige situation.

31 – Dom af 7.2.2002, Kauer (C-28/00, EU:C:2002:82), og af 18.4.2002, Duchon (C-290/00, EU:C:2002:234).

32 – Den pågældende afgørelses konklusion er gengivet ovenfor i punkt 19.

33 – Jf. punkt 21 og 22 ovenfor.

34 – Dom af 10.5.2011 (C-147/08, EU:C:2011:286).

35 – Mere specifikt skatteklassificeringen i form af en fiktiv nettoindkomst til beregning af pensionen.

70. Denne sag adskiller sig imidlertid fra den foreliggende sag, navnlig af to grunde.

71. For det første er det korrekt, at Jürgen Römers skattemæssige situation var blevet fastsat inden udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2000/78, og der var derfor for så vidt tale om en »endelig« afgørelse. Det er imidlertid også tilfældet, at de relevante nationale bestemmelser fastsatte *en prøvelse* af den skattemæssige behandling i tilfælde af en *ændring af de personlige omstændigheder*. Som bekræftet af Domstolen fulgte det således af den gældende nationale lovgivning, at »såfremt betingelserne [for en mere fordelagtig skatteklassificering] først bliver opfyldt på et tidspunkt, efter at pensionsudbetalingerne er påbegyndt, skal den sidstnævnte bestemmelse på modtagerens opfordring finde anvendelse fra dette tidspunkt« [36].

72. I Römer-sagen var der derfor en mekanisme til at vedtage nye afgørelser og tage hensyn til nye og – med henblik på socialsikringsberegninger – relevante ændringer i de personlige omstændigheder.

73. Bortset fra den nævnte bestemmelse om prøvelse vedrører Römer-dommen for det andet, og mere grundlæggende, den måde, hvorpå nye bestemmelser (direktiv 2000/78) kunne finde anvendelse på personers *aktuelle personlige situation* med henblik på at prøve en *afgørelse om deres pensionsrettigheder*.

74. Dette adskiller sig efter min opfattelse fuldstændigt fra den form for tidsmæssig anvendelse, som appellanten har forfægtet i den foreliggende sag. I den foreliggende sag er det, der gøres gældende, ikke den (retligt fastsatte) hensyntagen til personlige omstændigheder med henblik på en fremtidig tilpasning, men en prøvelse – i lyset af nye retsregler – af *en række afsluttede omstændigheder*, der fandt sted for mange år siden, og en *disciplinærafgørelse*, der blev vedtaget i relation til dem, med henblik på at ændre afledte virkninger for pensionsrettigheder.

c) Undtagelser fra reglen?

75. Det er korrekt, at der er isolerede domme fra Domstolen, hvor afgørelsen om tilkendelse af en pension og alle relevante omstændigheder synes at ligge forud for de nye bestemmelser. Der var med andre ord truffet en afgørelse om at tilkende (eller ikke at tilkende) en pension og vedrørende pensionens størrelse, men nye bestemmelser blev tilsyneladende påberåbt for at omgøre denne afgørelse, uden at der var tale om nye faktiske omstændigheder eller ændringer af personlige omstændigheder.

76. Sådanne domme er imidlertid sjældne i praksis, og ved nærmere eftersyn kan de let holdes ude fra hinanden. I P.-sagen [37] var sagsøgeren en tjenestemand ved Kommissionens fraskilte ægtefælle. På det tidspunkt, hvor tjenestemanden døde, havde P. ikke ret til en efterladtepension, fordi »skylden« for skilsmissen ikke kun var blevet placeret hos den afdøde ægtemand. Blot få måneder efter dødsfaldet trådte nye bestemmelser i kraft, i henhold til hvilke *P. ville have haft* ret til en efterladtepension [38]. Domstolen anvendte i realiteten de nye bestemmelser, som skabte en ret for P. til en pension fra tidspunktet for disse nye bestemmelsers ikrafttræden.

36 – Dom af 10.5.2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, præmis 19).

37 – Dom af 5.2.1981, P. mod Kommissionen (40/79, EU:C:1981:32).

38 – I det væsentlige blev betingelsen om, at den afdøde skulle have hele skylden, fjernet og erstattet af en ny betingelse om, at den efterladte *ikke* havde hele skylden.

77. I P.-sagen gjorde en række særlige forhold sig dog gældende. Kommissionen gik faktisk stærkt ind for at anvende de nye bestemmelser (den anfægtede betalingen af en pension af andre grunde). Andre institutioner anvendte bestemmelserne med øjeblikkelig virkning, og en undladelse heraf ville ifølge Kommissionen resultere i forskelsbehandling af tjenestemænd. Endvidere blev den oprindelige afgørelse om afslag på pensionen til P. i praksis truffet nogle dage *efter* de nye bestemmelsers ikrafttræden (selv om eksmandens dødsfald lå forud for dette tidspunkt).

78. I Brock-sagen havde sagsøgeren fået tilkendt en invalidepension i 1958. I 1961 blev denne ændret til en alderspension [39]. Spørgsmålet var i det væsentlige, hvorvidt nye bestemmelser, hvorefter der skulle tages hensyn til bidrag i andre medlemsstater, og som trådte i kraft den 1. januar 1964, fandt anvendelse. Domstolen fastslog, at dette var tilfældet.

79. Det er efter min opfattelse væsentligt, at den relevante lovgivning i den pågældende sag omfattede en bestemmelse, som *udtrykkeligt fastsatte revision af pensioner, der var beregnet inden den pågældende lovgivnings ikrafttræden*.

80. Det vigtigste element, der adskiller P.-sagen og Brock-sagen fra den foreliggende sag, er imidlertid, at de relevante afgørelser i disse sager vedrørte vurderingen af *betingelserne for tilkendelse af pensionen i henhold til nye retsregler*.

81. Dette adskiller sig klart fra *vurderingen af tidligere adfærd i henhold til nye retsregler* med henblik på at fastsætte, hvor forskellig en anden (disciplinær) afgørelse ville have været, og dens afledte virkninger for efterfølgende pensionsrettigheder.

