

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

15 januari 2019 (\*)

„Prejudiciële verwijzing – Sociale politiek – Richtlijn 2000/78/EG – Gelijke behandeling in arbeid en beroep – Artikel 2 – Poging tot ontucht door een ambtenaar jegens minderjarigen van het mannelijke geslacht – Tucht sanctie die in 1975 is opgelegd – Vervroegde pensionering, samen met een korting van de pensioenuitkering – Discriminatie op grond van seksuele geaardheid – Gevolgen van de toepassing van richtlijn 2000/78/EG op de tucht sanctie – Wijze van berekening van het uitgekeerde rustpensioen”

In zaak C-258/17,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter, Oostenrijk) bij beslissing van 27 april 2017, ingekomen bij het Hof op 15 mei 2017, in de procedure

**E.B.**

tegen

**Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA,**

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president, R. Silva de Lapuerta, vicepresident, A. Prechal, M. Vilaras, E. Regan, T. von Danwitz, K. Jürimäe en C. Lycourgos, kamerpresidenten, E. Juhász, M. Ilešič, J. Malenovský, M. Safjan (rapporteur) en D. Šváby, rechters,

advocaat-generaal: M. Bobek,

griffier: M. Aleksejev, eenheidshoofd,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 29 mei 2018,

gelet op de opmerkingen van:

- E.B., vertegenwoordigd door H. Graupner, Rechtsanwalt,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door G. Hesse en J. Schmoll als gemachtigden,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door D. Martin en B.-R. Killmann als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 5 september 2018,

het navolgende

**Arrest**

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in

arbeid en beroep (PB 2000, L 303, blz. 16).

- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen E.B. en de Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA (verzekeringsinstantie voor ambtenaren en personeelsleden van de overheidssector, Oostenrijk) over de rechtmatigheid en de gevolgen van de tuchtrechtelijke beslissing die in 1975 ten aanzien van E.B. is genomen wegens poging tot ontucht jegens minderjarigen van het mannelijke geslacht.

### **Toepasselijke bepalingen**

#### ***Unierecht***

- 3 In de overwegingen 1 en 11 tot en met 13 van richtlijn 2000/78 wordt verklaard:

„(1) Overeenkomstig artikel 6 [VEU] is de Europese Unie gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben, en eerbiedigt de Unie de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden[, ondertekend te Rome op 4 november 1950,] en zoals die uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het [Unie]recht.

[...]

(11) Discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid kan de verwezenlijking van de doelstellingen van het [VWEU] ondermijnen, in het bijzonder de verwezenlijking van een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming, de verbetering van de levensstandaard en de kwaliteit van het bestaan, de vergroting van de economische en sociale cohesie en van de solidariteit, alsmede het vrij verkeer van personen.

(12) Daartoe dient in de gehele [Unie] elke directe of indirecte discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid op de door deze richtlijn bestreken terreinen verboden te zijn. [...]

(13) Deze richtlijn is niet van toepassing op regelingen inzake sociale zekerheid en sociale bescherming waarvan de voordelen niet worden gelijkgesteld met een beloning in de betekenis die aan dat woord wordt gegeven bij de toepassing van artikel [157 VWEU] noch op enige vorm van uitkering, door de staat verstrekt ter bevordering van de toegang tot of het behoud van de arbeid.”

- 4 Artikel 1 van deze richtlijn, met als opschrift „Doel”, luidt:

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

- 5 Artikel 2 van deze richtlijn, met als opschrift „Het begrip discriminatie”, bepaalt in de leden 1 en 2:

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

2. Voor de toepassing van lid 1 is er:

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

[...]”

6 In artikel 3 van diezelfde richtlijn, met als opschrift „Werkingsfeer”, is in de leden 1 en 3 het volgende bepaald:

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

[...]

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

[...]

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

7 Overeenkomstig artikel 18, eerste alinea, van richtlijn 2000/78 dienden de lidstaten in beginsel de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking te doen treden om uiterlijk op 2 december 2003 aan deze richtlijn te voldoen, of konden zij de sociale partners met de uitvoering van deze richtlijn belasten wat de onder collectieve overeenkomsten vallende bepalingen betrof, waarbij zij ervoor dienden te zorgen dat bedoelde overeenkomsten eveneens vóór die datum ten uitvoer waren gelegd.

