OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO NIILA JÄÄSKINENA przedstawiona w dniu 15 lipca 2010 r.[1]

Spis treści

I — Wprowadzenie ..... I - 3596

II — Ramy prawne ..... I - 3597

A — Prawo Unii ..... I - 3597

1. Karta praw podstawowych Unii Europejskiej ..... I - 3597

2. Traktat WE ..... I - 3597

3. Dyrektywa 2000/78 ..... I - 3598

B — Prawo krajowe ..... I - 3599

1. Ustawa zasadnicza ..... I - 3599

2. Ustawa o zarejestrowanych związkach partnerskich ..... I - 3600

3. Przepisy obowiązujące w kraju związkowym Hamburga w zakresie systemów emerytalnych ..... I - 3600

4. HmbZVG ..... I - 3601

5. 1.RGG ..... I - 3602

III — Spór przed sądem krajowym ..... I - 3602

IV — Odesłanie prejudycjalne ..... I - 3604

V — Analiza ..... I - 3607

A — Wprowadzenie ..... I - 3607

B — W przedmiocie zakresu przedmiotowego stosowania dyrektywy 2000/78 ..... I - 3609

1 — Język oryginału: francuski

1. W przedmiocie art. 3 ust. 3 dyrektywy 2000/78 ..... I - 3609

2. W przedmiocie motywu 22 dyrektywy 2000/78 ..... I - 3614

C — W przedmiocie istnienia dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w rozumieniu dyrektywy 2000/78 ..... I - 3617

1. W przedmiocie dyskryminacji bezpośredniej ..... I - 3617

2. W przedmiocie dyskryminacji pośredniej ..... I - 3622

3. Wnioski tymczasowe ..... I - 3625

D — W przedmiocie naruszenia art. 141 WE lub zasady ogólnej prawa wspólnotowego ..... I - 3626

E — W przedmiocie aspektów czasowych sprawy ..... I - 3631

1. W przedmiocie skutków w czasie prawa do równego traktowania ..... I - 3631

2. W przedmiocie ograniczenia w czasie skutku wyroku Trybunału ..... I - 3636

F — W przedmiocie powiązania pomiędzy zasadą równego traktowania a wynikającym z prawa krajowego celem zapewnienia szczególnej ochrony małżeństwa i rodziny ..... I - 3638

1. W przedmiocie pierwszeństwa zasady prawa wspólnotowego dotyczącej równego traktowania ..... I - 3638

2. W przedmiocie ewentualnego uzasadnienia dyskryminacji na podstawie celu wynikającego z prawa krajowego ..... I - 3640

VI — Wnioski ..... I - 3642

I — Wprowadzenie

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni ogólnych zasad i przepisów prawa Unii, zarówno pierwotnego, jak i wtórnego, odnoszących się do dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i pracy ze względu na orientację seksualną.

2. Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy J. Römerem a Freie und Hansestadt Hamburg [2] dotyczącego odmowy przyznania J. Römerowi uzupełniającego świadczenia emerytalnego w żądanej przez niego wysokości, biorąc pod uwagę, że sposób obliczania przyjęty przez jego dawnego pracodawcę był korzystniejszy dla beneficjentów pozostających w związku małżeńskim niż dla beneficjentów, którzy, tak jak on, żyją w związkach partnerskich zarejestrowanych zgodnie z prawem niemieckim.

3. Odesłanie prejudycjalne daje Trybunałowi możliwość wyjaśnienia czy też uzupełnienia stanowiska, jakie zajął on w wydanym przez wielką izbę w dniu 1 kwietnia 2008 r. wyroku w sprawie Maruko [3], dotyczącej odmowy przyznania mężczyźnie, który zawarł zarejestrowany związek partnerski i którego partner zmarł, renty wypłacanej w ramach świadczeń przysługujących osobom pozostającym przy życiu, przewidzianych przez branżowy obowiązkowy system emerytalny, którym objęty był jego zmarły partner. Poza tym Trybunał ma możliwość wypowiedzenia się na temat znaczenia swojego orzecznictwa dotyczącego zasady równego traktowania, które rozwinął między innymi w wyrokach w sprawie Mangold [4] i w sprawie Kücükdeveci [5], w obszarze równoległym do dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, czyli w obszarze dyskryminacji ze względu na wiek.

4. W niniejszej sprawie do Trybunału zwrócono się w szczególności o uściślenie zakresu przedmiotowego stosowania dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy [6], o wyszczególnienie elementów stanowiących dyskryminację bezpośrednią lub pośrednią ze względu na orientację seksualną w rozumieniu tego aktu lub innych norm prawa unijnego, a także o określenie skutków czasowych udzielonych odpowiedzi. Niestety zadanie to stało się dla Trybunału trudniejsze w odniesieniu, między innymi, do analizy prawa krajowego ze względu na to, że Republika Federalna Niemiec nie przedstawiła uwag na temat pytań prejudycjalnych, a kraj związkowy Hamburga ograniczył się do złożenia jedynie bardzo zwięzłych uwag na piśmie.

2 — „Wolne i Hanzeatyckie Miasto Hamburg" jest jednocześnie miastem i jednym z szesnastu krajów związkowych (Länder) wchodzących w skład Republiki Federalnej Niemiec. Zgodnie z art. 4 ust. 1 konstytucji Hamburga (Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg) z dnia 6 czerwca 1952 r. działalność państwa i miasta nie została w niej rozdzielona.

3 — Wyrok z dnia 1 kwietnia 2008 r. w sprawie C-267/06, Zb.Orz. s. I-1757.

4 — Wyrok z dnia 22 listopada 2005 r. w sprawie C-144/04, Zb.Orz. s. I-9981.

5 — Wyrok z dnia 19 stycznia 2010 r. w sprawie C-555/07, Zb.Orz. s. I-365.

6 — Dz.U. L 303, s. 16.

II — Ramy prawne

A — *Prawo Unii* [7]

1. Karta praw podstawowych Unii Europejskiej

5. Artykuł 21 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej [8] ma następujące brzmienie: „Zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną".

2. Traktat WE

6. Na mocy traktatu z Amsterdamu [9] art. 13 ust. 1 traktatu WE otrzymał nowe brzmienie, zgodnie z którym: „Bez uszczerbku dla innych postanowień niniejszego Traktatu i w granicach kompetencji, które Traktat powierza Wspólnocie, Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim, może podjąć środki niezbędne w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną".

7. Artykuł 141 WE przewiduje:

„1. Każde państwo członkowskie zapewnia stosowanie zasady równości wynagrodzeń dla pracowników płci męskiej i żeńskiej za taką samą pracę lub pracę tej samej wartości.

2. Do celów niniejszego artykułu przez wynagrodzenie rozumie się zwykłą podstawową lub minimalną płacę lub uposażenie oraz wszystkie inne korzyści w gotówce lub w naturze, otrzymywane przez pracownika bezpośrednio lub pośrednio, z racji zatrudnienia, od pracodawcy.

7 — Ponieważ spór przed sądem krajowym dotyczy przepisów prawa niemieckiego w brzmieniu sprzed wejścia w życie Traktatu FUE, czyli sprzed 1 grudnia 2009 r., odwołania do postanowień traktatu WE są dokonywane zgodnie z numeracją stosowaną przed tą datą.

8 — Proklamowana w Nicei w dniu 7 grudnia 2000 r. (Dz.U. C 364, s. 1), wraz z przyjęciem traktatu z Lizbony wprowadzono do niej zmiany i nadano wiążącą moc prawną (Dz.U. C 303, s. 1, zwana dalej „kartą praw podstawowych").

9 — Dz.U. 1997, C 340, s. 1.

Równość wynagrodzenia bez dyskryminacji ze względu na płeć oznacza, że:

a) wynagrodzenie przyznane za taką samą pracę na akord jest określane na podstawie takiej samej jednostki miary;

b) wynagrodzenie za pracę na czas jest takie samo na tym samym stanowisku. […]".

3. Dyrektywa 2000/78

8. Motywy trzynasty i dwudziesty drugi dyrektywy 2000/78, która została wydana na podstawie art. 13 WE mają następujące brzmienie:

„(13) Niniejszej dyrektywy nie stosuje się do uregulowań w zakresie zabezpieczenia społecznego i ochrony socjalnej, których korzyści nie są tożsame z dochodami w znaczeniu nadanym temu terminowi do celów stosowania art. 141 traktatu WE, ani do wszelkiego rodzaju płatności dokonywanych przez państwo, których celem jest dostęp do zatrudnienia lub utrzymanie zatrudnienia.

[…]

(22) Niniejsza dyrektywa nie narusza przepisów prawa krajowego dotyczących stanu cywilnego i wynikających z tego świadczeń".

9. Artykuł 1 dyrektyw stanowi:

„Celem niniejszej dyrektywy jest wyznaczenie ogólnych ram dla walki z dyskryminacją ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w odniesieniu do zatrudnienia i pracy, w celu realizacji w państwach członkowskich zasady równego traktowania".

10. Na mocy art. 2 wspomnianej dyrektywy:

„1. Do celów niniejszej dyrektywy »zasada równego traktowania« oznacza brak jakichkolwiek form bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji z przyczyn określonych w art. 1.

2. Do celów ust. 1:

a) dyskryminacja bezpośrednia występuje w przypadku gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w porównywalnej sytuacji, z jakiejkolwiek przyczyny wymienionej w art. 1;

b) dyskryminacja pośrednia występuje w przypadku, gdy przepis, kryterium lub pozornie neutralna praktyka może doprowadzić do szczególnej niekorzystnej sytuacji dla osób danej religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej, w stosunku do innych osób, chyba że:

i) taki przepis, kryterium lub praktyka jest obiektywnie uzasadniona zgodnym z prawem celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne […]".

11. Artykuł 3 dyrektywy 2000/78 ma następujące brzmienie:

„1. W granicach kompetencji Wspólnoty, niniejszą dyrektywę stosuje się do wszystkich osób, zarówno sektora publicznego jak i prywatnego, włącznie z instytucjami publicznymi, w odniesieniu do:

[…]

c) warunków zatrudnienia i pracy, łącznie z warunkami zwalniania i wynagradzania;

[…]

3. Niniejszej dyrektywy nie stosuje się do wszelkiego rodzaju płatności dokonanych z systemów publicznych lub podobnych, włączając w to systemy zabezpieczenia społecznego i ochrony socjalnej.[…]".

12. Zgodnie z art. 18 akapit pierwszy dyrektywy 2000/78, państwa członkowskie powinny co do zasady przyjąć przepisy ustawodawcze, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania dyrektywy najpóźniej do dnia 2 grudnia 2003 r. lub mogą powierzyć partnerom społecznym wprowadzenie w życie tej dyrektywy w zakresie przepisów dotyczących zbiorowych układów pracy.

B — *Prawo krajowe*

1. Ustawa zasadnicza

13. Artykuł 6 ust. 1 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (ustawy zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec, zwanej dalej „ustawą zasadniczą") [10] stanowi, że: „[m]ałżeństwo i rodzina objęte są szczególną ochroną państwa".

10 — Ustawa zasadnicza Federalnej Republiki Niemiec z dnia 23 maja 1949 r., BGBl. III 100-1.

2. Ustawa o zarejestrowanych związkach partnerskich

14. Paragraf 1 Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (ustawy o zarejestrowanych związkach partnerskich) z dnia 16 lutego 2001 r. [11], zmienionej ustawą z dnia 15 grudnia 2004 r. [12] (zwanej dalej „LPartG") przewiduje w odniesieniu do formy i warunków zawarcia takiego związku partnerskiego:

„(1) Dwie osoby tej samej płci zawierają związek partnerski, gdy oświadczają wzajemnie, osobiście i w swej obecności, że zamierzają prowadzić wspólnie partnerstwo zarejestrowane (partnerzy zarejestrowani). Oświadczenia nie mogą być składane z zastrzeżeniem warunku lub terminu. Oświadczenia są skuteczne, jeśli są składane przed organem właściwej władzy. […]".

15. Paragraf 2 LPartG stanowi:

„Partnerzy zarejestrowani zobowiązani są do wzajemnej pomocy i wsparcia oraz do prowadzenia wspólnego życia. Przyjmują wobec siebie zobowiązania".

16. Na mocy § 5 wspomnianej ustawy:

„Partnerzy zarejestrowani zobowiązani są wzajemnie do przyczyniania się w odpowiedni sposób do zaspokajania potrzeb wspólnoty partnerskiej poprzez pracę i posiadany majątek. Paragraf 1360 zdanie drugie, § 1360a i § 1360b kodeksu cywilnego [Bürgerliches Gesetzbuch zwanego dalej »BGB«], a także § 16 akapit drugi stosuje się odpowiednio".

17. Paragraf 11 ust. 1 tej ustawy, dotyczący innych skutków zarejestrowanego związku partnerskiego, przewiduje:

„Z zastrzeżeniem innych przepisów, partner zarejestrowany jest uznawany za członka rodziny drugiego partnera zarejestrowanego".

3. Przepisy obowiązujące w kraju związkowym Hamburga w zakresie systemów emerytalnych

18. Na prawo krajowe właściwe w odniesieniu do sporu przed sądem krajowym składają się dwa akty ustawodawcze, które zostały przyjęte przez kraj związkowy Hamburga [13]:

11 — BGBl. 2001 I, s. 266.

12 — BGBl. 2004 I, s. 3396. Zdaniem sądu krajowego przepisy te są istotne w niniejszym przypadku.

13 — Informacje udzielone przez sąd krajowy oraz Komisję nie są kompletne, jeśli chodzi o dokładne brzmienie obowiązujących przepisów. Moim zdaniem jednak są one wystarczające do celów przeprowadzenia w świetle prawa unijnego badania świadczeń wypłacanych na ich podstawie.