82. I P.-sagen anmodede den fraskilte ægtefælle således f.eks. ikke om en fornyet vurdering af hendes skilsmisse med henblik på at fastslå, om hendes eksmand var eneansvarlig. I Brock-sagen anmodede den uarbejdsdygtige part ikke om en fornyet vurdering af omstændighederne ved hans ulykke for at fastslå, om den kunne betragtes som en arbejdsulykke. Alle afgørelser om ansvar for skilsmissen eller ulykken var endelige, ligesom disciplinærafgørelsen i den foreliggende afgørelse også er endelig.

83. Sammenfattende har domme såsom P.-dommen og Brock-dommen faktisk ved første øjekast et »stærkere retroaktivt element« end andre sager, såsom dem, der er behandlet ovenfor. Bortset fra, at der er tale om forholdsvis gamle og isolerede sager, adskiller de sig imidlertid tydeligt fra den foreliggende sag. Under alle omstændigheder er det efter min opfattelse klart, at sådanne domme ikke kan forstås således, at vedtagelsen af nye bestemmelser giver anledning til en absolut ret til at få alle underliggende og tidligere administrative afgørelser, som ellers har fået retskraft, prøvet i lyset af disse nye bestemmelser og foretage tilsvarende tilpasninger af pensionsbetalingerne.

d) Overgangsbestemmelser

84. Endelig vedrører en anden retspraksis på pensionsområdet, der er værd at behandle, direktiv 79/7/EØF [40]. I henhold til dette direktiv skulle medlemsstaterne gennemføre princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring. Som en del af denne proces ændrede medlemsstaterne nationale bestemmelser om ydelser med henblik på at fjerne forskelsbehandling på grund af køn.

39 – Dom af 14.4.1970 (68/69, EU:C:1970:24).

40 – Rådets direktiv af 19.12.1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EUT 1979, L 6, s. 24).

85. Disse lovændringer førte til en række præjudicielle forelæggelser for Domstolen. For så vidt som det er relevant i denne forbindelse, vedrørte sagerne kvindelige sagsøgere, der på grundlag af diskriminerende nationale bestemmelser havde fået afslag på sociale sikringsydelser ved en afgørelse, der var vedtaget *før udløbet af fristen for gennemførelse* af direktivet. De søgte i realiteten at opnå disse ydelser *efter gennemførelsesfristen* gennem anvendelse af de nye bestemmelser om ikke-forskelsbehandling.

86. Domstolen har i sine domme gentagne gange bekræftet, at virkningerne af forskelsbehandling skulle fjernes efter udløbet af gennemførelsesfristen. Ved nærmere eftersyn adskiller disse sager sig imidlertid også i høj grad fra den foreliggende.

87. F.eks. i Borrie Clarke-sagen [41] indførte national ret en yderligere betingelse for kvinder, der søgte om en invalidepension, i forhold til mænd (manglende evne til at udføre arbejde i hjemmet). Sagsøgeren opfyldte ikke denne yderligere betingelse, og hendes anmodning om pension blev afslået i 1983. National ret blev efterfølgende ændret for at efterkomme direktivet. Invalidepensionen blev erstattet med invaliditetsydelse, og nye betingelser blev indført, som var de samme for begge køn. I forbindelse med overgangsperioden modtog personer, der var blevet tilkendt invalidepension inden de nye bestemmelser, imidlertid automatisk invaliditetsydelse, uden at det var nødvendigt at opfylde de nye betingelser. Overgangsbestemmelserne bekræftede og opretholdt således i realiteten forskelsbehandlingen.

88. Domstolen fastslog, at »såfremt en mand i samme situation som en kvinde efter de anførte overgangsbestemmelser automatisk fik ret til den nye ydelse, der udbetales i tilfælde af alvorlig invaliditet, uden at han på ny skulle dokumentere sine rettigheder, har en kvinde fra [gennemførelsesfristen] samme ret og behøver ikke opfylde en yderligere betingelse, som gjaldt før det nævnte tidspunkt, men kun for gifte kvinder« [42].

89. Efter min opfattelse ligner situationen i Borrie Clarke-sagen de andre pensionssager, der allerede er behandlet ovenfor i afsnit (a). Overgangsbestemmelserne udgjorde i realiteten en ny anvendelse (eller i det mindste en fornyelse af den tidligere afgørelse i henhold til de nye bestemmelser) af de diskriminerende bestemmelser for fremtiden. Som følge heraf adskiller denne retspraksis sig også klart fra den foreliggende sag.

90. Den samme type situation kan ses i andre domme, om end vedrørende forskellige former for ydelser [43].

3. Fortsatte forhold

91. I sit skriftlige indlæg henviste Kommissionen også til Österreichischer Gewerkschaftsbund-sagen [44] og drog en parallel til fortsat forskelsbehandling vedrørende betaling af månedslønninger. Dette harmonerer med appellantens argumenter, som gentagne gange henviser til den fortsatte forskelsbehandling i form af nedsatte pensionsbetalinger, som foretages regelmæssigt.

92. For så vidt som henvisningen til denne retspraksis kunne anses for at støtte et andet argument end det, der er undersøgt i ovenstående afsnit, kan jeg ikke se, hvordan det kunne understøtte appellantens påstande. Efter min opfattelse er denne retspraksis også ganske enkelt anderledes.

41 – Dom af 24.6.1987 (384/85, EU:C:1987:309).

42 – Dom af 24.6.1987, Borrie Clarke (384/85, EU:C:1987:309, præmis 12).

43 – Jf. f.eks. dom af 8.3.1988, Dik m.fl. (80/87, EU:C:1988:133).

44 – Dom af 30.11.2000 (C-195/98, EU:C:2000:655).

93. I Österreichischer Gewerkschaftsbund-sagen [45] godskrev østrigsk ret med henblik på den lønmæssige indplacering af overenskomstansatte lærere fuldt ud tidligere undervisningserfaring opnået i Østrig. Undervisningserfaring i andre medlemsstater blev kun godskrevet i begrænset omfang. Domstolen fastslog, at denne begrænsning var i strid med arbejdskraftens frie bevægelighed. Den fastslog endvidere, at det med henblik på at afhjælpe forskelsbehandlingen var nødvendigt fuldt ud at godskrive undervisningserfaring i andre medlemsstaterne, selv om den var erhvervet *inden Østrigs tiltrædelse*.