8 Krachtens artikel 20 ervan is richtlijn 2000/78 op 2 december 2000 in werking getreden.

### ***Oostenrijks recht***

#### *Strafrecht*

9 Op 25 februari 1974 bepaalden de §§ 128 en 129 van het Strafgesetz 1945 (strafwet van 1945), in de versie van de bondswet die is bekendgemaakt in BGBl. nr. 273/1971 (hierna: „StG”):

#### „Aanranding

§ 128. Hij die een jongen of meisje onder de veertien jaar [...] ter bevrediging van zijn lusten op een andere dan de in § 127 genoemde wijze seksueel misbruikt, maakt zich schuldig aan aanranding en wordt gestraft met opsluiting van één tot vijf jaar, bij verzwarende omstandigheden tot tien jaar en, indien zich een van de in § 126 genoemde gevolgen voordoet, tot twintig jaar.

#### Ontucht

I. Ontucht jegens jongeren van hetzelfde geslacht

§ 129. Als misdrijf worden ook de hiernavolgende vormen van ontucht gestraft:

I. Gelijkgeslachtelijke ontucht tussen een persoon van het mannelijke geslacht die achttien jaar of ouder is en een persoon die jonger dan achttien jaar is.”

10 § 129 StG is vervangen door § 209 van het Strafgesetzbuch (strafwetboek; hierna: „StGB”), dat op 1 januari 1975 in werking is getreden. § 209 luidde:

„Een persoon van het mannelijke geslacht die negentien jaar of ouder is en een seksuele handeling verricht met een persoon van hetzelfde geslacht die ouder dan veertien jaar en jonger dan achttien jaar is, wordt gestraft met een gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar.”

11 Bij arrest van 21 juni 2002 heeft het Verfassungsgerichtshof (grondwettelijk hof, Oostenrijk) § 209 StGB in strijd met de grondwet en nietig verklaard.

- 12 Bij de bondswet die is bekendgemaakt in BGBl. I, nr. 134/2002 is met ingang van 13 augustus 2002 het StGB gewijzigd en is § 209 ervan ingetrokken, voordat de nietigverklaring door het Verfassungsgerichtshof effect sorteerde.
- 13 De Republiek Oostenrijk is door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens meermaals veroordeeld in verband met de toepassing die van § 209 StGB is gemaakt vóór de intrekking ervan (zie met name EHRM, 9 januari 2003, L. en V. tegen Oostenrijk, CE:ECHR:2003:0109JUD003939298; EHRM, 9 januari 2003, S.L. tegen Oostenrijk, CE:ECHR:2003:0109JUD004533099, en EHRM, 21 oktober 2004, Woditschka en Wilfling tegen Oostenrijk, CE:ECHR:2004:1021JUD006975601).

#### *Ambtenarenrecht*

- 14 Aangaande de pensioenrechten van ambtenaren in Oostenrijk bepaalde § 13, lid 1, van het Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (wet betreffende het ambtenarenstatuut van 1979), in de versie van de bondswet die is bekendgemaakt in BGBl. I, nr. 119/2002, dat tot en met 30 december 2016 een ambtenaar met pensioen ging bij voltooiing van het vijftenzestigste levensjaar.

- 15 § 24 van de Dienstpragmatik (dienstvoorschriften), in de versie die is bekendgemaakt in RGBl. nr. 15/1914 (hierna: „DP”), van toepassing op de politiediensten, bepaalde in lid 1:

„Van een ambtenaar wordt verwacht dat hij tijdens zijn dienst en daarbuiten de eer van zijn beroep hooghoudt, zich te allen tijde gedraagt volgens de toepasselijke gedragsregels en zich afzijdig houdt van al wat ertoe zou kunnen leiden dat de eerbied en het vertrouwen die zijn functie gebiedt, worden ondermijnd.”

- 16 § 87 DP bepaalde:

„Onverminderd hun strafrechtelijke aansprakelijkheid worden ambtenaren die hun beroeps- en officiële verplichtingen niet in acht nemen, onderworpen aan bestuurlijke of tuchtrechtelijke sancties, naargelang het plichtsverzuim een loutere inbreuk vormt op bestuurlijke voorschriften dan wel, gelet op het feit dat staatsbelangen zijn geschaad of aangetast, de aard of ernst van de inbreuk, het feit dat er sprake is van recidive of van andere verzwarende omstandigheden, een inbreuk op dienstverplichtingen.”

- 17 § 93 DP bepaalde in lid 1:

„De tuchtsancties zijn:

- a) berisping,
- b) uitsluiting van loonsverhoging,
- c) vermindering van het maandelijks loon, met uitzondering van de kostwinnerstoelage,
- d) pensionering met korting van de pensioenuitkering,
- e) tuchtrechtelijk ontslag.”

- 18 § 97 DP luidde:

„1. Pensionering als tuchtsanctie is mogelijk ofwel voor een bepaalde duur, ofwel permanent. De korting van de normale pensioenuitkering (of van de vergoeding) mag niet meer dan 25 % bedragen.