Hamburgisches Zusatzversorgungsgesetz z dnia 7 marca 1995 r. (ustawa o ubezpieczeniu uzupełniającym (zwana dalej „HmbZVG") [14] i Erstes Ruhegeldgesetz der Freien und Hansestadt Hamburg (ustawa o uzupełniających świadczeniach emerytalnych i świadczeniach dla pozostałych przy życiu członków rodzin dla pracowników Freie und Hansestadt Hamburg (zwana dalej „1.RGG") [15] w brzmieniu z dnia 30 maja 1995 r., zmieniona ostatnio w dniu 2 lipca 2003 r.

4. HmbZVG

19. Paragraf 1 HmbZVG stanowi, że ustawa ma zastosowanie do osób zatrudnionych przez Freie und Hansestadt Hamburg, a także do każdej osoby, której Freie und Hansestadt Hamburg winien wypłacać świadczenie ubezpieczeniowe w rozumieniu § 2 (beneficjenci świadczeń). Zgodnie z § 2 świadczenie może być przyznane w postaci emerytury (§ 3–10) lub renty dla pozostałych przy życiu członków rodziny (§ 11–19). Paragraf 2a stanowi, że pracownicy uczestniczą w kosztach świadczeń poprzez uiszczanie składki, której wysokość wynosi początkowo 1,25%. Zgodnie z § 2b obowiązek uiszczania składek powstaje w dniu nawiązania stosunku pracy i wygasa w dniu jego ustania. Paragraf 2c stanowi, że składkę nalicza się na podstawie podlegającego opodatkowaniu wynagrodzenia pobieranego przez pracownika i potrąca się z wynagrodzenia.

20. Paragraf 6 HmbZVG przewiduje, że wysokość miesięcznego świadczenia emerytalnego odpowiada, w odniesieniu do każdego pełnego roku okresu zatrudnienia dającego prawo do emerytury, 0,5% wynagrodzenia uwzględnianego przy obliczeniu emerytury [16].

21. Wynagrodzenie uwzględniane przy obliczaniu wysokości emerytury zostało wyszczególnione w § 7 HmbZVG, podczas gdy okresy zatrudnienia uwzględniane przy obliczaniu emerytury, a także okresy nieuwzględniane, są określone w § 8.

22. Paragraf 29 HmbZVG zawiera uregulowania przejściowe dotyczące beneficjentów świadczeń, którzy byli objęci 1.RGG w rozumieniu § 1 ust. 1 zdanie drugie. Zgodnie z § 29 ust. 1 w związku z § 29 ust. 5 wspomniana kategoria beneficjentów świadczeń nadal pobiera, między innymi na mocy odstępstwa od § 6 ust. 1 i 2, świadczenia równe kwocie, jaką otrzymywali w lipcu 2003 r. lub kwocie, do której mieliby prawo na mocy § 29 ust. 2 i 4 w grudniu 2003 r.

14 — HmbGVBl. s. 53.

15 — Gesetz über die zusätzliche Alters und Hinterbliebenenversorgung für Angestellte und Arbeiter der Freien und Hansestadt Hamburg (Erstes Ruhegeldgesetz – 1.RGG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. Mai 1995 (GVBl. s. 108).

16 — Komisja wskazuje, że podobna zasada „jest także przewidziana w § 1, 1a, 1b i 1c, 6, 7 i 8 1.RGG".

5. 1.RGG

23. Paragraf 10 ust. 6 1.RGG przewiduje:

„(6) Dochód netto, który należy uwzględnić do celów obliczenia świadczenia, ustala się poprzez odliczenie od wynagrodzenia uwzględnianego przy obliczaniu emerytury (§ 8):

1. w przypadku beneficjentów pozostających w związku małżeńskim, niebędących w trwałej separacji w dniu, w którym rozpoczyna się wypłata świadczenia emerytalnego (§ 12 ust. 1), lub beneficjentów, którzy tego samego dnia mogą ubiegać się o wypłatę zasiłków rodzinnych lub podobnych świadczeń – kwoty, która powinna była być zapłacona z tytułu podatku od wynagrodzenia [odliczając część wypłacaną na rzecz Kościoła (Kirchenlohnsteuer)] na podstawie III/0 klasy podatkowej,

2. w przypadku innych beneficjentów – kwoty, która powinna była być wypłacona w pierwszym dniu wypłaty świadczenia emerytalnego, z tytułu podatku od wynagrodzenia (odliczając część wypłacaną na rzecz Kościoła) na podstawie I klasy podatkowej. […]”

24. Zgodnie z § 8 ust. 10 ostatnie zdanie 1.RGG, jeśli wymogi przewidziane w § 10 ust. 6 pkt 1 1.RGG są spełnione dopiero po rozpoczęciu wypłacania świadczenia emerytalnego, na wniosek zainteresowanego należy stosować od tej daty III/0 klasę podatkową.

25. Trzeba dodać, że kwota, jaką należy odliczyć na podstawie III/0 klasy podatkowej jest znacznie niższa od kwoty, jaką należy odliczyć z tytułu I klasy podatkowej.

III — Spór przed sądem krajowym

26. Strony spierają się o wysokość świadczenia, o jakie skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym, J. Römer, może ubiegać się od listopada 2001 r.

27. Jürgen Römer pracował w okresie od 1950 r. aż do dnia 31 maja 1990 r., kiedy to stał się niezdolny do pracy, dla strony pozwanej w postępowaniu przez sądem krajowym, Freie und Hansestadt Hamburg, w charakterze pracownika administracyjnego. Od 1969 r. mieszkał stale z panem U. W dniu 15 października 2001 r. skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym i jego partner zawarli zgodnie z LPartG zarejestrowany związek partnerski. Jürgen Römer poinformował o tym swego pracodawcę pismem z dnia 16 października 2001 r. W kolejnym piśmie, z dnia 28 listopada 2001 r., zażądał przeliczenia wypłacanej mu emerytury poprzez zastosowanie korzystniejszego potrącenia

z wynagrodzenia przewidzianego w przypadku III klasy podatkowej ze skutkiem od dnia 1 sierpnia 2001 r., zgodnie ze wskazówkami udzielonymi przez sąd krajowy, chociaż skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym twierdzi w swoich uwagach, że żądał podwyższenia emerytury dopiero od dnia 1 listopada 2001 r.

28. W piśmie z dnia 10 grudnia 2001 r. Freie und Hansestadt Hamburg poinformował J. Römera, że nie można względem niego zastosować III klasy podatkowej zamiast I klasy podatkowej z tego względu, że na mocy § 10 ust. 6 pkt 1 1.RGG jedynie beneficjenci pozostający w związku małżeńskim i niebędący w trwałej separacji oraz beneficjenci uprawnieni do zasiłków rodzinnych lub podobnych świadczeń mogą być objęci zakresem stosowania III klasy podatkowej.

29. Zgodnie z „zestawieniem praw emerytalnych" sporządzonym przez Freie und Hansestadt Hamburg w dniu 2 września 2001 r. emerytura wypłacana miesięcznie J. Römerowi od września 2001 r. wynosiła przy zastosowaniu I klasy podatkowej – 1 204,55 DEM (615,88 EUR). Zgodnie z obliczeniami zainteresowanego, niepodważanymi przez byłego prawodawcę, ta miesięczna emerytura byłaby we wrześniu 2001 r. o 590,87 DEM (302,11 EUR) wyższa, gdyby zastosowano III klasę podatkową.

30. Spór zawisł przed Arbeitsgericht Hambourg (Niemcy). Jürgen Römer uważa, że ma prawo być, do celów obliczenia świadczenia na podstawie § 10 ust. 6 pkt 1 1.RGG, traktowany jako beneficjent pozostający w związku małżeńskim i niebędący w trwałej separacji. Podnosi, że kryterium „beneficjenta pozostającego w związku małżeńskim i niebędącego w trwałej separacji", przewidziane we wspomnianym przepisie, należy interpretować w ten sposób, że obejmuje beneficjentów, którzy zawarli związek partnerski zarejestrowany zgodnie z LPartG.

31. J. Römer uważa, że jego prawo do równego traktowania w stosunku do beneficjentów pozostających w związku małżeńskim i niebędących w trwałej separacji wynika w każdym razie z dyrektywy 2000/78. Jego zdaniem uzasadnienie różnicy traktowania beneficjentów pozostających w związku małżeńskim i tych pozostających w związku partnerskim, opartej na zdolności małżonków do posiadania dzieci, nie jest przekonywające, gdy weźmie się pod uwagę, że także w ramach związków partnerskich zawartych przez osoby tej samej płci wychowywane są dzieci poczęte przez jednego z partnerów, a poza tym para, która zawarła związek partnerski, może adoptować dzieci. Podnosi także, że ponieważ wspomniana dyrektywa nie została transponowana do prawa krajowego w okresie przewidzianym w jej art. 18 ust. 2, czyli do dnia 2 grudnia 2004 r., znajduje bezpośrednie zastosowanie wobec strony pozwanej w postępowaniu przed sądem krajowym.

32. Freie und Hansestadt Hamburg wniosła o oddalenie skargi. Podnosi, że pojęcie

„pozostający w związku małżeńskim" w rozumieniu § 10 ust. 6 pkt 1 1.RGG nie może być interpretowane w znaczeniu, jakie nadaje mu J. Römer. Co do zasady utrzymuje, że art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej obejmuje małżeństwo i rodzinę specjalną bezwzględnie wiążącą ochroną, ponieważ stanowią od dawna podstawową komórkę społeczną i z tego względu małżeństwo bezdzietne – z wyboru czy też nie – także jest objęte ochroną, gdyż umożliwia uzyskanie równowagi płci na pierwszym poziomie wspólnoty. Poza tym uważa, że zawarcie małżeństwa co do zasady ma miejsce wcześniej od założenia rodziny, ponieważ małżeństwo, jako najpopularniejsza uznana przez prawo forma wspólnoty pomiędzy kobietą i mężczyzną, stanowi ramy dla narodzin dzieci, a zatem przekształcenia pary małżonków w rodzinę.

33. Zdaniem Freie und Hansestadt Hamburg istnieje zbieżność pomiędzy kwestią wspólnego opodatkowania a kwestią możliwości zastosowania w sposób fikcyjny III klasy podatkowej do obliczenia świadczeń wypłacanych na podstawie 1.RGG. Podnosi, że środki finansowe, z których zainteresowani korzystają miesięcznie w celu zaspokojenia potrzeb życia codziennego określone są zarówno przez wspólne opodatkowanie w okresie działalności zawodowej, jak i przez fikcyjne zastosowanie III klasy podatkowej w celu obliczenia świadczeń. Celem przyznania korzyści osobom posiadającym rodzinę, lub osobom które mają możliwość jej stworzenia, jest zrekompensowanie wynikającego z tego faktu dodatkowego obciążenia finansowego.

IV — Odesłanie prejudycjalne

34. Na mocy postanowienia z dnia 10 kwietnia 2008 r.[17] Arbeitsgericht Hamburg zdecydował o zawieszeniu postępowania i skierowaniu do Trybunału następujących pytań prejudycjalnych[18]:

„1) Czy ustanowione przez [1.RGG] dodatkowe świadczenia emerytalne dla byłych urzędników i pracowników, jak i pozostałych przy życiu członków ich rodzin stanowią, w rozumieniu art. 3 ust. 3 [dyrektywy 2000/78/WE] »płatności dokonan[e] z systemów publicznych lub podobnych, włączając w to systemy zabezpieczenia społecznego i ochrony socjalnej« z takim skutkiem, że cytowana dyrektywa nie znajduje zastosowania w zakresie uregulowanym w 1.RGG?

2) W przypadku odpowiedzi przeczącej na poprzednie pytanie:

a) Czy przepisy 1.RGG stanowią »przepis[y] prawn[e] dotycząc[e] stanu cywilnego [lub] wynikając[e]

17 — Czyli jedynie kilka dni po wydaniu ww. wyroku w sprawie Maruko.

18 — Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że Arbeitsgericht Hamburg jednocześnie zwrócił się, do celów przeprowadzenia kontroli zgodności § 10 ust. 6 1.RGG z konstytucją, po pierwsze do Bundesverfassungsgericht (federalny trybunał konstytucyjny), a po drugie do Hamburgisches Verfassungsgericht (trybunał konstytucyjny kraju związkowego Hamburga) z pytaniem sformułowanym podobnie jak trzecie z pytań skierowanych do Trybunału.

z tego świadczenia« w rozumieniu motywu 22 preambuły dyrektywy 2000/78, ponieważ w odniesieniu do wymiaru świadczenia emerytalnego różnicują jego wysokość w zależności od tego, czy beneficjenci pozostają w związku małżeńskim, mianowicie traktują w sposób uprzywilejowany beneficjentów pozostających w związku małżeńskim w stosunku do osób, które zawarły związek partnerski z osobą tej samej płci, zgodnie z ustawą Republiki Federalnej Niemiec o związkach partnerskich (Lebenspartnerschaftsgesetz) […]?

b) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na poprzednie pytanie: czy skutkuje to tym, że dyrektywa nie znajduje zastosowania w odniesieniu do wskazanych regulacji 1.RGG, mimo że sama dyrektywa nie zawiera żadnego ograniczenia swojego zakresu stosowania, odpowiadającego motywowi 22 preambuły?

3) W przypadku odpowiedzi przeczącej na pierwszą lub drugą część pytania drugiego: czy § 10 ust. 6 1.RGG, zgodnie z którym świadczenia emerytalne pozostających w związku małżeńskim beneficjentów, niebędących w separacji obliczane są według przyjętej III/0 klasy podatkowej (korzystniejszej dla podatnika), podczas gdy świadczenia wszystkich pozostałych beneficjentów świadczeń według przyjętej I klasy podatkowej (niekorzystnej dla podatnika), w przypadku beneficjenta świadczeń pozostającego w związku partnerskim z osobą tej samej płci i niebędącego z tą osobą w separacji, narusza art. 1 w związku z art. 2 i art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy?

4) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze lub drugą część pytania drugiego albo przeczącej na pytanie trzecie: czy § 10 ust. 6 1.RGG z uwagi na regulację lub skutek prawny opisane w pytaniu trzecim narusza art. 141 WE lub którąś z zasad ogólnych prawa wspólnotowego?

5) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie trzecie lub czwarte: czy odnosi to taki skutek, że również dopóki § 10 ust. 6 1.RGG nie zostanie zmieniony w taki sposób, że uchyli zarzucane nierówne traktowanie, niebędący w separacji beneficjent świadczenia pozostający w związku partnerskim może żądać, przy ustalaniu wysokości świadczenia emerytalnego, takiego samego traktowania jak niebędący w separacji beneficjent świadczenia pozostający w związku małżeńskim? Jeśli tak, czy ma to zastosowanie — w przypadku stosowania

dyrektywy i odpowiedzi twierdzącej na pytanie trzecie — także przed upływem terminu implementacji, zgodnie z art. 18 ust. 1 dyrektywy?

6) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie piąte: czy ma to zastosowanie, zgodnie z uzasadnieniem wyroku Trybunału w sprawie C-262/88 Barber, Rec. s. I-1889, z zastrzeżeniem, że równe traktowanie przy wymiarze świadczeń emerytalnych stosuje się tylko w odniesieniu do tych części świadczeń emerytalnych, do których beneficjent świadczeń emerytalnych nabył prawo od dnia 17 maja 1990 r.?"

35. Postanowieniem z dnia 23 stycznia 2009 r. Arbeitsgericht Hamburg postanowił uzupełnić swój pierwszy wniosek prejudycjalny, załączając do niego szereg pytań o następującym brzmieniu:

„7) Gdyby Trybunał Sprawiedliwości stwierdził istnienie dyskryminacji bezpośredniej:

a) Jakie znaczenie należy nadać okoliczności, że zarówno ustawa zasadnicza […] jak i prawo wspólnotowe zobowiązują z jednej strony do przestrzegania zasady równego traktowania, a z drugiej strony prawo Republiki Federalnej Niemiec przewiduje, że małżeństwo i rodzina są objęte szczególną ochroną państwa, na podstawie obowiązującej wyraźnej regulacji konstytucyjnej w art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej?

b) Czy, mimo brzmienia dyrektywy [2000/78], bezpośrednio dyskryminująca regulacja może być uzasadniona, ponieważ służy innemu celowi, który jest częścią krajowego porządku państwa członkowskiego, lecz nie jest częścią prawa wspólnotowego? Czy w takim przypadku ten inny cel krajowego porządku państwa członkowskiego ma pierwszeństwo przed zasadą równego traktowania?

W przypadku odpowiedzi przeczącej na poprzednie pytanie:

c) Jakie kryterium prawne należy zastosować w takim przypadku, aby określić wagę, jaką należy nadać wspólnotowej zasadzie równego traktowania a innemu celowi prawnemu krajowego porządku państwa członkowskiego? Czy może należy zastosować kryteria takie jak w przypadku art. 2 ust. 2 lit. b) [19] pkt i) dyrektywy [2000/78] dla prawnego uznania dyskryminacji pośredniej, że dyskryminujące uregulowanie po pierwsze musi być obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem

19 — Do tego pytania złożono w dniu 11 marca 2009 r., korigendum, na podstawie którego prawidłowe odniesienie to „Art. 2 Abs. 2 lit. b, Ziff. i" zamiast „Art. 2 Abs. 1 lit. a, Ziff. i"

celem i po drugie środki do jego osiągnięcia muszą być właściwe i konieczne?

d) Czy regulacja taka jak § 10 ust. 6 1. RGG, w zależności od odpowiedzi udzielonych na wcześniejsze pytania, spełnia wymagania zgodności z prawem w świetle prawa wspólnotowego? Czy spełnia je wyłącznie z powodu szczególnego przepisu prawa krajowego, który nie posiada odpowiednika w prawie wspólnotowym, czyli z powodu art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej?"

und Hansestadt Hamburg wchodzi w zakres przedmiotowy dyrektywy 2000/78, pod dwoma różnymi względami. Przede wszystkim stawia pytanie o zakres wykluczenia płatności dokonywanych przez systemy publiczne lub podobne, przewidziany w tym akcie, a następnie o rozgraniczenie, jakiego należy dokonać pomiędzy kompetencjami państw członkowskich w zakresie stanu cywilnego a wprowadzeniem w życie norm prawa Unii dotyczących zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.

38. Po drugie, w przypadku gdyby dyrektywa 2000/78 faktycznie znajdowała zastosowanie względem § 10 ust. 6 1.RGG, sąd krajowy zwraca się o wyjaśnienie oceny istnienia dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej w świetle przepisów wspomnianej dyrektywy.

V — Analiza

39. Po trzecie, w przeciwnym wypadku, sąd pomocniczo zwraca się o wyjaśnienie wpływu, jaki na spór przed sądem krajowym ma art. 141 WE i ogólne zasady prawa Unii.

A — *Wprowadzenie*

36. Pomimo tego, że pytania wydają się skomplikowane, zarówno ze względu na szczegółowe sformułowanie, jak i kaskadową konstrukcję, moim zdaniem poszczególne pytania prejudycjalne przedłożone Trybunałowi co do zasady obejmują pięć ogólnych problemów.

40. Po czwarte, sąd a quo stawia pytanie o skutki ratione temporis przytoczonych norm prawa wspólnotowego, także wyroku, jaki zostanie wydany przez Trybunał.

37. Po pierwsze, sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy system uzupełniających świadczeń emerytalnych wypłacanych przez Freie

41. Po piąte, sąd zwraca się do Trybunału o zdefiniowanie zasad umożliwiających

rozstrzygnięcie konfliktu pomiędzy wytycznymi wynikającymi z normy konstytucyjnej obowiązującej w wewnętrznym porządku prawnym a wymogami wynikającymi z zasady równego traktowania dotyczącymi orientacji seksualnej, która ma zastosowanie na mocy prawa Unii.

42. Moim zdaniem trzecie z zagadnień nastręcza najwięcej trudności interpretacyjnych ze względu na brak utrwalonego orzecznictwa w kwestii, czy istnieje zasada ogólna prawa Unii w omawianej dziedzinie.

43. W ramach opinii dotyczącej ww. sprawy Maruko rzecznik generalny Ruiz-Jarabo Colomer wyjaśnił w sposób szczegółowy rozwój prawa, który doprowadził do uznania prawa do równego traktowania osób o orientacji homoseksualnej w rozumieniu prawa Unii [20].

44. W wyroku wydanym we wspomnianej sprawie Trybunał orzekł, że art. 1 w związku z art. 2 dyrektywy 2000/78 stoi na przeszkodzie przepisom takim jak w sprawie w postępowaniu przed sądem krajowym, zgodnie z którymi zarejestrowany partner po śmierci swego partnera nie otrzymuje renty rodzinnej odpowiadającej rencie rodzinnej przysługującej pozostałemu przy życiu małżonkowi, podczas gdy w prawie krajowym zarejestrowany związek partnerski skutkuje tym, że sytuacja osób tej samej płci jest porównywalna z sytuacją małżonków w odniesieniu do tej renty rodzinnej, przy czym do sądu krajowego należało ustalenie, czy pozostały przy życiu zarejestrowany partner znajduje się w sytuacji porównywalnej z sytuacją małżonka korzystającego z rozpatrywanej renty rodzinnej [21].

45. Z akt niniejszej sprawy wynika, że sądy niemieckie przyjęły różne wykładnie w odniesieniu do zastosowania kryteriów porównywalności przewidzianych przez Trybunał. W szczególności pojawia się pytanie, czy należy poszukiwać abstrakcyjnej identyczności instytucji prawnych, czy też wystarczającego podobieństwa pomiędzy sytuacjami prawnymi i faktycznymi, w jakich znajdują się dane osoby.

46. Orzecznictwo rozwinięte przez Trybunał w odniesieniu do zakazu dyskryminacji ze względu na wiek prowadzi także do rozważenia kwestii, czy zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną posiada status ogólnej zasady prawa Unii. Odpowiedź twierdząca na to pytanie miałaby wpływ na aspekty czasowe tej sprawy. Odpowiedź przecząca prowadziłaby do konieczności wyjaśnienia przyczyny, dla której zakaz dyskryminacji ze względu na wspomniane kryterium miałby mieć słabszy status normatywny

20 — Punkty 83–95 wspomnianej opinii.

21 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Maruko (pkt 73).

od zakazu dyskryminacji z innych względów wymienionych w art. 13 WE i w karcie praw podstawowych.

B — *W przedmiocie zakresu przedmiotowego stosowania dyrektywy 2000/78*

47. Ponieważ dwa pierwsze pytania prejudycjalne dotyczą zakresu przedmiotowego stosowania dyrektywy 2000/78, należy zbadać je łącznie. Sąd krajowy przypomina, że aby stwierdzić naruszenie wspomnianej dyrektywy, należy najpierw zbadać, czy ma ona w danym przypadku zastosowanie, co można jego zdaniem podważyć z dwóch względów: po pierwsze, na podstawie art. 3 ust. 3 dyrektywy 2000/78, a po drugie na podstawie jej motywu 22.

1. W przedmiocie art. 3 ust. 3 dyrektywy 2000/78

48. Z art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2000/78 wynika, że stosuje się ona do wszystkich osób, zarówno sektora publicznego, jak i prywatnego, włącznie z instytucjami publicznymi, w odniesieniu między innymi do warunków wynagradzania.

49. Celem pytania pierwszego jest określenie, czy wspomniana dyrektywa stosuje się do dziedziny objętej 1.RGG, regulującego uzupełniające świadczenia emerytalne wypłacane byłym pracownikom Freie und Hansestadt Hamburg i ich członkom rodzin pozostałym przy życiu, mimo że art. 3 ust. 3 dyrektywy 2000/78 wyklucza „wszelkiego rodzaju płatności dokonan[e] z systemów publicznych lub podobnych, włączając w to systemy zabezpieczenia społecznego i ochrony socjalnej” [22].

50. To wykluczenie zapowiedziane jest za pomocą podobnego sformułowania w motywie 13 dyrektywy, który przewiduje, że dyrektywa ta „nie stosuje się do uregulowań w zakresie zabezpieczenia społecznego i ochrony socjalnej, których korzyści nie są tożsame z dochodami w znaczeniu nadanym temu terminowi do celów stosowania art. 141 traktatu WE” [23].

51. Ocena zakresu art. 3 ust. 3 dyrektywy 2000/78 spowodowała problemy w zakresie

22 — Aby uciąć analizę przeprowadzoną przez sąd krajowy jedynie na podstawie niemieckiej wersji aktu, pragnę zauważyć, że w niemieckiej wersji art. 3 ust. 3 dyrektywy 2000/78 wyrażenie „der staatlichen Systeme” zostało użyte jako odpowiednik terminu „systemy publiczne” zastosowanych w wersji francuskiej, podczas gdy w ust. 1 wspomnianego artykułu określenie „öffentlichen” zostało użyte w miejsce określenia „publiczny” w języku francuskim.

23 — Pragnę przypomnieć, że zgodnie z art. 141 ust. 2 WE przez „wynagrodzenie” należy rozumieć zwykłą podstawową lub minimalną płacę lub uposażenie oraz wszystkie inne korzyści w gotówce lub w naturze, otrzymywane przez pracownika bezpośrednio lub pośrednio, z racji zatrudnienia, od pracodawcy.

jednolitego stosowania w ramach krajowych systemów prawnych, jeśli zważymy, że użyte terminy różnią się w poszczególnych wersjach językowych. Sądy krajowe w Niemczech przyjęły różne stanowiska w odniesieniu do bardziej lub mniej restrykcyjnej wykładni tego przepisu. Sądy niemieckie podzieliły się w szczególności w odniesieniu do ewentualnego wykluczenia z zakresu stosowania dyrektywy 2000/78 świadczeń dla członków rodzin pozostałych przy życiu [24].

52. Na wstępie trzeba zauważyć, że kilka wyroków Trybunału, w szczególności wyrok w sprawie Maruko [25], dostarcza przydatnych informacji w celu dokonania wykładni art. 3 ust. 3 dyrektywy 2000/78 w zakresie możliwości zastosowania wspomnianej dyrektywy w niniejszym przypadku. Podobnie jak skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym oraz Komisja, nie wątpię, że akt ten stosuje się do świadczeń emerytalnych wypłacanych na podstawie 1.RGG byłym prawnikom Freie und Hansestadt Hamburg i ich następcom prawnym.

53. Trybunał orzekł, że zakres stosowania dyrektywy 2000/78 należy rozumieć, w świetle art. 3 ust. 1 lit. c) i art. 3 ust. 3, w związku z jej motywem 13, jako nieobejmujący systemów zabezpieczenia społecznego i ochrony socjalnej, których korzyści nie są tożsame z dochodami w znaczeniu nadanym temu terminowi do celów stosowania art. 141 traktatu WE ani z wszelkiego rodzaju płatnościami dokonanymi przez państwo, których celem jest dostęp do zatrudnienia lub utrzymanie zatrudnienia. A contrario, jeśli świadczenie takie jak to rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym można utożsamić z „wynagrodzeniem" w rozumieniu art. 141 WE, będzie ono objęte przepisami dyrektywy 2000/78.