94. Österreichischer Gewerkschaftsbund-dommen er faktisk én af en række domme, hvor Domstolen i det væsentlige har fastslået, at det i ansættelsesforhold kan være nødvendigt at tage hensyn til omstændigheder, der ligger forud for nye bestemmelser, ved fastsættelsen af lønnen til ansatte, hvis de er relevante for denne vurdering efter den nye retlige ordning [46]. I en række sager, begyndende med Hütter-sagen, fastslog Domstolen således, at østrigske bestemmelser, der tog hensyn til erhvervserfaring, som var opnået inden det fyldte 18. år, ved fastsættelsen af tjenestemænds løngruppe, var i strid med forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder i henhold til direktiv 2000/78 [47]. Løngrupper skulle tilpasses for at fjerne forskelsbehandlingen, herunder hvis den relevante erfaring var opnået inden udløbet af fristen for at gennemføre dette direktiv.

95. Efter min opfattelse er det ikke muligt at drage direkte paralleller mellem sådanne sager, der omfatter tilpasninger af lønninger for at afhjælpe forskelsbehandling, og sager som den foreliggende af en simpel grund: Ansættelsesforholdet i sager såsom Österreichischer Gewerkschaftsbund-sagen var et *fortsat* forhold, med gensidige rettigheder og pligter. Den ansatte er indplaceret i en lønklasse eller har en rang og et specifikt antal års relevant erfaring, som hver måned anvendes som grundlag for at beregne den pågældendes løn. Der finder således en »fornyelse« sted hver måned, en fornyet anvendelse af de eksisterende bestemmelser med henblik passende lønberegninger, hvilket nødvendiggør løbende tilpasninger i lyset af nye bestemmelser og ændringer i den personlige situation [48]. Dette ligner faktisk på visse punkter scenariet i Römer-sagen, hvor særlige lovbestemmelser vedrørende en ændring i sagsøgerens personlige situation gav mulighed for en lignende »fornyelse« [49].

96. I modsætning hertil var i sager som den foreliggende tjenesteforholdet ophørt [50], alle pensionsrettigheder var erhvervet længe inden dette tidspunkt, og en disciplinærafgørelse om nedsættelsen med 25% var truffet i 1975 på grundlag af tidligere indtrufne omstændigheder og blevet endelig. De praktiske virkninger af denne afgørelse kan fortsat mærkes, som det kan være situationen i forbindelse med enhver anden tidligere indtruffen omstændighed, men der er ikke længere et fortsat forhold, som ville kræve en ny (ny)vurdering i henhold til de nye bestemmelser. Der foreligger ingen fortsat relevante tidligere omstændigheder. I denne forstand er retsvirkningerne af de tidligere omstændigheder faktisk udtømt.

45 – Dom af 30.11.2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655).

46 – Jf. f.eks. dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), af 26.10.2006, Kommissionen mod Italien (C-371/04, EU:C:2006:668), og af 18.6.2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381).

47 – Dom af 18.6.2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381), af 28.1.2015, Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38), og af 14.3.2018, Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180).

48 – Dette er igen i overensstemmelse med de generelle regler om, at det specifikke indhold af de gensidige rettigheder og pligter i fortsatte retsforhold, såsom f.eks. aftaler, der er indgået i henhold til den tidligere retlige ordning, vil skulle ændres *for fremtiden* for at være i overensstemmelse med de nye bestemmelser – jf. endvidere f.eks. mit forslag til afgørelse Nemec (C-256/15, EU:C:2016:619, punkt 41).

49 – Ovenfor, punkt 67-74.

50 – Det forklares i forelæggelsesafgørelsen, at det »aktive tjenesteforhold« teknisk set er blevet ændret til et »pensionsforhold«. Det afgørende er i denne forbindelse, at tjenestemanden ikke længere er i aktiv tjeneste.

4. Omgørelse af tidligere afgørelser

97. For at give et fuldstændigt overblik bør det endelig tilføjes, at der i henhold til EU-retten – foruden bestemmelserne vedrørende den tidsmæssige anvendelse af nye regler på tidligere omstændigheder og/eller fortsatte retsforhold – også findes en begrænset pligt til at omgøre tidligere afgørelser, hvis de er uforenelige med EU-retten.

98. Domstolens praksis understreger vigtigheden af retskraftprincippet såvel af hensyn til en stabil retstilstand og stabile retlige relationer som retsplejehensyn. Afgørelser, der er blevet endelige, efter at de hjemlede appelmuligheder er udnyttet, eller efter at appelfristerne er udløbet, kan ikke længere anfægtes [51]. Dette er tilfældet, uanset at dette ville gøre det muligt for en national ret at afhjælpe en tilsidesættelse af EU-retten [52].

99. Det er korrekt, at endelige afgørelser kan omgøres, men det er kun tilfældet, hvis der er tale om helt særlige omstændigheder. Disse omstændigheder omfatter bl.a. en urigtig fortolkning af EU-retten, der blev foretaget, uden at Domstolen var blevet forelagt en præjudiciel anmodning, og at den berørte part ufortøvet efter at have fået kendskab til denne praksis har rettet henvendelse til forvaltningsorganet [53].

100. Hvis man imidlertid ser bort fra spørgsmålet om, hvornår man præcist kan tale om en »særlig« omstændighed, havde de få tilfælde, hvor en sådan forpligtelse blev pålagt, naturligvis til fælles, at uforeneligheden *allerede forelå* på det tidspunkt, hvor afgørelsen blev truffet på nationalt plan. Den oprindelige afgørelse var således allerede i strid med EU-retten.

101. I modsætning hertil var i den foreliggende sag på det tidspunkt, hvor de relevante afgørelser blev vedtaget (både disciplinærafgørelsen og den afgørelse, hvorved appellanten fik tilkendt en pension), Østrig ikke en medlemsstat, og direktiv 2000/78 var endnu ikke blevet vedtaget. Ifølge den østrigske regering – en opfattelse, som appellanten ikke har modsagt – var disciplinærafgørelsen endvidere forenelig med national ret, da den blev vedtaget i 1974.

102. Der foreligger derfor ingen særlige omstændigheder, der kunne begrunde en omgørelse af endelige administrative afgørelser i denne sag, endsige noget, der kunne begrunde en mere generel og vidtgående bestemmelse om tidsmæssig anvendelse af EU-retten, der sigter mod at nå det samme resultat.