2. Bij het verstrijken van de in de beslissing bepaalde periode moet de ambtenaar worden behandeld alsof hij, overeenkomstig § 76, tijdelijk op pensioen was gesteld op de datum waarop de tuchtrechtelijke beslissing definitief is geworden.”

#### **Hoofdgeding en prejudiciële vragen**

- 19 E.B., een in 1942 geboren man, is als federaal politieagent met pensioen.
- 20 Bij vonnis van 10 september 1974 heeft het Landesgericht für Strafsachen Wien (regionale strafrechter Wenen, Oostenrijk) E.B., destijds politieagent in actieve dienst, op grond van § 129, punt I, StG veroordeeld tot een voorwaardelijke vrijheidsstraf met een proeftijd van drie jaar, wegens poging tot gelijkgeslachtelijke ontucht jegens twee minderjarigen op 25 februari 1974.
- 21 E.B. heeft hoger beroep tegen dat vonnis ingesteld bij het Oberlandesgericht Wien (regionale rechter in tweede aanleg Wenen, Oostenrijk), dat zijn hoger beroep heeft verworpen.
- 22 Bij beslissing van 10 juni 1975 (hierna: „tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975”) heeft de tuchtcommissie van de Bundespolizeidirektion Wien (directie van de federale politie Wenen, Oostenrijk) E.B. een sanctie opgelegd wegens niet-nakoming van zijn tuchtrechtelijke verplichtingen doordat hij twee minderjarigen van het mannelijke geslacht, van 14 respectievelijk 15 jaar oud, had aangezet tot seksuele handelingen met hem, reden waarom hij overeenkomstig § 8 en § 129, punt I, StG was veroordeeld wegens poging tot gelijkgeslachtelijke ontucht met jongeren. Volgens de bewoordingen van deze beslissing „heeft [hij] aldus een dienstmisdrijf [...] gepleegd. Derhalve wordt hem een tuchtstraf opgelegd in de vorm van verplichte definitieve pensionering met verminderde pensioenuitkering, waarbij de korting wordt vastgesteld op 25 % van de normale pensioenuitkering [§ 93, lid 1, onder d), juncto § 97, lid 1, DP].”
- 23 E.B. heeft beroep tegen deze beslissing ingesteld bij de hoogste tuchtcommissie van het Bundesministerium für Inneres (federaal ministerie van Binnenlandse Zaken, Oostenrijk), die dit beroep heeft verworpen bij beslissing van 24 maart 1976 (hierna: „bevestigende tuchtrechtelijke beslissing van 24 maart 1976”). Dientengevolge werd E.B. met ingang van 1 april 1976 op pensioen gesteld. Volgens de toelichting in de verwijzingsbeslissing zou E.B., zonder deze tuchtrechtelijke beslissing, overeenkomstig de Oostenrijkse wettelijke regeling op 1 januari 2008 met pensioen zijn gegaan.
- 24 Bij beslissing van 17 mei 1976 is de pensioenuitkering van E.B. vastgesteld op basis van zijn pensionering met ingang van 1 april 1976 en rekening houdend met de door de tuchtcommissie gelaste korting met 25 %.
- 25 Op 2 juni 2008 heeft E.B. zich tot de tuchtautoriteit gewend met verzoek om de tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975 nietig te verklaren en de tuchtprocedure tegen hem te beëindigen.
- 26 Bij beslissing van 17 juni 2009 heeft de hoogste tuchtcommissie van het Bundeskanzleramt (bondskanselarij, Oostenrijk) dit verzoek afgewezen.
- 27 Bij arrest van 26 januari 2012 heeft het Verwaltungsgerichtshof (hoogste bestuursrechter, Oostenrijk) het door E.B. tegen deze beslissing ingestelde beroep ongegrond verklaard.
- 28 Bovendien heeft E.B. op 11 februari 2009 bij de pensioeninstantie verzoeken ingediend tot berekening en nabetaling van loon en tot toekenning van een hogere pensioenuitkering. Hij stelt primair dat hij voor zijn loon en pensioenuitkering, wil men de bestaande discriminatie ongedaan maken, moet worden geacht in actieve dienst te zijn gebleven tot aan de wettelijke pensioenleeftijd. Subsidiair stelt hij op zijn minst recht te hebben op een volledige pensioenuitkering zonder korting.
- 29 Bij beslissing van 9 oktober 2013 heeft het federale ministerie van Binnenlandse Zaken het verzoek van E.B. tot nabetaling van loon afgewezen. De minister heeft in wezen geoordeeld dat E.B. geen schade had geleden aangezien de inkomsten die hij in de privésector had ontvangen na het federale openbare ambt te hebben verlaten, meer bedragen dan de inkomsten die hij zou hebben ontvangen was hij federaal ambtenaar gebleven.
- 30 Bij beslissing van 11 juni 2015 heeft de Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter de verzoeken van E.B., die hij ondertussen ten dele had gewijzigd om een hogere pensioenuitkering te ontvangen, afgewezen.