54. Tymczasem pojęcie „wynagrodzenia" zawarte w art. 141 ust. 2 WE jest pojmowane przez Trybunał w sposób bardzo szeroki [26]. Pojęcie to obejmuje w szczególności wszelkiego rodzaju świadczenia wypłacane z tytułu świadczonej pracy, w odróżnieniu od tych, które wynikają z ustawy i mają charakter ogólny [27]. Zgodnie z utrwalonym

24 — W przedmiocie orzecznictwa niemieckiego dotyczącego tej kwestii i konsekwencji ww. wyroku w sprawie Maruko zob.: M. Mahlmann, *Report on measures to combat discrimination – Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC – Country report 2008 – Germany* (zwłaszcza przypis 211), sprawozdanie dostępne na stronie internetowej europejskiej sieci ekspertów prawnych w zakresie niedyskryminacji: http://www.non-discrimination.net.

25 — Wyżej wymieniony wyrok, zwłaszcza pkt 41 i nast., uwzględniwszy, że dotyczy on podobnej kwestii, ale w odniesieniu do świadczenia dla osób pozostałych przy życiu przyznawanego w ramach branżowego systemu emerytalnego.

26 — Pojęcie to zostało zinterpretowane jako obejmujące „wszystkie korzyści w gotówce lub w naturze, aktualne lub przyszłe, pod warunkiem że są przyznane, choć pośrednio, przez pracodawcę pracownikowi z racji zatrudnienia, zarówno na podstawie umowy o pracę, czy przepisów ustawodawczych, jak i dobrowolnie". Zobacz w szczególności wyroki z dnia 17 maja 1990 r. w sprawie C-262/88 Barber, Rec. s. I-1889, pkt 12, a także z dnia 19 listopada 1998 r. w sprawie C-66/96 Høj Pedersen i in., Rec. s. I-7327, pkt 32.

27 — W wyroku z dnia 17 kwietnia 1997 r. w sprawie C-147/95 Evrenopoulos, Rec. s. I-2057, Trybunał orzekł, że system świadczeń właściwy dla instytucji publicznej jest objęty zakresem stosowania art. 119 traktatu WE (obecnie art. 141 WE), ponieważ niewielkie znaczenie miał fakt, że system ten został ustanowiony przez ustawodawcę, jeśli w świetle wymienionych kryteriów dopuszczalne było stwierdzenie, że świadczenie było wypłacane ze względu na stosunek pracy ze wspomnianą instytucją.

orzecznictwem [28] okoliczność, że niektóre świadczenia, jak świadczenia emerytalne, są wypłacane po zakończeniu stosunku pracy, nie wyklucza, że mogą one mieć charakter „wynagrodzenia" w rozumieniu art. 141 WE [29].

55. W celu określenia, czy świadczenie może być zakwalifikowane jako wynagrodzenie, Trybunał orzekł, że jedynym kryterium, które może mieć charakter rozstrzygający jest kryterium zatrudnienia, czyli kryterium wynikające z samego brzmienia art. 119 traktatu (obecnie art. 141 WE), co prowadzi do stwierdzenia, że korzyść jest przyznawana pracownikowi ze względu na stosunek pracy, który go łączy z byłym pracodawcą [30].

56. Jednakże jest bezsporne, że kryterium zatrudnienia nie może mieć charakteru wyłącznego, ponieważ emerytury wypłacane z ustawowego systemu zabezpieczenia społecznego mogą w całości lub w części uwzględniać wynagrodzenie uzyskiwane z pracy [31]. Trybunał dodał zatem inne elementy, które należy uwzględnić, aby świadczenie przewidziane przez branżowy system emerytalny zakwalifikować jako „wynagrodzenie". Należy zbadać, po pierwsze, czy emerytura dotyczy jedynie szczególnej kategorii pracowników, a po drugie, czy bezpośrednio wynika z przepracowanego okresu, a także czy jej wysokość jest obliczana na podstawie ostatniego [32] wynagrodzenia.

57. W niniejszym przypadku [33] z § 1 HmbZVG wynika, że świadczenia rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym spełniają pierwsze z trzech wspomnianych kryteriów, ponieważ uzupełniające świadczenia emerytalne wypłacane przez Freie und Hansestadt Hamburg dotyczą jedynie szczególnej kategorii pracowników.

58. Wspomniane świadczenia są bowiem wypłacane w celu uzupełnienia świadczeń z ogólnego ustawowego systemu zabezpieczenia społecznego, który jest określany przez sąd krajowy jako „pierwszy filar" systemu emerytalnego w Niemczech i różnią się od świadczeń wynikających z prywatnego systemu zabezpieczenia, który stanowi „trzeci filar".

28 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie Maruko, pkt 44, a także przytoczone tam orzecznictwo.

29 — W odniesieniu na przykład do świadczeń emerytalnych wypłacanych przez państwo fińskie urzędnikom, którzy są zatrudnieni w ramach sił obronnych tego państwa zob. wyrok z dnia 12 września 2002 r. w sprawie C-351/00 Niemi, Rec. s. I-7007.

30 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 28 września 1994 r. w sprawie C-7/93 Beune, Rec. s. I-4471, pkt 43; ww. w sprawie Evrenopoulos, pkt 19, a także ww. w sprawie Maruko, pkt 46.

31 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Maruko, pkt 47, a także przytoczone tam orzecznictwo.

32 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Maruko, pkt 48, a także przytoczone tam orzecznictwo. Moim zdaniem Trybunał mógłby właściwie wykreślić wyraz „ostatniego" z trzeciego wymogu, ponieważ takie sformułowanie byłoby w większym stopniu zgodne z obecnym stanem systemów emerytalnych, w ramach których do celów wspomnianego obliczenia uwzględnia się co do zasady kilka, a nawet wszystkie wypłaty, a nie jedynie ostatnią. W świetle orzecznictwa kryterium to, które w związku z tym jest, moim zdaniem, pozbawione znaczenia, nie wydaje się być interpretowane jako kryterium o charakterze bezwzględnym, ponieważ świadczenia, których wysokość została obliczona na podstawie kilku wypłat, nie zostały wykluczone z zakresu stosowania pojęcia „wynagrodzenie".

33 — Należy porównać z zastosowaniem przez Trybunał w pkt 49–57 ww. wyroku w sprawie Maruko poprzednio przypomnianych kryteriów.

59. Zdaniem sądu krajowego „drugi filar" stanowią branżowe ubezpieczenia na wypadek starości, zapewniane, pośrednio lub bezpośrednio, przez byłego pracodawcę prywatnego lub publicznego. Ustawowy system branżowego ubezpieczenia na wypadek starości byłych pracowników Freie und Hansestadt Hamburg wchodzi w zakres tej kategorii. Jest on zarezerwowany dla pracowników, którzy zatrudnieni byli w okresie aktywności zawodowej w sektorze publicznym, nie posiadali jednak statusu urzędników i pracowali dla Freie und Hansestadt Hamburg na podstawie umowy o pracę prawa cywilnego.

60. Zgodnie ze wskazówkami udzielonymi przez Komisję, wspomniany system jest finansowany przez pracowników i przez pracodawcę, który bezspornie jest organem publicznym, ale który w niniejszym przypadku działa wyłącznie w charakterze pracodawcy prawa prywatnego.

61. W odniesieniu do drugiego istotnego kryterium, zgodnie z którym wysokość emerytury musi bezpośrednio wynikać z przepracowanego okresu, § 6 HmbZVG przewiduje, że sposób obliczania zależy od okresu zatrudnienia. Okresy zatrudnienia uprawniające do uzupełniającego świadczenia emerytalnego („Ruhegeldfähige Beschäftigungszeit") określone są w § 8 wspomnianej ustawy.

62. W odniesieniu do trzeciego kryterium, które polega na określeniu, czy wysokość świadczenia jest obliczana na podstawie ostatniego wynagrodzenia pracownika, z § 6 HmbZVG wynika, że wysokość miesięcznego świadczenia emerytalnego nie jest określana przez ustawę, ale odpowiada w odniesieniu do każdego pełnego roku okresu zatrudnienia uprawniającego do emerytury wysokości 0,5% wynagrodzenia uwzględnianego przy obliczaniu emerytury, zgodnie z § 7, który określa je („Ruhegeldfähige Bezüge") w sposób wystarczająco szczegółowy.

63. Z powyższego wynika, że w odniesieniu do rozpatrywanych świadczeń spełnione są trzy kryteria charakteryzujące stosunek pracy, jeśli zważymy, że Trybunał uznaje je za kryteria odgrywające decydującą rolę do celów kwalifikacji jako wynagrodzenia w rozumieniu art. 141 WE.

64. Sąd krajowy wydaje się być w szczególności zakłopotany wykładnią pojęcia „systemy publiczne lub podobne" zawartego w art. 3 ust. 3 dyrektywy 2000/78. Zadaje sobie pytanie, czy pomimo szerokiej kwalifikacji „wynagrodzenia", która zostałaby przyjęta w odniesieniu do świadczeń wypłacanych skarżącemu w postępowaniu przed sądem krajowym na mocy 1.RGG, dyrektywa nie znajduje jednak zastosowania, biorąc pod uwagę, że świadczenia te stanowią płatności dokonane z systemu publicznego lub podobnego w rozumieniu tego artykułu. Sąd krajowy podkreśla, że w przypadku, gdyby Trybunał odpowiedział twierdząco na to pytanie, pierwsza część motywu 13 dyrektywy

2000/78 byłaby wyraźnie myląca i co do zasady pozbawiona znaczenia.

65. Moim zdaniem „systemy publiczne lub podobne" inne niż te, które wchodzą w zakres zabezpieczenia społecznego lub ochrony socjalnej, pozostające poza zakresem stosowania dyrektywy 2000/78, mogą być szczególnymi systemami publicznymi, które nie są związane ze stosunkiem pracy, takimi jak na przykład świadczenia wypłacane przez państwo osobom, które w wyniku obowiązkowej służby wojskowej lub cywilnej stały się niepełnosprawne, byłym kombatantom lub inwalidom wojennym lub ofiarom prześladowań, znanym artystom itp. Ponieważ systemy tego rodzaju, o charakterze publicznym lub podobnym, istnieją w państwach członkowskich, wyrażenie „włączając w to", zawarte w art. 3 ust. 3 dyrektywy 2000/78 nie jest pozbawione znaczenia.

66. Orzecznictwo Trybunału pozwala na stwierdzenie, że kwalifikacja tego branżowego systemu emerytalnego nie może być podważona ani przez fakt, że Freie und Hansestadt Hamburg jest osobą prawną prawa publicznego, ani przez obowiązkowy charakter przynależności do systemu uprawniającego do emerytury rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym [34]. Ponieważ potrójne kryterium zbadane powyżej jest w niniejszym przypadku spełnione, świadczenie wypłacane przez pracodawcę publicznego nie różni się od świadczenia, które wypłacałby pracodawca prywatny swym byłym pracownikom.

67. Trybunał orzekł, że stwierdzenie, czy system emerytalny jest przewidziany przez ustawę, nie wystarcza jako takie do objęcia kategoriami „zabezpieczenia społecznego" lub „ochrony socjalnej", a zatem do wykluczenia takiego systemu z zakresu stosowania art. 119 traktatu (obecnie art. 141 WE) [35]. Poza tym nie uważa się, by strukturalne elementy systemu świadczeń odgrywały rozstrzygającą rolę, w przeciwieństwie do istnienia związku pomiędzy stosunkiem pracy a danym świadczeniem [36].

68. Tym samym skoro uzupełniające świadczenia emerytalne rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym uzależnione są zasadniczo od stosunku pracy, który istniał pomiędzy J. Römerem a Freie und Hansestadt Hamburg, stanowią one „wynagrodzenie" w rozumieniu art. 141 WE i nie wchodzą

34 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Maruko, pkt 57, a także przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także ww. wyrok w sprawie Niemi (pkt 42).

35 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Evrenopoulos, pkt 16, a także w sprawie Niemi, pkt 41.

36 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Niemi, pkt 45. Trybunał stwierdził, że fakt, iż system emerytalny fińskich urzędników państwowych jest częścią zharmonizowanego systemu, tak że całość świadczenia, z jakiego korzysta ubezpieczony, odzwierciedla pracę wykonywaną podczas całej jego kariery, niezależnie od konkretnej pracy i sektora działalności, oraz okoliczność, że system został zgłoszony jako system objęty zakresem stosowania rozporządzenia Rady (EWG) nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych i ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie (Dz.U. L 149, s. 2), nie mogą jako takie wykluczać zastosowania art. 119 traktatu, ponieważ wypłata świadczenia była związana ze stosunkiem pracy, a w konsekwencji było one wypłacane przez państwo jako pracodawcę.

w zakres wyłączenia przewidzianego w art. 3 ust. 3 dyrektywy 2000/78.

2. W przedmiocie motywu 22 dyrektywy 2000/78

69. Pomocniczo, na wypadek gdyby na poprzednie pytanie została udzielona odpowiedź przecząca, co według mnie byłoby słuszne, Arbeitsgericht Hamburg pragnie uzyskać odpowiedź na pytanie, po pierwsze, czy przepisy 1.RGG, w których rozróżniono do celów ustalenia wysokości świadczeń emerytalnych świadczenia otrzymywane przez osoby pozostające w związku małżeńskim oraz przez inne osoby i które są korzystniejsze dla tych pierwszych, objęte są zakresem zastrzeżenia, o którym mowa w motywie 22 dyrektywy 2000/78 oraz, po drugie, czy w takim przypadku należy nie stosować tej dyrektywy, mimo że żaden przepis jej części normatywnej nie zawiera ograniczenia zakresu stosowania dyrektywy, które odpowiadałoby wyraźnie wspomnianemu motywowi.