5. Anvendelse på den foreliggende sag

103. De vigtigste konklusioner, der kan udledes af de forskellige ovennævnte domme, er følgende.

104. For det første har Domstolens praksis vedrørende tidsmæssige virkninger af nye bestemmelser og pensionsrettigheder i høj grad fokus på situationer, hvor der blev truffet afgørelse om retten til pension *efter* de nye bestemmelsers ikrafttræden.

105. For det andet kan retspraksis vedrørende (ansættelses)forhold og tilpasning af løngrupper og månedslønninger ikke overføres til betalingen af pensioner, der er beregnet og allerede udbetalt (længe) før de nye bestemmelsers ikrafttræden.

51 – Jf. f.eks. dom af 11.11.2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

52 – Dom af 1.6.1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 46 og 47), og af 16.3.2006, Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178, præmis 21).

53 – Sådanne særlige omstændigheder behandles i dom af 13.1.2004, Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, præmis 28), og af 18.7.2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434, præmis 63).

106. For det tredje er der i Domstolens praksis intet solidt grundlag for den vidtrækkende opfattelse, at de fortsatte virkninger for pensionsbetalinger af administrative afgørelser, som er blevet endelige *før* de nye bestemmelsers ikrafttræden, skal prøves under hensyntagen til den måde, hvorpå de nye bestemmelser ville være blevet anvendt. Dette er endvidere i strid med Domstolens faste praksis vedrørende retskraft.

107. Jeg har allerede forsøgt at vise forskellene i forhold til den foreliggende sag og forklare, hvorfor den falder uden for kategorierne i hvert af de relevante afsnit ovenfor. Sammenfattende er jeg af den opfattelse, at pensioneringen og fastsættelsen af den nedsatte pension i den foreliggende sag allerede var blevet en »endelig situation« som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt ovenfor i punkt 46, inden fristen for gennemførelsen af direktiv 2000/78 udløb. Den fortsatte betaling af en pension til appellanten kan ikke anses for de »fremtidige virkninger« af en situation, der opstod inden det pågældende direktivs ikrafttræden, som omhandlet i Domstolens praksis, således at disse virkninger ville skulle udelukkes eller ændres.

108. Disciplinærafgørelsen var allerede uden held blevet anfægtet i 1970'erne. Det retlige spørgsmål om appellantens status som pensioneret politibetjent og nedsættelsen af hans pension blev afgjort på det pågældende tidspunkt. Appellanten har fået udbetalt pension siden 1976. Der er ingen ny afgørelse, der blev truffet, eller som skulle have været truffet efter udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2000/78.

109. Endvidere fandt alle de relevante omstændigheder i den foreliggende sag, som dannede grundlag for disciplinærafgørelsen, sted i 1970'erne. I modsætning til Römer-sagen er der således ingen aktuelle omstændigheder vedrørende appellantens fortsatte personlige situation, som skal underkastes en fornyet vurdering i henhold til direktiv 2000/78.

110. Jeg mener ikke, at sager såsom Brock-sagen og P.-sagen kan tjene som grundlag for den generelle opfattelse, at der er tale om en ret til at prøve pensionsbetalinger, som består i en anvendelse med tilbagevirkende kraft af nye bestemmelser på en tidligere eksisterende afgørelse, der berører retten til disse betalinger og størrelsen heraf. Brock-sagen og P.-sagen er efter min opfattelse ligeledes meget forskellige fra den foreliggende sag. I begge sager blev den allerede eksisterende administrative afgørelse truffet på grundlag af en række specifikke og objektive betingelser i relation til retten til pensionen og størrelsen heraf. Efterfølgende ændringer af lovgivningen ændrede disse betingelser. Dette står i modsætning til den foreliggende sag, hvor det, der foreslås, faktisk er en gentagelse af en disciplinærprocedure fra for 40 år siden i lyset af nye bestemmelser om forskelsbehandling og en kvalitativ vurdering af, om den pågældende afgørelse havde ændret sig, og i så fald, hvordan.

111. I sit indlæg har appellanten fremhævet forskelsbehandlingens »fortsatte« karakter i form af nedsatte månedlige betalinger. Det fremgår imidlertid af drøftelsen af sagerne om eksisterende fortsatte retsforhold og behovet for deres gradvise tilpasning i lyset af de nye bestemmelser, såsom Österreichischer Gewerkschaftsbund-sagen eller Römer-sagen, at blot det at modtage månedlige betalinger på grundlag af endelige afgørelser fra 1975 og 1976 ikke kræver en ny vurdering af de relevante omstændigheder.

112. Det, der faktisk anmodes om i den foreliggende sag, er en ny vurdering af en endelig, underliggende disciplinærafgørelse, hvor der anvendes nye standarder for ikke-forskelsbehandling til at fastslå de afledte virkninger for månedlige pensionsbetalinger. Det, der reelt anmodes om, fremgår måske klarest af den tyske ordlyd af den sidste sætning af det første præjudicielle spørgsmål fra den forelæggende ret, hvori der henvises til vedtagelsen af en ny type »gedachte« afgørelse, som – hvis den var blevet vedtaget på det tidspunkt, hvor direktiv 2000/78 var i kraft – ville være i strid med dette direktiv. Ordet »gedachte« kan faktisk oversættes til »tænkt«, men dets egentlige betydning i den foreliggende sag er snarere (fuldstændig) »imaginær«.

113. Efter min opfattelse giver EU-retten i en sag som den foreliggende klart ikke personer en ret til at anmode om prøvelse – i lyset af nye bestemmelser – af enhver administrativ afgørelse, der er truffet vedrørende dem i deres levetid, og som har eller kan have en negativ indvirkning på deres pension (eller andre ydelser). Der er ganske enkelt ikke noget grundlag i EU-retten for en så vidtgående opfattelse.