- 31 Bij vonnis van 25 mei 2016 heeft het Bundesverwaltungsgericht (federale bestuursrechter, Oostenrijk) het door E.B. tegen deze beslissing ingestelde beroep ongegrond verklaard.
- 32 E.B. heeft beroep in Revision tegen dit vonnis ingesteld bij het Verwaltungsgerichtshof. In de motivering van het verzoek om dat beroep te mogen instellen, heeft hij met name de vraag opgeworpen of de rechtsgevolgen van de bevestigende tuchtrechtelijke beslissing van 24 maart 1976 gelet op het discriminatieverbod van artikel 2 van richtlijn 2000/78 – wat de door deze beslissing getroffen pensioenrechten betreft – zijn vervallen.
- 33 Het Verwaltungsgerichtshof heeft geoordeeld dat het door E.B. ingestelde beroep in Revision geoorloofd was, voor zover hij in de motivering van zijn verzoek om dat beroep te mogen instellen de uitlegging van artikel 2 van richtlijn 2000/78 aan de orde heeft gesteld.
- 34 Het Verwaltungsgerichtshof gaat bovendien ervan uit dat in de beslissing van de hoogste tuchtcommissie van de bondskanselarij van 17 juni 2009 niet op rechtens bindende en definitieve wijze is beslist over de kwestie van een beperking van de rechtsgevolgen van de bevestigende tuchtrechtelijke beslissing van 24 maart 1976.
- 35 Volgens de verwijzende rechter staat vast dat op het tijdstip van vaststelling van de tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975 en van de bevestigende tuchtrechtelijke beslissing van 24 maart 1976 het Unierecht zich niet verzette tegen de sancties die E.B. zijn opgelegd wegens de destijds aan hem ten laste gelegde feiten.
- 36 Hij voegt daaraan evenwel toe dat na de inwerkingtreding van richtlijn 2000/78 het in Oostenrijk niet meer mogelijk zou zijn geweest om een vergelijkbare tuchtsanctie op te leggen. Het zou immers niet langer toegestaan zijn geweest om zelfs tuchtrechtelijk een onderscheid te maken naargelang ontucht jegens een minderjarige tussen 14 en 18 jaar oud wordt gepleegd tussen homoseksuelen van het mannelijke geslacht dan wel tussen heteroseksuelen of lesbiennes. Kennelijk lag een dergelijk onderscheid ten grondslag aan de tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975, aangezien bij deze beslissing in wezen ervan werd uitgegaan dat de aan E.B. ten laste gelegde feiten destijds strafbaar waren omdat het ging om homoseksuele contacten tussen mannen. Ook al kan niet worden uitgesloten dat een vergelijkbaar verzoek tot het verrichten van heteroseksuele of lesbische handelingen als strijdig met de goede zeden zou zijn beschouwd en ten tijde van de feiten tot een tuchtrechtelijke vervolging zou hebben kunnen leiden, een eventuele tuchtsanctie jegens een ambtenaar die aan ontucht schuldig zou zijn bevonden, zou, wanneer de bestanddelen van § 129, punt I, StG niet voorhanden zouden zijn geweest, aanzienlijk milder zijn uitgevallen. Volgens de verwijzende rechter zouden met name de door E.B. gepleegde feiten pensionering als tuchtsanctie niet hebben kunnen rechtvaardigen.
- 37 Met de inwerkingtreding van richtlijn 2000/78 zou de rechtssituatie in het hoofdgeding aldus zijn gewijzigd dat voor de perioden na de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn de aan E.B. uitbetaalde pensioenuitkering zonder enige vorm van discriminatie zou moeten worden berekend. In dit verband refereert de verwijzende rechter aan het arrest van het Hof van 29 april 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212).
- 38 Tegen deze achtergrond heeft het Verwaltungsgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
- „1) Verzet artikel 2 van [richtlijn 2000/78] zich tegen de handhaving van de nieuwe rechtsgevolgen van een naar nationaal recht onherroepelijk geworden bestuurlijke beslissing op het gebied van het ambtenarentuchtrecht (tuchtrechtelijke beslissing) waarbij een ambtenaar op pensioen wordt gesteld met korting van de pensioenuitkering, indien bij de vaststelling van deze bestuurlijke beslissing bepalingen van het Unierecht, met name richtlijn 2000/78, nog niet van toepassing waren, maar een (theoretische) soortgelijke beslissing in strijd zou zijn met richtlijn 2000/78 als die zou zijn genomen binnen de temporele werkingssfeer ervan?
- 2) Indien het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt, is het dan voor de totstandbrenging van een situatie zonder discriminatie