70. Należy przypomnieć, że w motywie 22 dyrektywy 2000/78 wskazano, że dyrektywa „nie narusza przepisów prawa krajowego dotyczących stanu cywilnego i wynikających z tego świadczeń".

71. Komisja popiera punkt widzenia sądu krajowego, zgodnie z którym § 10 ust. 6 pkt 1 1.RGG nie stanowi prawa krajowego dotyczącego stanu cywilnego. Jak podnosi zarówno Komisja, jak i sąd krajowy, artykuł ten nie zawiera żadnego postanowienia dotyczącego małżeństwa jako takiego, ale wymaga, aby beneficjent pozostawał w związku małżeńskim, czyniąc w ten sposób z tego stanu cywilnego warunek wstępny skorzystania z bardziej korzystnego obliczenia świadczenia, jakie przewiduje. Artykuł ten może zatem co najwyżej stanowić przepis dotyczący świadczenia, które zależy od stanu cywilnego w rozumieniu motywu 22 dyrektywy 2000/78.

72. Arbeitsgericht Hamburg uściśla, że stawia to pytanie, ponieważ dwa sądy najwyższego szczebla Republiki Federalnej Niemiec [37] przyjęły jako oczywistą koncepcję rozszerzającą zakres motywu 22 dyrektywy 2000/78, wykluczając z jego zakresu stosowania przepisy określające sposób obliczenia wynagrodzenia w sensie largo w zależności od stanu cywilnego, jak to jest w przypadku § 10 ust. 6 pkt 1 1.RGG.

37 — Sąd a quo wyjaśnia (w pkt 55 pierwszego postanowienia odsyłającego), że Bundesverwaltungsgericht przyjął to rozumowanie oparte na motywie 22 dyrektywy 2000/78 w odniesieniu do „zasiłków rodzinnych pierwszego stopnia" zarezerwowanych dla osób pozostających w związku małżeńskim i że Bundesgerichtshof zajął takie samo stanowisko w odniesieniu do rent dla osób pozostałych przy życiu wypłacanych na podstawie tego samego kryterium rozróżniającego w ramach branżowego systemu emerytur (system kas emerytalnych Bund i Länder), i w odniesieniu do sposobu obliczania wypłat świadczeń uzupełniających odpowiadającego w pełni systemowi przewidzianemu w § 10 ust. 6 1.RGG.

73. Podzielam stanowisko Komisji w zakresie, w jakim uważa ona, że motyw 22 dyrektywy 2000/78 powtarza jedynie ograniczenie zakresu stosowania przewidziane w art. 3 ust. 1 in limine, na mocy którego wspomniana dyrektywa stosuje się jedynie „[w] granicach kompetencji Wspólnoty". Unia Europejska nie posiada bowiem żadnych kompetencji do stanowienia prawa w odniesieniu do „stanu cywilnego i wynikających z tego świadczeń".

74. W wyroku w sprawie Maruko [38] Trybunał orzekł w podobnej kwestii wskazując, że bezspornie stan cywilny i wynikające z tego świadczenia, w rozumieniu motywu 22 dyrektywy 2000/78, są aspektami wchodzącymi w zakres kompetencji państw członkowskich i prawo wspólnotowe nie narusza tych kompetencji. Przypomniał jednakże, że państwa członkowskie powinny przy wykonywaniu tych kompetencji przestrzegać prawa wspólnotowego, zwłaszcza przepisów dotyczących zasady niedyskryminacji.

75. Moim zdaniem przydatne byłoby uściślenie tego stwierdzenia poprzez wskazanie, że kompetencje pozostawione państwom członkowskim w obszarze stanu cywilnego oznaczają, że regulacja małżeństw lub wszelkich innych form prawnie uznanych związków pomiędzy osobami tej samej płci jak i płci przeciwnej, a także status prawny dzieci i innych członków rodziny w sensie largo, jest zastrzeżona dla państw członkowskich.

76. Wyłącznie państwa członkowskie powinny zadecydować, czy ich krajowy porządek prawny dopuszcza jakąkolwiek formę więzi prawnej par homoseksualnych, a także czy instytucja małżeństwa jest zarezerwowana wyłącznie dla par osób przeciwnej płci. Moim zdaniem przypadek, w którym państwo członkowskie nie dopuszcza żadnej formy prawnie uznanego związku dla osób tej samej płci, można uznać za stanowiący dyskryminację ze względu na orientację seksualną, ponieważ możliwe jest odejście od zasady równości, w związku z obowiązkiem przestrzegania godności ludzkiej osób homoseksualnych [39], czyli obowiązku przyznania im możliwości życia w trwałej relacji uczuciowej w ramach

38 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 59 i nast., a także przytoczone tam przez analogię orzecznictwo.

39 — Pragnę zauważyć, że węgierski trybunał konstytucyjny (Alkotmánybíróság), po stwierdzeniu orzeczeniem nr 154/2008 z dnia 17 grudnia 2008 r. nieważności ustawy nr CLXXXIV z 2007 r. o partnerstwie zarejestrowanym ze względu na naruszenie art. 15 konstytucji chroniącego instytucję małżeństwa, ponieważ zamiarem ustawodawcy było wprowadzenie tej innej formy związku nie tylko dla par homoseksualnych, lecz również heteroseksualnych, stwierdził ostatnio orzeczeniem nr 32/2010 z dnia 25 marca 2010 r., że ustawa nr XXIX z 2009 r. jest zgodna z konstytucją, ponieważ zastrzega partnerstwo zarejestrowane dla par homoseksualnych. W tym ostatnim orzeczeniu Alkotmánybíróság stwierdził, że uznanie możliwości zawarcia związku partnerstwa zarejestrowanego pomiędzy osobami tej samej płci jest uzasadnione prawem do przestrzegania godności ludzkiej (Magyar Közlöny 2010/43).

prawnie uznanego związku [40]. Jednakże problem ten, który dotyczy regulacji stanu cywilnego, pozostaje moim zdaniem poza sferą kompetencji prawa wspólnotowego.

77. Natomiast w obszarach objętych zakresem stosowania prawa Unii, takich jak korzystanie z podstawowych wolności lub warunki traktowania pracowników w ramach ich życia zawodowego, państwo członkowskie nie może uzasadniać naruszenia tego prawa, powołując się na treść przepisów krajowych dotyczących stanu cywilnego.

78. Należy stwierdzić, podobnie jak uczynił to Trybunał w ww. sprawie Maruko, że jeśli świadczenie, takie jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, zostałoby zakwalifikowane jako „wynagrodzenie" w rozumieniu art. 141 WE i wchodziłoby w zakres stosowania dyrektywy 2000/78 do celów przytoczonych w ramach odpowiedzi udzielonej na pytanie pierwsze postawione w niniejszej sprawie, motyw 22 wspomnianej dyrektywy nie mógłby mieć takiego charakteru, by podważyć jej zastosowanie.

79. Moim zdaniem taka wykładnia motywu 22 dyrektywy 2000/78 przez Trybunał pozwoliłaby na uniknięcie różnic w orzecznictwie krajowym podniesionych przez sąd krajowy i zagwarantowanie jednolitego stosowania tego aktu. W każdym razie wspomniany motyw, który nie posiada autonomicznej mocy wiążącej ze względów już przedstawionych przez rzecznika generalnego Ruiza-Jarabo Colomera [41], nie powinien być więcej wykorzystywany w celu umożliwienia wykluczenia tylko na jego podstawie kontroli zgodności z dyrektywą 2000/78 przepisów prawa wewnętrznego przewidujących, że małżonkowie są traktowani korzystniej niż partnerzy zarejestrowani. W rzeczywistości w motywie 22 dyrektywy 2000/78 ograniczono się do przypomnienia oczywistego zresztą ograniczenia, wywodzącego się z art. 13 ust. 1 WE, zastosowania wspomnianej dyrektywy do „kompetencji Wspólnoty", zgodnie z art. 3 ust. 1 in limine wspomnianej dyrektywy.

80. W każdym razie pragnę przypomnieć, że w przypadku gdy państwa członkowskie

40 — W tym względzie pragnę zauważyć, że wyrokiem z dnia 24 czerwca 2010 r. (dotychczas nieopublikowany w *Recueil des arrêts et décisions*) Europejski Trybunał Praw Człowieka (zwany dalej „ETPC") orzekł w sprawie Schalk i Kopf przeciwko Austrii, w której obywatele austriaccy tej samej płci, żyjący w oficjalnym konkubinacie powoływali się na art. 12 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (zwanej dalej „EKPC") w celu podważenia odmowy władz udzielenia im pozwolenia na zawarcie związku małżeńskiego. Skarga taka, która została jednomyślnie oddalona, nie była jeszcze dotąd rozpatrywana przez Trybunał w Strasburgu. Obywatele austriaccy skarżyli się również na dyskryminację ze względu na orientację seksualną, ponieważ odmówiono im prawa do zawarcia związku małżeńskiego, a nie mieli innej możliwości, by doprowadzić do prawnego uznania ich związku. ETPC orzekł jednak, że nie naruszono art. 14 w związku z art. 8 EKPC. Wreszcie skarżący powoływali się na art. 1 protokołu nr 1 do EKPC, twierdząc, że znajdują się w mniej korzystnej sytuacji finansowej niż pary małżeńskie, lecz ta część skargi została uznana za oczywiście bezzasadną. Dodam, że ustawodawstwo austriackie uznaje oficjalny konkubinat za formę związku osób homoseksualnych w dużym stopniu zbliżoną do małżeństwa.

41 — Wyżej wymieniona opinia w sprawie Maruko, pkt 76. Moc motywu, takiego jak tu rozpatrywany, jest ograniczona do funkcji narzędzia wykładni, ponieważ zawiera uzasadnienie zasadniczych przepisów dyrektywy. Nie stanowi zatem normy o charakterze imperatywnym.

działają w sferze przyznanych im kompetencji, nie mogą one zwolnić się z ciążącego na nich ogólnego obowiązku przestrzegania prawa Unii, który obejmuje przestrzeganie norm dotyczących zasady niedyskryminacji.

81. Z powyższego wynika, że w przeciwieństwie do tego, co można było wywnioskować z orzecznictwa krajowego, motyw 22 dyrektywy 2000/78 nie może prowadzić do podważenia jej zastosowania względem przepisów, takich jak przepisy 1.RGG, dotyczących obliczenia wynagrodzenia w sensie largo i przyjmujących jako czynnik rozstrzygający określony stan cywilny, czyli fakt pozostawania w związku małżeńskim.

82. Podsumowując uważam, że na pytania pierwsze i drugie należy odpowiedzieć w ten sposób, że świadczenia uzupełniające wypłacane byłym pracownikom Freie und Hansestadt Hamburg i członkom ich rodzin pozostałym przy życiu, które regulowane są przepisami 1.RGG w związku z HmbZVG, mieszczą się w zakresie przedmiotowym stosowania dyrektywy 2000/78 i że wspomniane przepisy wewnętrzne należy zbadać w świetle wymogów ustanowionych przez tę dyrektywę.

C — W przedmiocie istnienia dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w rozumieniu dyrektywy 2000/78

83. Trzecie pytanie stawiane jest na wypadek, gdyby z odpowiedzi udzielonych na poprzednie pytania wynikło, że - tak jak uważam - dyrektywa 2000/78 stosuje się do § 10 ust. 6 1.RGG, na mocy którego co do zasady świadczenia wypłacane beneficjentom pozostającym w związku małżeńskim są korzystniejsze od wypłacanych w przypadku beneficjentów, którzy zawarli związki partnerskie z osobą tej samej płci. Sąd krajowy pragnie uzyskać odpowiedź na pytanie, czy akt ten jest niezgodny z art. 1, 2 i 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2000/78, ponieważ dyskryminuje skarżącego w postępowaniu przed sądem krajowym ze względu na jego orientację seksualną w sposób pośredni lub bezpośredni [42].

1. W przedmiocie dyskryminacji bezpośredniej

84. Sąd a quo wyjaśnia, że skłania się do twierdzenia, że § 10 ust. 6 pkt 1 1.RGG dyskryminuje bezpośrednio. Podkreśla, że małżeństwo w przypadku osób o orientacji heteroseksualnej i związek partnerski w przypadku osób

42 — Artykuł 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78 przewiduje, że dyskryminacja bezpośrednia ze względu na orientację seksualną występuje „w przypadku gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w porównywalnej sytuacji [ze względu na orientację seksualną]". Natomiast art. 2 ust. 2 lit. b) wspomnianej dyrektywy stanowi, że dyskryminacja pośrednia ze względu na orientację seksualną występuje „w przypadku, gdy przepis, kryterium lub pozornie neutralna praktyka może doprowadzić [jednakże] do szczególnej niekorzystnej sytuacji dla osób danej [...] orientacji seksualnej, w stosunku do innych osób, chyba że [...] taki przepis, kryterium lub praktyka jest obiektywnie uzasadniona zgodnym z prawem celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne".

o orientacji homoseksualnej stanowią odpowiednio formę wspólnoty życia przewidzianą w prawie lub najbardziej powszechny stan cywilny, nawet jeśli nie można wykluczyć, że mimo orientacji homoseksualnej dana osoba postanowi zawrzeć związek małżeński z osobą odmiennej płci. Należy podkreślić, że zgodnie ze wskazówkami zawartymi w postanowieniu odsyłającym, fakt, że jedynie dwie osoby odmiennej płci mogą zawrzeć związek małżeński, nie jest wyraźnie wyjaśniony w BGB, ale jest w praktyce uznawany za warunek wstępny. Natomiast z § 1 ust. 1 LPartG wynika, że jedynie dwie osoby tej samej płci mogą zawrzeć związek partnerski w rozumieniu wspomnianej ustawy.