114. For fuldt ud at anerkende de af appellanten fremførte argumenter er der endelig – til dels uløseligt forbundet med, men også til dels uafhængig af det »tekniske« argument vedrørende den tidsmæssige anvendelse af nye bestemmelser – et meget dybere *moralsk* argument i det af appellanten anførte. Hvis dette moralske argument betragtes særskilt – som appellanten faktisk anførte under retsmødet – bliver det i vid udstrækning uafhængigt af en eventuel prøvelse af en disciplinærafgørelse fra 1975. Det, der så ville blive foreholdt Østrig, er ikke en undladelse af at prøve en tidligere omstændighed, men en undladelse af aktivt og for fremtiden at yde erstatning for tidligere forseelser, efter 2003, hvor direktiv 2000/78 allerede var i kraft, og Menneskerettighedsdomstolenes domme blev afsagt over for Østrig [54].

115. I denne henseende vil jeg blot gentage, at jeg ikke kan se, at der skulle følge en sådan forpligtelse *af EU-retten*. Artikel 17 i direktiv 2000/78, hvorefter medlemsstaterne skal træffe sanktioner, der er effektive, står i rimeligt forhold til overtrædelsen og har en afskrækkende virkning, er i sig selv logisk set knyttet til det samme direktivs tidsmæssige anvendelse.

116. Endvidere vedtages administrative afgørelser i sammenhænge, der er specifikke for deres tid. De strafferetlige, disciplinære og moralske rammer i Østrig og andre steder i Europa har ændret sig betydeligt siden 1975. Således vil f.eks. i Østrig disciplinære sanktioner nu kun blive iværksat over for politibetjente, hvis handlinger svækker offentlighedens tillid til politiet. Straffedomme vil imidlertid, så vidt jeg forstår, automatisk føre til afskedigelse uden nogen som helst pensionsrettigheder. Den seksuelle lavalder i Østrig er nu 14 år for både homoseksuelle og heteroseksuelle. Der er imidlertid også udtrykkelige undtagelser for børn under 16 år, der ikke anses for at være tilstrækkeligt modne.

117. Moral er dermed et bevægeligt mål. Endvidere er moralske argumenter ofte et tveægget sværd. I faktuelt komplekse sager, der kræver, at der fældes flere moralske domme, såsom i den foreliggende sag, kan man også nå til det modsatte resultat. Bortset fra ekstreme situationer med en åbenbar og grov tilsidesættelse af grundlæggende humanitære værdier, som kunne siges at udløse den moralske forpligtelse til at afhjælpe fortidens synder uanset tidspunkt [55], bør samfundene og deres love således have lov til at udvikle sig gradvist og lade fortid være fortid.

6. Konklusion vedrørende det første spørgsmål

118. I lyset af det ovennævnte foreslår jeg, at den forelæggende rets første spørgsmål besvares som følger:

Artikel 2 i direktiv 2000/78 er ikke til hinder for at opretholde den retsskabende virkning af en efter national ret retskraftig administrativ afgørelse inden for disciplinærretten for tjenestemænd (disciplinærafgørelse), hvorved der blev fastsat en pensionering af tjenestemanden med nedsat pension, når

– EU-retlige bestemmelser, navnlig direktivet, endnu ikke fandt anvendelse på den nævnte administrative afgørelse på tidspunktet for dens vedtagelse, men

54 – Nævnt ovenfor i fodnote 4.

55 – Hvilket resulterer i en så uholdbar grad af spænding mellem retfærdighed og retssikkerhed, at sidstnævnte må vige for førstnævnte og den omhandlede (fejlagtige) anførte lovgivning erklæres ikke-eksisterende efterfølgende – Gustav Radbruch, »Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht«, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, bind 1, nr. 5, s. 105-108.

– en (tænkt) tilsvarende afgørelse ville være i strid med direktivet, hvis den blev vedtaget inden for dettes anvendelsesområde ratione temporis.

B. Det andet og det tredje spørgsmål

119. På baggrund af det foreslåede svar på den forelæggende rets første spørgsmål er det ufornødent at besvare det andet og det tredje spørgsmål. Såfremt Domstolen skulle nå til en anden konklusion, vil jeg dog kort behandle disse spørgsmål nedenfor.

120. Såfremt Domstolen skulle fastslå, at den diskriminerende disciplinærafgørelses virkninger ikke kan opretholdes, bliver spørgsmålet så, hvad »en manglende opretholdelse af disse virkninger« præcist indebærer i en sag som den foreliggende.

121. Medmindre svaret på dette spørgsmål skulle være løsrevet fra de afgørelser, der blev truffet i 1970'erne, ville – på linje med det, der lige er blevet anført i forbindelse med den aktive pligt til for fremtiden at yde kompensation (formentlig med faste beløb) – den nationale ret skulle se nærmere på indholdet af disciplinærafgørelsen for at undersøge, om den var blevet vedtaget på en måde, der var forenelig med direktiv 2000/78, og den dato, hvorfra denne nye imaginære afgørelse ville finde anvendelse. Jeg henviser nedenfor til dette som »hvad nu hvis?«-tilgangen.

122. Efter min opfattelse er rekonstruktionen af en 40 år gammel afgørelse og virkningerne heraf særdeles problematisk. Den forelæggende ret er imidlertid ret specifik i det andet og det tredje spørgsmål med hensyn til de særlige »handlingsforløb« i et sådant juridisk fiktionsværk. Som følge heraf vil Domstolen nødvendigvis blive medforfatter hertil, medmindre den blot anfører, at »virkningerne ikke kan opretholdes«, og overlader det til den nationale ret at afgøre, hvordan disse virkninger kan identificeres og »neutraliseres«. Jeg vil nedenfor fremsætte en række betragtninger om, hvordan historien kunne udspille sig.

1. Det andet spørgsmål

123. Disciplinærafgørelsen fastsatte en pensionering af appellanten og nedsatte hans pension med 25%. Med det andet spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om det med henblik på at afhjælpe den forskelsbehandling, der følger af den administrative afgørelse, er tilstrækkeligt at ophæve pensionsnedsættelsen med 25%, eller om pensionen bør beregnes på en sådan måde, som hvis appellanten havde arbejdet i perioden siden sin pensionering. Er det tilstrækkeligt at neutralisere de fremtidige virkninger af *nedsættelsen med 25%*, eller er det også nødvendigt at neutralisere de fremtidige virkninger af den *førtidige pensionering*?