- a) uit het oogpunt van het Unierecht vereist dat de ambtenaar met het oog op de berekening van zijn pensioenuitkering wordt behandeld alsof hij in de periode tussen het tijdstip waarop de bestuurlijke beslissing van kracht is geworden en het tijdstip waarop hij de wettelijke pensioenleeftijd heeft bereikt, niet met pensioen maar in actieve dienst is geweest, of
  - b) is het hiervoor voldoende dat wordt erkend dat het passend is hem de ongekorte pensioenuitkering te verlenen waarop hij recht heeft ten gevolge van zijn pensionering op het in de bestuurlijke beslissing genoemde tijdstip?
- 3) Is voor de beantwoording van de tweede vraag van belang of de betrokken ambtenaar vóór het bereiken van de pensioenleeftijd zelf stappen heeft ondernomen om daadwerkelijk in actieve dienst van de federale overheid te treden?
  - 4) Indien het (eventueel naargelang van de in de derde vraag vermelde omstandigheden) voldoende wordt geacht dat de procentuele korting van de pensioenuitkering ongedaan wordt gemaakt, brengt het discriminatieverbod van richtlijn 2000/78 dan met zich mee dat de nationale rechter bij de berekening van de pensioenuitkering de richtlijn ook bij voorrang moet toepassen boven daarmee strijdig nationaal recht wat de tijdvakken betreft die zijn voorafgegaan aan het tijdstip waarop de richtlijn in Oostenrijk rechtstreeks van toepassing is geworden?
  - 5) Indien het antwoord op de vierde vraag bevestigend luidt, op welk tijdstip heeft een dergelijke ‚terugwerkende kracht’ dan betrekking?”

## **Beantwoording van de prejudiciële vragen**

### ***Eerste vraag***

- 39 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2 van richtlijn 2000/78 aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op de rechtsgevolgen van een definitieve tuchtrechtelijke beslissing die is genomen voor de inwerkingtreding van deze richtlijn en waarbij de vervroegde pensionering van een ambtenaar wordt gelast, samen met een korting van het bedrag van zijn pensioen.
- 40 Volgens vaste rechtspraak van het Hof blijkt uit zowel de titel en de considerans als de inhoud en de strekking van richtlijn 2000/78 dat zij strekt tot invoering van een algemeen kader om voor eenieder gelijke behandeling „in arbeid en beroep” te waarborgen door een doeltreffende bescherming te bieden tegen discriminatie op één van de in artikel 1 ervan genoemde gronden, waaronder seksuele geaardheid (zie in die zin arresten van 18 juni 2009, Hütter, C-88/08, EU:C:2009:381, punt 33, en 19 september 2018, Bedi, C-312/17, EU:C:2018:734, punt 28).
- 41 Teneinde op de eerste vraag van de verwijzende rechter te antwoorden, dient in eerste instantie te worden nagegaan of een situatie als die welke is ontstaan door de tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975, binnen de werkingssfeer *ratione materiae* van richtlijn 2000/78 valt.
- 42 In dat verband volgt allereerst uit artikel 3, lid 1, onder c), van deze richtlijn dat zij binnen de grenzen van de aan de Unie verleende bevoegdheden „zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, [van toepassing is] op alle personen” met betrekking tot onder meer „werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning” (arresten van 12 oktober 2010, Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, EU:C:2010:600, punt 20, en 24 november 2016, Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, punt 32).
- 43 In casu is E.B., politieambtenaar, bij wijze van tuchtsanctie vervroegd met pensioen gesteld en is het bedrag van zijn ouderdomspensioen met 25 % gekort. In deze omstandigheden dient te worden vastgesteld dat de tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975, voor zover daarbij vervroegde pensionering is gelast, van invloed was op zijn werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, in de zin van artikel 3, lid 1, onder c), van richtlijn 2000/78.