85. Freie und Hansestadt Hamburg twierdzi, że sporna regulacja, w której przewidziano prawo do korzystania z systemu uzupełniającego dla każdego partnera w zależności od I, a nie III/0 klasy opodatkowania, nie prowadzi do różnego traktowania ze względu na płeć lub orientację seksualną.

86. Jürgen Römer podkreśla, że w ww. wyroku w sprawie Maruko, Trybunał bezspornie pozostawił do zbadania sądowi krajowemu, czy istnieje „sytuacja porównywalna", jednakże określił w tym celu wyraźne kryteria materialne. Na wstępie przypomina, że zgodnie z dyrektywą 2000/78 Trybunał nie wymaga identycznego charakteru w znaczeniu maksymalnego zrównania, ale jedynie porównywalnego charakteru. Dodaje, że charakteru tego nie należy weryfikować poprzez porównanie instytucji prawnych w sposób abstrakcyjny, ale poprzez porównanie dwóch kategorii zainteresowanych osób w świetle rozpatrywanego świadczenia socjalnego, w sposób konkretny. W przeciwieństwie do orzecznictwa sądów niemieckich najwyższego szczebla, które według niego źle zrozumiały dyrektywę 2000/78, jak i elementy wykładni zawarte w wyroku w sprawie Maruko, należałoby zatem w niniejszym przypadku porównać, z jednej strony, byłego pracownika Freie und Hansestadt Hamburg żyjącego ze swym partnerem w zarejestrowanym związku partnerskim, a z drugiej strony, byłego pracownika Freie und Hansestadt Hamburg żyjącego ze swym małżonkiem/małżonką w związku małżeńskim. Jürgen Römer utrzymuje co do zasady, że w celu zapewnienia skutecznego środka przeciwko dyskryminacji, który ma zapewniać dyrektywa, Trybunał powinien wyraźniej określić kryteria materialne, jakie sądy krajowe powinny stosować w przypadku dokonywania porównania.

87. Komisja twierdzi, podobnie jak Arbeitsgericht Hamburg, że w niniejszym przypadku partnerzy zarejestrowani są traktowani mniej korzystnie niż małżonkowie w odniesieniu do wysokości emerytur, przy czym tego nierównego traktowania nie mogą uzasadnić żadne ważne względy. Podnosi, że między innymi okoliczność, że małżonkowie ponoszą ewentualne koszty kształcenia dzieci, nie może uzasadniać takiego zróżnicowania, ponieważ § 10 ust. 6 pkt 1 1.RGG przewiduje korzystniejsze rozwiązanie dla wszystkich beneficjentów pozostających w związku małżeńskim i niebędących w trwałej separacji, niezależnie od tego, czy posiadają dzieci. Komisja podziela także stanowisko sądu krajowego, zgodnie z którym żaden dowód

empiryczny nie potwierdza, by beneficjenci pozostający w związku małżeńskim potrzebowali większego wsparcia w porównaniu do beneficjentów, którzy zawarli związek partnerski, z uwzględnieniem sytuacji emerytalnej ich partnera. Dodaje, że w każdym razie rozpatrywany akt nie zapewnia osiągnięcia zamierzonego celu, ponieważ nie uwzględnia on istnienia dziecka beneficjenta i jego małżonka/małżonki i nie czyni z tego elementu warunku. Komisja uważa, że wbrew koncepcji przyjętej w ww. wyroku w sprawie Maruko, zbędne byłoby tu pozostawienie sądowi a quo do rozstrzygnięcia, czy małżonek lub zarejestrowany partner znajdują się w sytuacjach porównywalnych w odniesieniu do rozpatrywanego świadczenia z tego względu, że w postanowieniu odsyłającym sąd już przeprowadził konieczne badania w odniesieniu do statusu prawnego zarejestrowanego partnera i wyciągnął w tym zakresie użyteczne wnioski. Proponuje, aby przyjęto, że regulacja taka jak rozpatrywana w postępowaniu przed sądem krajowym została uznana za dyskryminację bezpośrednią ze względu na orientację seksualną.

88. Z brzmienia art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78 wynika, że istnienie dyskryminacji bezpośredniej w rozumieniu tego aktu zależy od porównywalnego charakteru zestawianych sytuacji. Kryteria, na podstawie których należy badać tę porównywalność, są zatem rozstrzygające. Trybunał powinien udzielić odpowiedzi uwzględniającej kilka nadrzędnych względów, czyli nie tylko przedstawić sądowi krajowemu wszystkie elementy umożliwiające mu rozstrzygnięcie sporu przed sądem krajowym, nie wkraczając jednocześnie w sferę kompetencji sądów krajowych, ale także zapewnić pełną skuteczność prawa Unii, respektując jednocześnie sfery wyłącznych kompetencji państw członkowskich, zwłaszcza w zakresie stanu cywilnego.

89. Na wstępie pragnę podnieść, że w znacznej większości państw członkowskich małżeństwo jest związkiem pomiędzy kobietą a mężczyzną. Dostęp do partnerstwa zarejestrowanego lub podobnej formy związku prawnego może być ograniczony do par osób tej samej płci, jak to jest w przypadku cywilnego paktu solidarności w prawie francuskim. Powiązanie pomiędzy homoseksualnością a formą związku dwóch osób nie jest automatyczne. Nie można bowiem wykluczyć, że osoba o orientacji homoseksualnej dokona wyboru społecznego i zawrze związek małżeński z osobą odmiennej płci i odwrotnie, nic nie stoi na przeszkodzie, by osoba o orientacji heteroseksualnej zdecydowała się na zarejestrowany związek partnerski z osobą tej samej płci. Jednakże moim zdaniem, w ramach analizy prawnej nie należy trzymać się tego sofizmatu. Byłoby sprzeczne z dominującą rzeczywistością przyznanie, że w kraju takim jak Niemcy, gdzie wykluczone jest zawarcie związku małżeńskiego przez osoby tej samej płci i gdzie zarejestrowane związki partnerskie są formą związku prawnego zarezerwowanego dla tych osób, różnica traktowania ze

szkodą dla osób związanych takim partnerstwem nie stanowi źródła dyskryminacji ze względu na orientację seksualną [43].

90. W wyroku w sprawie Maruko [44], mimo że Trybunał pozostawił tę kwestię do zbadania przez sąd krajowy, wydaje się, że implicite opowiedział się za porównywalnością sytuacji, określając wystarczająco jasne kryteria. Zgodnie z pojęciami użytymi w art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78, Trybunał nie powołał się na sytuacje identyczne, ale odwołał się do istnienia sytuacji dostatecznie porównywalnych, opierając się na analizie prawa niemieckiego przeprowadzonej przez sąd krajowy. Europejski Trybunał Praw Człowieka przyjmuje takie samo podejście [45].

91. Należy przypomnieć, że małżeństwo, niezależnie od jego znaczenia na płaszczyźnie moralnej, religijnej lub socjologicznej, z prawnego punktu widzenia jest instytucją złożoną, której treść jest określona przez prawa i obowiązki małżonków względem siebie, a także w stosunku do osób trzecich i społeczeństwa jako całości. Poza tym, istnienie małżeństwa może być faktem stanowiącym warunek wstępny o różnych skutkach prawnych, czy to w prawie socjalnym, podatkowym, czy też administracyjnym. Podobnie zarejestrowane związki partnerskie, czy też każda inna forma prawnie uznanego związku, cechują się albo prawami i obowiązkami stron, albo konsekwencjami prawnymi, jakie dany porządek prawny wiąże z istnieniem takiego związku partnerskiego.

92. Trybunał wyjaśnił, że porównywalny charakter należy badać w świetle świadczenia, które jest rozpatrywane w konkretnej sprawie, czyli poprzez skoncentrowanie się na istotnym elemencie prawa, a nie poprzez przyjęcie ogólnego podejścia do sytuacji prawnej. A zatem przypomniawszy, że pytanie prejudycjalne postawione w wyroku w sprawie Maruko dotyczyło przyznania renty rodzinnej zarejestrowanemu partnerowi zmarłego beneficjenta, Trybunał stwierdził wpierw, że ustawa niemiecka „przyczyniła się do stopniowego zbliżenia reżimu prawnego utworzonego dla zarejestrowanego związku partnerskiego z reżimem prawnym obowiązującym w przypadku małżeństwa", a następnie podkreślił, że „w kwestiach rent wdowich […] zarejestrowany związek partnerski jest traktowany jak małżeństwo" [46].

93. Porównania sytuacji należy dokonywać zatem w oparciu o analizę skoncentrowaną na zidentyfikowaniu w szczególności praw

43 — Zgadzam się zatem ze stanowiskiem pierwszej izby Bundesverfassungsgericht przyjętym w postanowieniu wydanym w dniu 7 lipca 2009 r. (BVerfG, 1 BvR 1164/07). W celu uznania takiego rozróżnienia federalny trybunał konstytucyjny podkreślił, że istnieje ścisły związek pomiędzy orientacją seksualną a wyborem pomiędzy małżeństwem a zarejestrowanym związkiem małżeńskim (pkt 89), i że ustawodawca niemiecki przewidział tę ostatnią formę więzi prawnej w celu umożliwienia zawierania związków przez osoby homoseksualne (pkt 90).

44 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 69.

45 — I tak w wyroku w sprawie Burden przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (dotychczas nieopublikowanym w *Recueil des arrêts et décisions*), wydanym w dniu 29 kwietnia 2008 r., wielka izba tego ETPC orzekła, że dwie siostry mieszkające ze sobą od ponad trzydziestu lat w niepodzielnym domu nie mogą się skarżyć na różnicę traktowania pod względem finansowym na podstawie art. 14 EKPC, ponieważ nie znajdowały się w sytuacji porównywalnej do sytuacji małżonków lub partnerów cywilnych.

46 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 67–69.

i obowiązków osób pozostających w związku małżeńskim uregulowanych w przepisach prawa prywatnego oraz praw i obowiązków osób w zarejestrowanym związku partnerskim, które są istotne w świetle rozpatrywanego świadczenia. Moim zdaniem skuteczność zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną nie byłaby zapewniona, gdyby wymagano całkowitej identyczności instytucji prawnych lub gdyby musiały być uwzględnione prawa lub obowiązki nieistotne w świetle sytuacji istniejącej w danym przypadku.

94. W szczególności uregulowania znajdujące zastosowanie w przypadku ewentualnego rozwiązania związku łączącego partnerów, w wyniku porozumienia lub z jakiejkolwiek innej przyczyny, nie powinny mieć wpływu na porównanie sytuacji istniejących podczas małżeństwa i podczas zarejestrowanego związku partnerskiego, w odniesieniu do płatności, które uzależnione są od faktu, że beneficjent pozostający w związku partnerskim nie jest w trwałej separacji. Przeciwnie, takie uregulowania mogłyby mieć wpływ na ocenę porównywalności sytuacji małżonków i partnerów będących w separacji.

95. Skutki związane z małżeństwem, wynikające z przepisów prawa podatkowego, socjalnego lub administracyjnego, które czynią z małżeństwa warunek przyznania korzyści lub prawa, także nie powinny mieć wpływu na porównywanie sytuacji osób pozostających w związku małżeńskim lub zarejestrowanym związku partnerskim, ponieważ różnica traktowania ustanowiona we wspomnianych przepisach ma znaczenie raczej jako oznaka istnienia dyskryminacji niż jako czynnik określający porównywalność sytuacji.

96. Jako że Trybunał opisał już w wyroku w sprawie Maruko [47] etapy rozwoju niemieckiego prawa cywilnego w kierunku zbliżenia reżimu mającego zastosowanie do zarejestrowanego związku partnerskiego do reżimu istniejącego w przypadku małżeństwa, ponowna analiza jest moim zdaniem niepotrzebna.

97. W odniesieniu w szczególności do rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym świadczenia, czyli uzupełniającego świadczenia emerytalnego wypłacanego przez Freie und Hansestadt Hamburg jednemu z byłych pracowników tego podmiotu, objęte jest ono dziedziną prawa zobowiązań majątkowych pomiędzy małżonkami. Pragnę zauważyć, że zgodnie z informacjami zawartymi się w postanowieniu odsyłającym zarejestrowani partnerzy posiadają wzajemne zobowiązania polegające, po pierwsze, na zapewnianiu sobie wzajemnej pomocy i wsparcia, a po drugie, na przyczynianiu się w odpowiedni sposób do zaspokajania potrzeb wspólnoty partnerskiej poprzez pracę i posiadany majątek [48], podobnie jak ma to miejsce pomiędzy małżonkami podczas ich wspólnego życia [49]. Nawet jeśli na podstawie LPartG nie doprowadzono do całkowitego ujednolicenia praw par małżeńskich i par, które zawarły zarejestrowany związek partnerski, to

47 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 67 i nast.

48 — Paragrafy 2 i 5 LPartG, zmienionej ustawą z dnia 15 grudnia 2004 r., która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2005 r., o zmianie ustawy o związkach partnerskich (Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts).

49 — A zatem § 5 LPartG odsyła do równoległych przepisów BGB przewidując, że „§ 1360 zdanie drugie i §§ 1360a i 1360b BGB, a także § 16 ust. 2 stosuje się odpowiednio".

stworzono jednak obowiązki w szerokim zakresie podobne dla obydwu rodzajów związków, zwłaszcza na płaszczyźnie finansowej.

98. Według sądu a quo, w wyniku przeprowadzenia kolejnych zmian LPartG [50] „nie istnieją już znaczące różnice prawne pomiędzy tymi dwoma stanami cywilnymi proponowanymi przez niemiecki porządek prawny, czyli małżeństwem a zarejestrowanym związkiem partnerskim […]. Co do zasady różnica ta posiada już tylko charakter faktyczny: w przypadku małżeństwa zakłada się, że małżonkowie są odmiennej płci, podczas gdy w przypadku zarejestrowanego związku partnerskiego zakłada się, że partnerzy są tej samej płci". Nie ma zatem wystarczającej różnicy pomiędzy sytuacjami, by uzasadnić nierówne traktowanie, takie jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym.