124. I sit indlæg har appellanten gjort gældende, at nedsættelsen med 25% bør ophæves fuldt ud, og at hans pension bør beregnes på en sådan måde, som hvis han i den mellemliggende periode havde arbejdet i politiet. Med andre ord for at skabe den situation, der ville have eksisteret, hvis disciplinærafgørelsen overhovedet ikke var blevet vedtaget (eller der ikke var iværksat nogen sanktion).

125. Kommissionen har kun argumenteret for en »hvad nu hvis?«-tilgang i relation til nedsættelsen med 25% i erkendelse af, at appellantens pension kunne være blevet nedsat – selv uden nogen homofobisk forudindtagethed – for at straffe hans adfærd. I modsætning hertil finder Kommissionen det uhensigtsmæssigt at anlægge en »hvad nu hvis?«-tilgang til selve pensioneringen. Pensionsnedsættelsen som følge af den førtidige pensionering er i realiteten ikke en »fremtidig virkning« af en situation, der opstod tidligere, og som nye bestemmelser skal finde anvendelse på. Retsvirkningerne af pensioneringen var efter Kommissionens opfattelse udtømt, da tjenesteforholdet var ophørt. Virkningerne i form af en manglende forhøjelse af pensionen som følge af en førtidig pensionering kan derfor opretholdes.

126. Jeg har følgende bemærkninger hertil.

127. Hvis disciplinærafgørelsen i 1975 var blevet vedtaget på en måde, som *var* forenelig med det forbud mod forskelsbehandling på grund af seksuel orientering, der blev indført i 2000, er det ikke klart, om appellanten overhovedet var blevet tvunget på pension. Sanktionens karakter af at være »betydeligt mildere«[56], som den forelæggende ret har henvist til, kunne også forstås således, at appellanten ikke var blevet tvunget på pension.

128. Hvis dette er tilfældet, kunne de »fremtidige virkninger af førtidig pensionering« i overensstemmelse med svaret på det første spørgsmål ikke opretholdes. Disse virkninger omfatter klart den omstændighed, at appellanten ikke længere arbejdede i politiet, ikke længere optjente ret til pensionsydelser og ikke fik disse »mistede år« medregnet ved beregningen af sin pension. I denne henseende gør virkningerne af denne sanktion sig faktisk »fortsat« gældende. En neutralisering af de fremtidige virkninger af den førtidige pensionering må derfor (på en eller anden måde) tage hensyn til disse mistede år.

129. Kommissionen har udtalt sig imod denne konklusion. Den er af den opfattelse, at de virkninger, som fører til en manglende forhøjelse af pensionen som følge af den førtidige pensionering, kan opretholdes.

130. Jeg må erkende, at jeg finder det umuligt at forene Kommissionens begrundelse i denne henseende med dens synspunkt om, at den nedsættelse med 25%, der blev pålagt ved disciplinærafgørelsen, *rent faktisk* udgør »fremtidige virkninger« i den ovenfor anførte forstand. Begge sanktioner – pensioneringen og nedsættelsen med 25% – blev iværksat på grundlag af de samme faktiske omstændigheder og ved den samme disciplinærafgørelse. I begge sager er det principielle spørgsmål, hvad der ville have været virkningerne af disciplinærafgørelsen, hvis det var blevet vedtaget på en måde, der er forenelig med direktiv 2000/78.

131. Hvis den sondring, som Kommissionen har foretaget mellem forskellige virkninger, blev overtaget, ville dette betyde, at appellanten faktisk kunne være blevet afskediget fra sit job og ikke havde haft mulighed for at anfægte dette. I modsætning til pensionering ville en direkte afskedigelse principielt havde bragt retsforholdet til ophør uden fortsatte virkninger i form af pensionsbetalinger.

132. I lyset af det ovenstående konstateres, at såfremt Domstolen måtte konkludere, at den diskriminerende disciplinærafgørelses virkninger ikke kan opretholdes, og »hvad nu hvis?«-tilgangen overtages, bør denne tilgang forudsætte en alternativ historie, hvor appellanten ikke går på pension, og en historie, hvor nedsættelsen med 25% af appellantens pension ikke anvendes (fuldt ud).

133. Jeg bemærker, at en sådan konklusion klart ville give anledning til en række yderligere vanskelige spørgsmål. Bør det med henblik på at neutralisere de »fremtidige virkninger« af pensioneringen i 1976 antages, at appellanten arbejdede i alle de mellemliggende år siden 1976 eller gennem alle årene siden udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2000/78? Bør en tilsvarende forhøjelse af pensionen udlignes af pensionsindkomst fra andre af appellantens arbejdskilder i disse år?[57] Bør en tilsvarende forhøjelse af pensionen udlignes af pensionsindkomst fra politiet, som appellanten allerede har modtaget fra datoen for sin pensionering (som han tydeligvis ikke havde modtaget, hvis han var fortsat i aktiv tjeneste)?[58]

56 – Behandlet ovenfor i punkt 41.

57 – Det blev bekræftet i de skriftlige indlæg og under retsmødet, at appellanten efter at have forladt politiet fik ansættelse i den private sektor, hvorfra han modtager en pension.

58 – Som det blev bekræftet under retsmødet, har appellanten modtaget pension fra politiet siden sin pensionering i 1976.

134. Endelig specifikt med hensyn til nedsættelsen med 25% tager den forelæggende rets andet spørgsmål implicit udgangspunkt i, at den pågældende nedsættelse alene er en følge af afgørelsens diskriminerende karakter.

135. »Hvad nu hvis?« bør imidlertid virkelig betyde »hvad nu hvis?«. Der må således have været mulighed for, at selv hvis der ikke forelå en straffedom, ville appellanten stadig blive straffet i den disciplinære sammenhæng på grundlag af de samme faktiske omstændigheder [59], og appellantens pension ville stadig blive nedsat, men med mindre end 25%. Dette er faktisk Kommissionens tilgang i dens skriftlige indlæg. Hvis appellanten således, såfremt der ikke forelå forskelsbehandling, stadig fik sin pension nedsat med f.eks. 5% eller 10%, bør virkningerne af denne nedsættelse med 5% eller 10% opretholdes.

136. Hvis man således fulgte »hvad nu hvis?«-tilgangen i relation til nedsættelsen med 25%, er jeg enig med Kommissionen i, at fiktionen skal føres til sin logiske konklusion. Præcist hvor forskellig disciplinærafgørelsen havde været, hvis den var blevet vedtaget på en ikke-diskriminerende måde, ville også være et (virkelig vanskeligt) spørgsmål, som det tilkommer den nationale ret at behandle.