- 44 Met het oog op de beoordeling of een pensioen als in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 valt, zij niettemin eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak deze werkingssfeer, gelet op artikel 3, lid 1, onder c), en lid 3, van deze richtlijn, gelezen in samenhang met overweging 13 ervan, aldus moet worden begrepen dat daaronder niet de stelsels voor sociale zekerheid en voor sociale bescherming vallen waarvan de uitkeringen niet worden gelijkgesteld met een „beloning” in de betekenis die bij de toepassing van artikel 157, lid 2, VWEU aan dat woord wordt gegeven (arresten van 6 december 2012, Dittrich e.a., C-124/11, C-125/11 en C-143/11, EU:C:2012:771, punt 31, en 19 september 2018, Bedi, C-312/17, EU:C:2018:734, punt 30).
- 45 In dat verband kan enkel het criterium dat is ontleend aan de vaststelling dat het pensioen aan de werknemer wordt uitgekeerd op grond van de arbeidsverhouding tussen hem en zijn voormalige werkgever, dat wil zeggen het aan de bewoordingen van dat artikel ontleende criterium van de dienstbetrekking, beslissend zijn (zie in die zin arresten van 28 september 1994, Beune, C-7/93, EU:C:1994:350, punt 43, en 1 april 2008, Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 46 In deze context valt het pensioen dat slechts geldt voor een bijzondere categorie werknemers, rechtstreeks afhankelijk is van het aantal dienstjaren en waarvan de hoogte wordt berekend op basis van het laatste loon, binnen de werkingssfeer van dat artikel (zie in die zin arresten van 1 april 2008, Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, punten 47 en 48, en 24 november 2016, Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, punt 35).
- 47 Het staat aan de verwijzende rechter om tegen de achtergrond van deze elementen na te gaan of het aan E.B. uitgekeerde rustpensioen binnen de werkingssfeer van artikel 157 VWEU valt en inzonderheid of dat pensioen naar nationaal recht wordt beschouwd als een beloning die blijvend wordt betaald op grond van een dienstbetrekking die blijft bestaan nadat de ambtenaar een rustpensioen wordt toegekend, zoals het pensioen voor een openbaar ambt waarover het ging in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 21 januari 2015, Felber (C-529/13, EU:C:2015:20).
- 48 Gelet op het voorgaande valt een situatie die is ontstaan als gevolg van de tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975, voor zover het aan E.B. uitgekeerde pensioen een „beloning” in de zin van artikel 157 VWEU en dus van richtlijn 2000/78 vormt, binnen de werkingssfeer *ratione materiae* van deze richtlijn.
- 49 In tweede instantie dient te worden onderzocht of een dergelijke situatie binnen de werkingssfeer *ratione temporis* van deze richtlijn valt.
- 50 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is een nieuwe rechtsregel van toepassing vanaf de inwerkingtreding van de handeling waarbij hij is ingevoerd en is een dergelijke regel weliswaar niet van toepassing op rechtssituaties die zijn ontstaan en definitief zijn verworven onder de oude rechtsregel, maar wel op de toekomstige gevolgen daarvan en op nieuwe rechtssituaties. Dit ligt slechts anders, onder voorbehoud van het beginsel dat rechtshandelingen geen terugwerkende kracht hebben, wanneer de nieuwe regel gepaard gaat met bijzondere bepalingen die de voorwaarden voor toepassing *ratione temporis* ervan vastleggen (arresten van 16 december 2010, Stichting Natuur en Milieu e.a., C-266/09, EU:C:2010:779, punt 32, en 26 maart 2015, Commissie/Moravia Gas Storage, C-596/13 P, EU:C:2015:203, punt 32).
- 51 In casu dient te worden vastgesteld dat als gevolg van de tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975 een rechtssituatie is ontstaan die definitief verworven was vóór de toepassing van richtlijn 2000/78.
- 52 Bijgevolg kan een beslissing als in het hoofdgeding, bij gebreke van bijzondere bepalingen in die zin in richtlijn 2000/78, niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht worden gebracht voor de periode vóór het verstrijken van de omzettingstermijn van deze richtlijn (zie in die zin arrest van 10 mei 2011, Römer, C-147/08, EU:C:2011:286, punt 61).
- 53 Bijgevolg heeft richtlijn 2000/78 pas bij het verstrijken van de omzettingstermijn ervan, te weten vanaf 3 december 2003, tot gevolg gehad dat de rechtsgevolgen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde beslissing binnen de werkingssfeer van het Unierecht vielen (zie in die zin arrest van 10 mei 2011, Römer, C-147/08, EU:C:2011:286, punt 63).

- 54 De Oostenrijkse Staat is vanaf 1976 E.B. periodiek een rustpensioen beginnen uit te keren, overeenkomstig de tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975, en die staat is dat pensioen blijven uitkeren na het verstrijken van de omzettingstermijn van richtlijn 2000/78.
- 55 Doordat het pensioen verder aan E.B. werd uitgekeerd, heeft deze beslissing, ofschoon zij inderdaad definitief is geworden vóór het verstrijken van de omzettingstermijn van richtlijn 2000/78, daarentegen niet al haar rechtsgevolgen gesorteerd vóór het verstrijken van deze termijn, maar blijft zij, zolang de betrokkene met pensioen is, periodiek gevolgen sorteren na het verstrijken van deze termijn.
- 56 Bijgevolg vormt, gelet op de in punt 50 van dit arrest aangehaalde rechtspraak, een situatie die is ontstaan als gevolg van de tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975 een situatie die is ontstaan vóór de inwerkingtreding van richtlijn 2000/78, maar waarvan de toekomstige gevolgen door deze richtlijn worden geregeld vanaf het verstrijken van de omzettingstermijn ervan, overeenkomstig het beginsel dat een nieuwe regel onmiddellijk van toepassing is op dergelijke toekomstige gevolgen.
- 57 Gelet op het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 2 van richtlijn 2000/78 aldus moet worden uitgelegd dat het, na het verstrijken van de omzettingstermijn van deze richtlijn, te weten vanaf 3 december 2003, van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een definitieve tuchtrechtelijke beslissing die is genomen vóór de inwerkingtreding van deze richtlijn en waarbij de vervroegde pensionering van een ambtenaar wordt gelast, samen met een korting van het bedrag van zijn pensioen.