99. Z akt sprawy wynika, że świadczenie J. Römera zostałoby podwyższone na podstawie § 8 ust. 10 zdanie ostatnie 1.RGG, gdyby w październiku 2001 r. zawarł związek małżeński z kobietą, a nie zarejestrowany związek partnerski z mężczyzną. To korzystniejsze traktowanie nie jest związane ani z dochodami stron związku, ani z posiadaniem dzieci, ani z innymi czynnikami związanymi z potrzebami ekonomicznymi małżonka. Poza tym, podczas życia zawodowego na składki należne od zainteresowanego w żaden sposób nie miał wpływu jego stan cywilny, jeśli zważymy, że był on zobowiązany do przyczyniania się do ponoszenia wydatków emerytalnych, uiszczając składkę równą składce opłacanej przez kolegów pozostających w związku małżeńskim. Różnica traktowania opiera się zatem wyłącznie na kryterium zakazanym przez dyrektywę 2000/78, czyli orientacji seksualnej.

100. Jeśli weźmiemy pod uwagę czynniki przytoczone przez sąd krajowy, wydaje się, że w odniesieniu do świadczenia rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym, sytuacja osób, które zawarły umowę małżeńską i sytuacja osób, które zawarły zarejestrowany związek małżeński zgodnie z mającym zastosowanie ustawodawstwem krajowym, są porównywalne w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78. W takich okolicznościach podwyższenie świadczenia emerytalnego w oparciu wyłącznie o kryterium pozostawania w związku małżeńskim przewidziane w § 10 ust. 6 1.RGG wydaje się stanowić dyskryminację bezpośrednią ze względu na orientację seksualną.

2. W przedmiocie dyskryminacji pośredniej

101. Kwestia wykładni art. 2 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2000/78, dotyczącego pojęcia dyskryminacji pośredniej, powstaje wyłącznie w przypadku gdy istnienie dyskryminacji bezpośredniej nie zostanie stwierdzone, czy to po badaniu porównywalności sytuacji, przeprowadzonym przez sam Trybunał w razie, gdyby uznał, że może to uczynić, jak to sugeruje Komisja, czy po przeprowadzeniu tego rodzaju analizy pozostawionej ocenie

50 — Arbeitsgericht Hamburg wyjaśnia, że w szczególności wspomniana ustawa z dnia 15 grudnia 2004 r. o zmianie ustawy o związkach partnerskich „w jeszcze większym stopniu zbliżyła status zarejestrowanego związku partnerskiego do statusu małżeństwa".

sądu krajowego. Poniższe uwagi przedstawiam zatem jedynie pomocniczo, w celu zapewnienia kompletności analizy.

102. Skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym zwraca się do Trybunału o rozszerzenie ww. orzecznictwa w sprawie Maruko poprzez udzielenie także odpowiedzi na pytanie dotyczące dyskryminacji pośredniej. Jürgen Römer podnosi celem uzasadnienia, że jest ofiarą dyskryminacji pośredniej ze względu na orientację seksualną, że fakt uzależnienia świadczeń od istnienia małżeństwa, które może być zawarte wyłącznie przez dwie osoby odmiennej płci, prowadzi do takiego rezultatu, przy czym nie jest to obiektywnie uzasadnione zgodnie z prawem Unii. Podnosi, że Freie und Hansestadt Hamburg nie wyjaśniła, dlaczego w celu zapewnienia ochrony parom małżeńskim wymagane byłoby, by otrzymywał on świadczenie niższe niż to, jakie pobierają jego heteroseksualni koledzy, mimo że przez 45 lat wpłacał do kasy branżowego systemu emerytalnego składki tej samej wysokości co oni.

103. Komisja, opierając się na orzecznictwie Trybunału dotyczącym zasady niedyskryminacji ze względu na wiek [51], podnosi, że państwa członkowskie posiadają szeroki zakres uznania w zakresie wyboru środków zapewniających realizację celów swojej polityki socjalnej, ale to uznanie nie może pozbawiać treści wprowadzania w życie zasady niedyskryminacji.

104. W przypadku gdyby nie zostało stwierdzone, że zarejestrowani partnerzy i małżonkowie znajdują się w sytuacjach porównywalnych w odniesieniu do rozpatrywanego świadczenia, co wykluczyłoby istnienie w niniejszym przypadku dyskryminacji bezpośredniej, należy dokonać wykładni przepisów art. 2 ust. 2 lit. b) pkt i dyrektywy 2000/78 w celu udzielenia pomocy sądowi krajowemu przy ustalaniu, czy uregulowania takie jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, mogą prowadzić do dyskryminacji pośredniej ze względu na orientację seksualną.

105. Zgodnie z moją wiedzą, w orzecznictwie brak wyroków, w których pojawiłaby się kwestia wykładni pojęcia dyskryminacji pośredniej, w szczególności ze względu na orientację seksualną, w rozumieniu dyrektywy 2000/78.

106. Zgodnie z przepisami wspomnianej dyrektywy należy najpierw rozważyć, czy istnieje w niniejszym przypadku „przepis [lub] kryterium […] pozornie neutraln[e] [które] może doprowadzić do szczególnej niekorzystnej sytuacji dla osób danej […] orientacji seksualnej, w stosunku do innych osób". Kryterium odnoszące się do związku małżeńskiego zawarte w § 10 ust. 6 1.RGG może a priori

51 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 5 marca 2009 r. w sprawie C-388/07 Age Concern England, Zb.Orz. s. I-1569, pkt 47 i nast. Należy podkreślić, że dyrektywa 2000/78 ustanawia szczególne zasady dotyczące przyczyn, które mogą uzasadnić nierówne traktowanie, bezpośrednie lub pośrednie, ze względu na wiek (zob. pkt 32 opinii przedstawionej w dniu 6 maja 2010 r. przez rzecznika generalnego J. Kokott w sprawie C-449/08 Andersen, zawisłej przed Trybunałem).

wydawać się neutralnym czynnikiem zróżnicowania. Jednakże jeśli małżeństwo i korzyści z niego wynikające są zarezerwowane wyłącznie dla osób odmiennej płci, jak to ma miejsce w Niemczech, rozróżniający skutek takiego kryterium nie jest bez znaczenia. Wydaje się ono szczególnie niekorzystne dla osób homoseksualnych, ponieważ nie posiadają one innych środków prawnych niż zarejestrowany związek partnerski, aby sformalizować swój związek i nie mogą zatem należeć do korzystniej traktowanej grupy, chyba że postąpią wbrew swojej orientacji seksualnej.

107. W tym zakresie należy przyjąć podejście obiektywne, a nie subiektywne. Niewielkie znaczenie posiada kwestia, czy wymóg istnienia aktualnego małżeństwa ma na celu wykluczenie właśnie par osób tej samej płci, ponieważ wymóg ten sam z siebie prowadzi do sytuacji wyraźnie dla nich niekorzystnej w porównaniu z parami osób odmiennej płci. Bezsprzecznie przepis rozpatrywany w postępowaniu przed sądem krajowym wyklucza wszystkich beneficjentów niepozostających w związku małżeńskim [52], ale w rzeczywistości osoby homoseksualne są bardziej pokrzywdzone niż na przykład osoby heteroseksualne żyjące w konkubinacie, ponieważ te ostatnie nie zostały definitywnie pozbawione możliwości uzyskania takiej korzyści, gdyż mogą one zawrzeć związek małżeński, jeśli tego chcą.

108. Stwierdzenie, że § 10 ust. 6 1.RGG może prowadzić do powstania „szczególnej niekorzystnej sytuacji" nie wystarcza do dowiedzenia dyskryminacji pośredniej, ponieważ może ją uzasadniać „obiektywnie […] zgodny […] z prawem cel […]" w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. b) pkt i dyrektywy 2000/78. Wyjaśnienie przedstawione przez Freie und Hansestadt Hamburg dotyczy względów podatkowych, których ani istnienie, ani zgodność z prawem nie zostały poparte dowodami, podczas gdy ciężar tego dowodu spoczywa na stronie pozwanej w postępowaniu przed sądem krajowym. Sąd krajowy ze swej strony przytacza ewentualny zamiar ustawodawcy zapewnienia ochrony małżeństwa i rodziny [53].

109. Na wstępie pragnę zaznaczyć, że związek przyczynowy pomiędzy rozpatrywanym nierównym traktowaniem a ochroną małżeństwa i rodziny, która sama z siebie mogłaby być „zgodnym z prawem celem", jest moim zdaniem wątpliwy.

110. Zakładając nawet, że można przyjąć, że taki cel jest zgodny z prawem, nie wydaje mi się, by przepisy § 10 ust. 6 1.RGG mogły przejść pozytywnie badanie zasadności i proporcjonalności, które przewiduje dyrektywa

52 — Jednakże pragnę przypomnieć, że § 10 ust. 6 1.RGG przewiduje, że korzystniejszy sposób obliczania wynikający z zastosowania III/0 klasy podatkowej jest zagwarantowany nie tylko w przypadku beneficjentów pozostających w związku małżeńskim, ale także beneficjentów niepozostających w związku małżeńskim, którzy mogą korzystać z zasiłków rodzinnych lub podobnych świadczeń.

53 — Powrócę do tej kwestii w ramach odpowiedzi, jakie należy udzielić na ostatnią serię pytań dotyczących wpływu ww. art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej, w którym określono cel tego porządku.

2000/78, ustanawiając wymóg, by „środki mające służyć osiągnięciu tego celu [były] właściwe i konieczne". Uważam, że istnieją inne środki, aby wspierać instytucję małżeństwa, niż szkodzenie, nawet w sposób pośredni, interesom finansowym par homoseksualnych, które w każdym razie nie mają w Niemczech możliwości zawarcia małżeństwa, a zatem mało prawdopodobne, by zrezygnowały z małżeństwa w celu zawarcia zarejestrowanego związku partnerskiego. W każdym razie instytucja małżeństwa może być chroniona bez niewłaściwego i zbędnego faworyzowania jednego prawnie uznanego sposobu życia w parze w stosunku do innego [54].

111. W świetle powyższych uwag obowiązkiem sądu a quo, który jest jedynym organem właściwym do dokonania oceny okoliczności faktycznych sporu przed nim zawisłego oraz wykładni mającego zastosowanie ustawodawstwa krajowego, będzie ustalenie w konkretnym przypadku, czy istnieje dyskryminacja pośrednia. Będzie on musiał ocenić, w jakiej mierze fakt, że J. Römer pobiera niższe świadczenie niż osoba pozostająca w związku małżeńskim, na mocy § 10 ust. 6 1.RGG, jest obiektywnie uzasadniony zgodnym z prawem celem, i w jakiej mierze istnienie niebędącego w separacji małżeństwa jako warunek wstępny uzyskania tej korzyści jest środkiem proporcjonalnym do osiągnięcia tego celu.

54 — Bliżej w ww. postanowieniu Bundesverfassungsgericht z dnia 7 lipca 2009 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka także podkreślił, że „w przypadku gdy zakres uznania pozostawiony państwom jest wąski, [jak w przypadku] różnicy traktowania ze względu na […] orientację seksualną, […] zasada proporcjonalności wymaga, by przyjęty środek zwykle umożliwiał osiągnięcie zamierzonego celu, ale także zobowiązuje do wykazania, że konieczne do osiągnięcia tego celu było wykluczenie pewnych osób – w tym przypadku osób żyjących w związku homoseksualnym – z zakresu zastosowania danego środka" (wyrok ETPC w sprawie Karner przeciwko Austrii z dnia 24 lipca 2003 r., *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-IX, pkt 41).

3. Wnioski tymczasowe

112. Podsumowując wszystkie kwestie zawarte w pytaniu trzecim proponuję Trybunałowi, aby odpowiedział w tym zakresie, że przepisy art. 1, 2 i 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2000/78 stoją w sprzeczności z przepisami takimi jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, na mocy których beneficjent pozostający w zarejestrowanym związku partnerskim nie pobiera dodatkowego świadczenia emerytalnego takiej samej wysokości jak świadczenie przyznane beneficjentowi pozostającemu w związku małżeńskim i niebędącemu w trwałej separacji, podczas gdy w prawie krajowym wspomniany związek partnerski stawia osoby tej samej płci w sytuacji porównywalnej do sytuacji małżonków w odniesieniu do wspomnianego świadczenia. Analiza porównywalności powinna być skoncentrowana na prawach i obowiązkach małżonków i partnerów wynikających odpowiednio z przepisów mających zastosowanie do małżeństwa i przepisów mających zastosowanie do zarejestrowanego związku partnerskiego, które są istotne zważywszy na warunki przyznania rozpatrywanego świadczenia. Na sądzie krajowym spoczywa obowiązek

sprawdzenia, czy związek partnerski jest pod względem prawnym i faktycznym porównywalny do związku małżonka będącego beneficjentem uzupełniającego świadczenia emerytalnego przewidzianego przez branżowy system emerytalny zarządzany przez Freie und Hansestadt Hamburg.

113. Pomocniczo, jeśli analiza porównywalności wykluczy istnienie dyskryminacji bezpośredniej ze względu na orientację seksualną, istnieje co najmniej dyskryminacja pośrednia w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. b) pkt 1 dyrektywy 2000/78, ponieważ przepisy § 10 ust. 6 1.RGG, przewidujące korzystniejszy sposób obliczania uzupełniającego świadczenia emerytalnego dla beneficjenta pozostającego w związku małżeńskim i niebędącego w trwałej separacji, po pierwsze, prowadzą do szczególnie niekorzystnej sytuacji beneficjenta pozostającego w zarejestrowanym związku partnerskim, a po drugie nie zapewniają obiektywnie realizacji zgodnego z prawem celu ani nie stanowią środka zarówno właściwego, jak i koniecznego dla osiągnięcia takiego celu, czego ocena będzie należeć do sądu krajowego.