2. Det tredje spørgsmål

137. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om besvarelsen af det andet spørgsmål afhænger af, om personen aktivt har tilstræbt aktiv ansættelse i forbundsstatens tjeneste før pensionsalderens indtræden.

138. Jeg må erkende, at jeg har mine tvivl med hensyn til relevansen af et sådant spørgsmål i betragtning af de faktiske omstændigheder i hovedsagen. Men eftersom vi allerede anvender »hvad nu hvis?«-scenarier, er det temmelig vanskeligt at betragte et sådant spørgsmål som hypotetisk.

139. Sagens faktiske omstændigheder siger ikke noget om spørgsmålet om, hvorvidt appellanten nogensinde søgte (gen)beskæftigelse i forbundsstatens tjeneste. Det er formentlig rimeligt at antage, at hvis en person var blevet afskediget fra denne tjeneste under de i hovedsagen omhandlede omstændigheder, ville det være forgæves at forsøge at træde ind i samme tjeneste (hvis overhovedet retligt muligt). Hvis dette faktisk er tilfældet, og appellanten ikke senere søgte genbeskæftigelse i forbundsstatens tjeneste, hvilke konklusioner kan der så udledes af denne omstændighed? Kunne det så foreholdes appellanten ikke at have gjort dette? Kunne han så eventuelt blive stillet ufordelagtigt som følge heraf?

140. Jeg skal imidlertid præcisere, som anført ovenfor i punkt 133, at for så vidt som virkningerne af førtidig pensionering skal neutraliseres, rejser dette en række spørgsmål med hensyn til, hvordan den mellemliggende periode skal behandles. Ved konstrueringen af den alternative historie bør det efter min opfattelse overlades til den nationale ret at afgøre, hvilke specifikke omstændigheder der skal tages i betragtning for at finde en balance mellem på den ene side en situation, hvor disse mellemliggende år lades fuldstændigt ude af betragtning, og på den anden side en situation, hvor de medregnes fuldt ud, som hvis appellanten havde arbejdet i den offentlige sektor på det pågældende tidspunkt.

59 – Jf. ovenfor, punkt 42, og den østrigske regerings bemærkninger om, at en politibetjent, der opfordrer til seksuelle handlinger over for mindreårige, kan straffes disciplinærretligt *uanset* de involverede aktørers *seksuelle orientering*.

C. Det fjerde og det femte spørgsmål

141. På baggrund af det foreslåede svar på den forelæggende rets første spørgsmål er det ufornødent at besvare det fjerde og det femte spørgsmål. Såfremt Domstolen skulle nå til en anden konklusion, vil jeg dog fremsætte et par bemærkninger.

142. Med det fjerde og det femte spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, fra hvilket tidspunkt en eventuel (delvis) ophævelse af nedsættelsen med 25% skulle få virkning. Disse spørgsmål er begrænset til det tidspunkt, hvorfra virkningerne af nedsættelsen med 25% skal neutraliseres. De omfatter ikke virkningerne af den førtidige pensionering. Som anført ovenfor i punkt 133, mener jeg imidlertid, at forskellige tilgange til de fremtidige virkninger af nedsættelsen med 25% og de fremtidige virkninger af pensioneringen rejser problemer med manglende overensstemmelse.

143. Efter min opfattelse følger svaret på dette spørgsmål af den retspraksis, der er sammenfattet ovenfor i punkt 44 ff. Det må antages, at anvendelsen af direktiv 2000/78 stadig – uanset den potentielt vidtrækkende tilgang til fjernelsen af fremtidige virkninger, der er behandlet ovenfor – ville være omfattet af det principielle forbud mod retsakters tilbagevirkende kraft. Uanset svaret på den forelæggende rets første spørgsmål kan det derfor under alle omstændigheder anvendes som grundlag for at hævde, at virkningerne af nedsættelsen med 25% skal neutraliseres fra udløbet af direktivets gennemførelsesfrist og ikke tidligere.

D. Forskelsbehandling på grund af køn

1. Rækkevidden af den forelæggende rets spørgsmål

144. Endelig har appellanten i sit indlæg gjort gældende, at sanktionen i form af disciplinærafgørelsen (også) udgjorde forskelsbehandling på grund af køn, i strid med artikel 157 TEUF (tidligere EØF-traktatens artikel 119 og derpå artikel 141 EF). Ifølge appellanten kan denne bestemmelse, der trådte i kraft i 1979, derfor anvendes til at udelukke de fremtidige virkninger af disciplinærafgørelsen på samme måde som den, der er anført i den nationale rets første spørgsmål med hensyn til direktiv 2000/78. Den ville imidlertid gøre dette fra et meget tidligere tidspunkt.

145. Jeg vil gerne komme med følgende bemærkninger i denne henseende.

146. Den nationale ret henviser ikke til artikel 157 TEUF (eller dens forgængere). Appellanten er således den eneste procesdeltager, der rejser dette spørgsmål i sit skriftlige indlæg. Det kunne gøres gældende, at det ville være relevant for den nationale ret at behandle den mulige anvendelse af artikel 157 TEUF. Efter min opfattelse bør Domstolen imidlertid ikke gøre dette, navnlig af følgende grunde.

147. For det første er der overhovedet ikke henvist til denne bestemmelse, hverken i den forelæggende rets spørgsmål eller i forelæggelsesafgørelsen generelt. Såfremt den nationale ret havde fundet det relevant, ville den efter min opfattelse i det mindste have nævnt det. Der kan være mange grunde til en sådan undladelse, og det ville være forkert at antage, at den manglende henvisning er en »forglemmelse«. Spørgsmålet her er ikke, hvorvidt Domstolen bør fremhæve omstændighederne og relevansen af en uklar teknisk bestemmelse, der kunne være overset. Artikel 157 TEUF er en vigtig traktatbestemmelse. Eftersom argumenter vedrørende artikel 157 TEUF faktisk er kernen i appellantens skriftlige indlæg, er det ligeledes plausibelt, at appellanten foreslog den nationale ret, at Domstolen skulle forelægges spørgsmål om denne bestemmelse, men at dette forslag blev afvist.