### *Tweede tot en met vijfde vraag*

- 58 Met zijn tweede tot en met vijfde vraag, die samen dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter, gelet op het antwoord op de eerste vraag, in wezen te vernemen of en in welke mate richtlijn 2000/78 de nationale rechter verplicht tot heronderzoek van de rechtsgevolgen van de definitieve tuchtrechtelijke beslissing waarbij de vervroegde pensionering van een ambtenaar wordt gelast, samen met een korting van het bedrag van zijn pensioen.
- 59 Vooraf zij opgemerkt dat de Oostenrijkse regering aanvoert dat de tuchtrechtelijke voorschriften die van toepassing waren op E.B. en op grond waarvan ambtenaren de eer van hun beroep tijdens en buiten de diensturen moesten hooghouden, homoseksuelen en heteroseksuelen dezelfde sanctie oplegden wanneer zij een strafbaar feit hadden gepleegd. Bijgevolg riepen deze voorschriften geen directe discriminatie op grond van seksuele geaardheid in het leven.
- 60 Zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt in zijn verwijzingsbeslissing en zoals blijkt uit punt 36 van dit arrest, is de tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975, die is bevestigd bij de bevestigende tuchtrechtelijke beslissing van 24 maart 1976, niettemin voornamelijk gesteund op de strafwaardigheid, destijds, van de aan E.B. ten laste gelegde feiten overeenkomstig een bepaling van Oostenrijks recht op grond waarvan ontucht door een man jegens een gelijkgeslachtelijke persoon jonger dan 18 jaar strafbaar was, anders dan ontucht door een heteroseksuele persoon of een lesbische persoon jegens een persoon jonger dan 18 jaar. De verwijzende rechter heeft tevens benadrukt dat een eventuele tuchtsanctie aanzienlijk milder zou zijn uitgevallen ingeval de in deze Oostenrijkse strafbepaling gestelde bestanddelen van gelijkgeslachtelijke ontucht door een man niet voorhanden waren geweest.
- 61 Hieruit volgt dat een situatie als die welke is ontstaan als gevolg van de tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975, die is gebaseerd op een verschil in behandeling op grond van seksuele geaardheid, directe discriminatie in de zin van artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78 oplevert.
- 62 In aansluiting op deze vaststelling dient te worden opgemerkt dat de tuchtsanctie waarbij E.B. vervoegd op pensioen is gesteld, op 1 april 1976 is ingegaan. Deze sanctie is definitief geworden vóór het verstrijken van de omzettingstermijn van richtlijn 2000/78 en heeft al haar gevolgen gesorteerd op het tijdstip van de inwerkingtreding ervan. Derhalve kan deze sanctie, gelet op het antwoord op de eerste vraag, niet langer worden aangevochten op grond van deze richtlijn. Aan deze vaststelling kan niet worden afgedaan door het feit dat E.B., aldus de verwijzende rechter, geen pensionering als tuchtsanctie had kunnen worden opgelegd gesteld dat de hem ten laste gelegde feiten toentertijd niet strafbaar zouden zijn geweest.

- 63 In deze omstandigheden kan een persoon als E.B. zich niet op de bepalingen van richtlijn 2000/78 beroepen met het oog op wedersamenstelling van de loopbaan die hij zou hebben gehad indien de tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975 niet zou zijn genomen.
- 64 Voor de berekening van het bedrag van het pensioen van een persoon als E.B. kan deze persoon dus niet worden geacht zich voor de periode vanaf de inwerkingtreding van de tuchtrechtelijke beslissing van 10 juni 1975 tot aan zijn wettelijke pensioenleeftijd te bevinden in actieve dienst als ambtenaar. Bijgevolg is het op grond van het Unierecht niet vereist dat de Oostenrijkse Staat een beloning uitkeert of een pensioenrecht erkent voor deze periode.
- 65 Wat, daarentegen, de sanctie betreft waarbij de pensioenuitkering van E.B. met 25 % is gekort op basis van zijn pensionering per 1 april 1976, zij benadrukt dat de gevolgen waartoe deze sanctie heeft geleid vóór het verstrijken van de omzettingstermijn van richtlijn 2000/78, gelet op het antwoord op de eerste vraag, weliswaar niet op grond van deze richtlijn kunnen worden aangevochten, maar het aldus gekorte pensioen wordt nog steeds periodiek aan E.B. uitgekeerd. Toepassing van richtlijn 2000/78 vanaf het verstrijken van de omzettingstermijn ervan impliceert overeenkomstig de in punt 50 van dit arrest aangehaalde rechtspraak bijgevolg dat de korting van het bedrag van het pensioen van E.B. vanaf deze datum wordt heronderzocht om een einde te maken aan de discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Uitgangspunt voor de berekening die dit heronderzoek vereist, is het bedrag van het pensioen waarop E.B. recht zou hebben gehad rekening houdend met zijn pensionering per 1 april 1976.
- 66 In dat verband dient de verwijzende rechter na te gaan of een ambtenaar die toentertijd op vergelijkbare wijze als E.B. zijn tuchtplichten niet zou zijn nagekomen, een tuchtsanctie zou zijn opgelegd indien geen rekening ermee zou worden gehouden dat dit plichtsverzuim een handeling tussen homoseksuele mannen inhield.
- 67 In casu heeft de verwijzende rechter opgemerkt dat ook al valt niet uit te sluiten dat een vergelijkbare aanzet jegens een minderjarige tot heteroseksuele of lesbische handelingen zou zijn beschouwd en bestraft als een plichtsverzuim van een politieambtenaar, de tuchtsanctie die E.B. zou zijn opgelegd, aanzienlijk milder zou zijn uitgevallen wanneer de in de betrokken Oostenrijkse strafbepaling gestelde bestanddelen niet voorhanden zouden zijn geweest. In die omstandigheden staat het aan de verwijzende rechter om te bepalen of dit plichtsverzuim zou hebben geleid tot een tuchtsanctie bestaande in een korting van het bedrag van het rustpensioen en, in voorkomend geval, hoe groot de als tuchtsanctie aan E.B. opgelegde korting van de pensioenuitkering zou zijn geweest in een situatie zonder discriminatie op grond van seksuele geaardheid, waarbij deze korting in elk geval minder dan 25 % moet zijn.
- 68 Bij de toepassing van richtlijn 2000/78 en aangezien het erom gaat aan discriminatie als in het hoofdgeding een einde te maken door te bepalen met welk percentage de pensioenuitkering van E.B. moet worden gekort, is het feit dat de betrokkene vóór zijn wettelijke pensioenleeftijd al dan niet spontaan stappen heeft ondernomen om in het openbaar ambt actief te zijn of tijdens zijn vervroegde pensionering in de privésector heeft gewerkt, van geen belang.
- 69 De verwijzende rechter moet dus bepalen welk pensioenbedrag aan E.B. moet worden uitgekeerd voor de periode vanaf 3 december 2003.
- 70 Gelet op het voorgaande dient op de tweede tot en met de vijfde vraag te worden geantwoord dat richtlijn 2000/78 aldus moet worden uitgelegd dat zij in een situatie als bedoeld in punt 57 van dit arrest de nationale rechter verplicht tot heronderzoek, voor de periode vanaf 3 december 2003, niet van de definitieve tuchtsanctie waarbij de vervroegde pensionering van de betrokken ambtenaar is gelast, maar van de korting van het bedrag van zijn pensioen, teneinde te bepalen welk bedrag hij zou hebben ontvangen in een situatie zonder discriminatie op grond van seksuele geaardheid.

## **Kosten**

- 71 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen

wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Artikel 2 van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep moet aldus worden uitgelegd dat het, na het verstrijken van de omzettingstermijn van deze richtlijn, te weten vanaf 3 december 2003, van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een definitieve tuchtrechtelijke beslissing die is genomen vóór de inwerkingtreding van deze richtlijn en waarbij de vervroegde pensionering van een ambtenaar wordt gelast, samen met een korting van het bedrag van zijn pensioen.**
- 2) **Richtlijn 2000/78 moet aldus worden uitgelegd dat zij in een situatie als bedoeld in punt 1 van het dictum van dit arrest de nationale rechter verplicht tot heronderzoek, voor de periode vanaf 3 december 2003, niet van de definitieve tuchtsanctie waarbij de vervroegde pensionering van de betrokken ambtenaar is gelast, maar van de korting van het bedrag van zijn pensioen, teneinde te bepalen welk bedrag hij zou hebben ontvangen in een situatie zonder discriminatie op grond van seksuele geaardheid.**

ondertekeningen

---

\* Procestaal: Duits.