148. For det andet skal den præjudicielle forelæggelse i henhold til artikel 94 i Domstolens procesreglement bl.a. indeholde de relevante faktiske omstændigheder og de nationale bestemmelser samt de grunde, der har ført til, at den nationale ret har forelagt Domstolen de specifikke spørgsmål. I den foreliggende sag har den nationale ret udarbejdet forelæggelsesafgørelsen uden at nævne artikel 157 TEUF (eller dens forgængere) og har heller ikke anført potentielt relevante faktiske omstændigheder eller nationale bestemmelser vedrørende denne bestemmelse. Under sådanne omstændigheder ville det efter min opfattelse være i strid med retspraksis [60] vedrørende procesreglementets artikel 94 at se bort fra disse undladelser og på anmodning af en af procesdeltagerne proaktivt at yde vejledning om et spørgsmål, der ikke er forelagt.

149. Såfremt Domstolen skulle vælge at behandle de argumenter, som appellanten har fremført i forbindelse med artikel 157 TEUF, fremsætter jeg dog en række korte bemærkninger i det følgende afsnit.

2. Artikel 157 TEUF

150. Jeg forklarede i mit forslag til besvarelse af det første spørgsmål, hvorfor direktiv 2000/78 ikke er til hinder for at opretholde disciplinærafgørelsens virkninger. Denne afgørelse var uden for direktivets anvendelsesområde ratione temporis. Direktivet kan ikke anvendes til at omgøre denne afgørelse for at neutralisere nogle af dens virkninger. Disse argumenter finder uden videre anvendelse på artikel 157 TEUF.

151. For så vidt som Domstolen når til en anden konklusion, tilkommer det den nationale ret at fastslå, om der potentielt foreligger en sådan forskelsbehandling. Det grundlæggende argument er imidlertid tilsyneladende, at mandlige homoseksuelle blev behandlet ringere end kvindelige homoseksuelle [61]. Appellanten har anført, at en kvindelig politibetjent, der deltager i homoseksuelle handlinger med en mindreårig over 14 år, ikke ville blive idømt en (eller under alle omstændigheder ville blive idømt en mildere) disciplinær sanktion i forhold til en mandlig politibetjent, der deltager i lignende handlinger.

152. For så vidt som en sådan opfattelse var faktuelt korrekt (i betragtning af den disciplinære praksis i det østrigske politi i 1970'erne), hvilket det ville tilkomme den nationale ret at efterprøve, forbyder artikel 157 TEUF forskelsbehandling på grund af køn i relation til »løn«. Ifølge fast retspraksis *omfatter* »løn« i den forstand *ikke* betalinger foretaget på grundlag af lovbestemte pensionsordninger, der snarere anses for at udgøre sociale sikringsydelser [62]. Den østrigske regering har under retsmødet anført, at pensionsordningen i denne sag er lovbestemt. Om dette faktisk er tilfældet (som omhandlet i Domstolens praksis [63]), ville også skulle efterprøves af den nationale ret. På grundlag af den østrigske regerings forklaring i denne henseende ville disse typer af betalinger principielt ikke være omfattet af artikel 157 TEUF, hvilket medfører, at denne bestemmelse ikke finder anvendelse på den foreliggende sag.

153. Hvis dette imidlertid ikke var tilfældet, ville den tidsmæssige anvendelse af artikel 157 TEUF (og dens forgængere) skulle undersøges. Jeg henviser i den henseende til mine bemærkninger i forbindelse med det fjerde og det femte spørgsmål, som gælder på samme måde. Endvidere kan i henhold til Barber-dommen [64] og Ten Oever-dommen [65] »den direkte virkning af traktatens artikel 119 kun

60 – Jf. f.eks. senest kendelse af 31.5.2018, Bán (C-24/18, ikke trykt i Sml., EU:C:2018:376, præmis 18 ff.), af 7.6.2018, easyJet Airline (C-241/18, ikke trykt i Sml., EU:C:2018:421, præmis 12 ff.), og af 7.6.2018, Filippi m.fl. (C-589/16, EU:C:2018:417, præmis 25 ff.).

61 – Jf. modsætningsvis dom af 17.2.1998, Grant (C-249/96, EU:C:1998:63).

62 – Jf. dom af 28.9.1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, præmis 20-24 og den deri nævnte retspraksis).

63 – Jf. f.eks. dom af 28.9.1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, præmis 20-24 og den deri nævnte retspraksis), og af 24.11.2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, præmis 34 og 35).

64 – Dom af 17.5.1990 (C-262/88, EU:C:1990:209).

65 – Dom af 6.10.1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

påberåbes til støtte for krav om ligebehandling med hensyn til erhvervstilknyttede pensioner for så vidt angår ydelser, *der vedrører beskæftigelsesperioder efter den 17. maj 1990* [datoen for afsigelsen af Barber-dommen], medmindre arbejdstagerne eller disses ydelsesberettigede pårørende – som anført i dommen – forinden har anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage i henhold til den nationale lovgivning, der finder anvendelse«[66].

154. Det følger imidlertid af de faktiske omstændigheder, som er beskrevet i den forelæggelse rets anmodning, at ingen af de relevante beskæftigelsesperioder ligger efter den 17. maj 1990.

V. Forslag til afgørelse

155. Jeg foreslår, at Domstolen besvarer det første præjudicielle spørgsmål fra Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol, Østrig) således:

»Artikel 2 i Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv er ikke til hinder for at opretholde den retsskabende virkning af en efter national ret retskraftig administrativ afgørelse inden for disciplinærretten for tjenestemænd (disciplinærafgørelse), hvorved der blev fastsat en pensionering af tjenestemanden med nedsat pension, når

– EU-retlige bestemmelser, navnlig direktiv 2000/78, endnu ikke fandt anvendelse på den nævnte administrative afgørelse på tidspunktet for dens vedtagelse, men

– en (tænkt) tilsvarende afgørelse ville være i strid med direktiv 2000/78, hvis den blev vedtaget inden for dettes anvendelsesområde ratione temporis.«

66 – Jf. konklusionen i dom af 6.10.1993, Ten Oever (C-109/91, EU:C:1993:833). Min fremhævelse.