D — *W przedmiocie naruszenia art. 141 WE lub zasady ogólnej prawa wspólnotowego*

114. Poprzez czwarte pytanie sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy w przypadku, gdyby nie stwierdzono, że § 10 ust. 6 1.RGG narusza dyrektywę 2000/78, wspomniany przepis prawa krajowego naruszałby jednak art. 141 WE lub zasadę ogólną prawa Unii.

115. Dokładniej pytanie to można podzielić na trzy części. Wyjaśnienia w tym zakresie zostały przedstawione przez Arbeitsgericht Hamburg w dodatkowym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

116. Zauważam, że przypadki pierwszy i drugi, o których mowa w pytaniu czwartym, to przypadki, zgodnie z którymi na pytanie dotyczące ewentualnego wykluczenia zastosowania dyrektywy 2000/78 zostałaby udzielona odpowiedź twierdząca. Co się tyczy trzeciej części czwartego pytania, dotyczy ona przypadku, w którym zostałoby stwierdzone, że § 10 ust. 6 1.RGG nie narusza zasady niedyskryminacji, zarówno bezpośredniej, jak i pośredniej, ustanowionej w dyrektywie 2000/78. Ze względów, które przedstawiłem powyżej, trzy części tego pytania prejudycjalnego są moim zdaniem nieistotne. Jednakże w celu przedstawienia kompletnej analizy, na wypadek, gdyby Trybunał nie przyjął moich propozycji, poniżej udzielę pomocniczo odpowiedzi.

117. W odniesieniu do ewentualnego naruszenia art. 141 WE, nie wydaje mi się, by mogłoby ono zostać stwierdzone w sporze przed sądem krajowym. Przypominam, że wspomniany artykuł ustanawia „zasad[ę] równości

wynagrodzeń dla pracowników płci męskiej i żeńskiej za taką samą pracę lub pracę tej samej wartości".

118. Normatywna treść § 10 ust. 6 1.RGG nie może naruszyć w ten sposób ustanowionej zasady, ponieważ różnica traktowania w zakresie obliczania świadczeń ze szkodą dla skarżącego w postępowaniu przed sądem krajowym opiera się na rozróżnieniu nie pomiędzy kobietami a mężczyznami, ale pomiędzy pracownikami pozostającymi w związku małżeńskim a innymi. Sąd krajowy sam to w rzeczywistości stwierdza, ale sugeruje, że w związku z tym, że skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym jest płci męskiej, wspomniany artykuł mógłby jednak być przepisem dyskryminującym, ponieważ J. Römer nie mógł zawrzeć z innym mężczyzną związku małżeńskiego, a jedynie związek partnerski.

119. Niemniej jednak, podobnie jak Komisja, pragnę zauważyć, że rozpatrywany przepis krajowy jest krzywdzący dla beneficjentów świadczeń tej samej płci niezależnie od faktu, że związek partnerski został zawarty pomiędzy dwoma mężczyznami czy dwiema kobietami. Poza tym szkoda ponoszona przez J. Römera nie jest związana ani z jego płcią, ani z płcią jego partnera, ale dotyczy wyłącznie nieistnienia małżeństwa. Wydaje mi się oczywiste, że taki przepis nie może być sprzeczny z art. 141 WE, który dotyczy różnic traktowania ze względu na płeć, a nie różnic ze względu na orientację seksualną.

120. Bezsprzecznie, argumentacja przedstawiona przez sąd a quo przypomina rozumowanie Trybunału w sprawie K.B. [55], zgodnie z którym art. 141 WE nie stoi co do zasady w sprzeczności z normami prawa, uniemożliwiającymi z naruszeniem europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka (zwanej dalej „EKPC"), parze, w której jedna strona jest osobą transseksualną, która poddała się operacji zmiany płci, ale pozostała zarejestrowana w urzędzie stanu cywilnego jako osoba tej samej płci co druga strona, spełnienia wymogu pozostawania w związku małżeńskim, koniecznego, by jedna z nich mogła korzystać ze składnika wynagrodzenia drugiej w rozumieniu art. 141 WE, czyli renty rodzinnej.

121. Nawet jeśli J. Römer i jego partner znajdowali się w sytuacji analogicznej do sytuacji zainteresowanych w sprawie K.B., ponieważ małżeństwo jest zarezerwowane dla osób odmiennej płci, nie uważam jednak, że w niniejszym przypadku przeszkoda ta może być uznana za dyskryminację ze względu na płeć. We wspomnianej sprawie Trybunał podważył zgodność z prawem wspólnotowym prawa Zjednoczonego Królestwa nie dlatego, że nie zezwala na zawarcie związku małżeńskiego przez osoby tej samej płci, ale dlatego, że prowadzi do nierównego traktowania odnoszącego się do warunku wstępnego, niezbędnego do otrzymania renty rodzinnej, czyli zdolności do zawarcia związku małżeńskiego [56]. Podobnie brak możliwości, którego doświadcza J. Römer, jest konsekwencją wyboru dokonanego przez Republikę Federalną

55 — Wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawie C-117/01, Rec. s. I-541.

56 — Punkty 28, 30 i 33 tego wyroku.

Niemiec, wykonującą uprawnienia w zakresie stanu cywilnego, by zarezerwować instytucję małżeństwa dla par osób odmiennej płci. Ponieważ osoby homoseksualne odczuwają konsekwencje tego wyboru legislacyjnego w sposób podobny, niezależnie od tego, czy chodzi o osoby płci żeńskiej, czy też męskiej, wymóg ten nie może sam z siebie być uznany za dyskryminacyjny ze względu na płeć.

122. W odniesieniu do ewentualnego naruszenia zasady ogólnej prawa wspólnotowego przez § 10 ust. 6 1.RGG w zakresie, w jakim stawia on skarżącego w postępowaniu przed sądem krajowym w mniej korzystnej sytuacji ze względu na jego orientację seksualną, sąd a quo opiera swój wniosek na wyroku w sprawie Mangold [57]. Przypomina, że zgodnie z tym wyrokiem dyrektywa 2000/78 jako taka nie ustanawia zasady równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, a zatem zasada ta musi być uznana za zasadę ogólną prawa wspólnotowego. We wniosku uzupełniającym sąd powołuje się na możliwe naruszenie „(innej) zasady ogólnej prawa wspólnotowego", może na zasadzie opozycji do zasady równego wynagrodzenia dla kobiet i mężczyzn, zawartej w art. 141 WE, ale nie wyjaśnia, jaka zasada mogłaby w niniejszym przypadku być tą inną zasadą.

123. W przypadku gdyby Trybunał stwierdził, że pytanie to nie okazało się bezprzedmiotowe w świetle kombinacji przypadków, które zostały w nim przytoczone w charakterze przesłanek, moim zdaniem wyroki w sprawie Mangold i w sprawie Kücükdeveci [58] potwierdzają, że dyrektywa 2000/78 nie ustanowiła zasady równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, która posiada swe źródło w różnych instrumentach międzynarodowych i tradycjach konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich, co wynika z art. 1 oraz motywów 1 i 4 wspomnianej dyrektywy.

124. W tym kontekście Trybunał uznał istnienie zasady niedyskryminacji ze względu na wiek, którą należy uważać za ogólną zasadę prawa wspólnotowego, a która we wspomnianej dyrektywie została jedynie skonkretyzowana poprzez ustalenie ogólnych ram w objętym przez nią obszarze [59]. Poza tym podkreślił, że zgodnie z art. 21 ust. 1 karty praw podstawowych, która na mocy art. 6 ust. 1 TUE posiada taką samą moc prawną jak traktaty [60], „[z]akazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na […] wiek […]".

125. Należy jeszcze ustalić, czy orzecznictwo to może być stosowane odpowiednio tak, by zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną uzyskał ten sam status ogólnej

57 — Wyżej wymieniony, pkt 74 i 75.

58 — Wyżej wymienione wyroki w sprawie Mangold (pkt 74) i w sprawie Kücükdeveci (pkt 20).

59 — Wyżej wymienione wyroki w sprawie Mangold (pkt 75) i w sprawie Kücükdeveci (pkt 21).

60 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Kücükdeveci, pkt 22.

zasady prawa Unii jak status, jaki posiada zakaz dyskryminacji ze względu na wiek.

126. Jak już wspominałem, traktat z Amsterdamu, podpisany w dniu 2 października 1997 r. i wprowadzony w życie w dniu 1 maja 1999 r., zmienił art. 13 ust. 1 WE, w celu przyznania Wspólnocie, w granicach jej materialnych kompetencji, szczególnych uprawnień w zakresie walki z wszelkimi formami dyskryminacji w oparciu o jedną z sześciu kategorii względów, wśród których znajduje się orientacja seksualna [61].

127. W tym czasie żadne z państw członkowskich nie potępiało dyskryminacji opartej na tym kryterium. Nie wymieniała go także EKPC. W wyroku w sprawie Grant wydanym w dniu 17 lutego 1998 r. [62] Trybunał stwierdził, że w stanie prawnym w ramach Wspólnoty trwałe związki homoseksualne nie są utożsamiane ze związkami małżeńskimi lub pozamałżeńskimi związkami heteroseksualnymi. Wywiódł z powyższego, że różnica traktowania ze względu na orientację seksualną nie jest zakazana, ponieważ żadna norma wspólnotowa nie zakazuje jej wyraźnie, i dodał, że wyłącznie prawodawca może przyjąć, w stosownym przypadku, środki mogące zmienić tę sytuację.

128. Jak zauważył rzecznik generalny Ruiz-Jarabo Colomer, wybrane przez Trybunał restrykcyjne podejście stoi w sprzeczności na przykład z orzecznictwem w zakresie dyskryminacji związanej z macierzyństwem [63]. Późniejsze orzecznictwo także dowodzi pewnej niechęci w stosunku do wprowadzenia w życie zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną [64].

129. Moim zdaniem, na płaszczyźnie ściśle prawnej nie istnieje żadne uzasadnienie dla mniej restrykcyjnego stosowania zasady równego traktowania w odniesieniu do dyskryminacji ze względu na orientację seksualną niż w odniesieniu do dyskryminacji z innych względów wymienionych w art. 13 WE.

61 — To na podstawie tego przepisu została wydana dyrektywa 2000/78, podobnie jak dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz.U. L 180, s. 22) i dyrektywa Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz.U. L 373, s. 37). W celu uzupełnienia tych ram prawnych Komisja przedstawiła w dniu 2 lipca 2008 r. wniosek dotyczący dyrektywy Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną [KOM(2008) 426 wersja ostateczna].

62 — Wyrok z dnia 17 lutego 1998 r. w sprawie C-249/96, Rec. s. I-621, pkt 35 i nast.

63 — Zobacz pkt 92 opinii w ww. sprawie Maruko, a także liczne wyroki w niej przytoczone (przypis 90).

64 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 31 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-122/99 P i C-125/99 P D i Szwecja przeciwko Radzie (Rec. s. I-4319), którego cześć została przypomniana w pkt 94 ww. opinii przedstawionej przez rzecznika generalnego w sprawie Maruko.

Przyznanie, że w dziedzinie tej istnieje szczególna wrażliwość o wymiarze prawnym oznaczałoby, że Trybunał nadałby znaczenie nieuzasadnionym uprzedzeniom, niezależnie od ich źródła, i odmówiłby zapewnienia jednakowej ochrony prawnej osobom o mniejszościowej orientacji seksualnej.

130. Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł bowiem w 1999 r., że różnica traktowania ze względu na orientację seksualną objęta jest zakresem stosowania art. 14 EKPC, którego treść nie jest ograniczająca i że taka dyskryminacja nie może być tolerowana na mocy Konwencji [65]. Tymczasem prawa podstawowe gwarantowane przez EKPC stanowią integralną część norm, których przestrzeganie jako zasad ogólnych zapewnia Unia Europejska, zgodnie z art. 6 ust. 3 TUE. Zakaz „wszelk[iej] dyskryminacj[i] w szczególności ze względu na […] orientację seksualną" został zatem zapisany w art. 21 ust. 1 Karty praw podstawowych UE, której celem nie było stworzenie nowych praw, ale potwierdzenie praw uznanych przez prawo Unii [66].

131. W świetle powyższych rozważań jestem zdania, że podobnie jak Trybunał przyjął w odniesieniu do dyskryminacji ze względu na wiek, zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną powinien być uznany za ogólną zasadę prawa wspólnotowego [67].

132. W przypadku mało według mnie prawdopodobnym, gdyby uregulowanie

65 — Wyrok ETPC z dnia 21 grudnia 1999 r. w sprawie Salgueiro Da Silva Mouta przeciwko Portugalii, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-IX, pkt 28 i 36. Zobacz także wyrok ETPC z dnia 9 stycznia 2003 r. w sprawie S.L. przeciwko Austrii, *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-I (pkt 37: „różnice ze względu na orientację seksualną powinny być uzasadnione szczególnie istotnymi względami"), a także orzecznictwo przytoczone w tym zakresie) i wyrok ETPC z dnia 2 marca 2010 r, w sprawie Kozak przeciwko Polsce, dotychczas nieopublikowany w *Recueil des arrêts et décisions* (w pkt 98 i 99 ETPC przyznaje, że ochrona rodziny, oparta na związku kobiety i mężczyzny, jaki przewiduje polska konstytucja stanowi co do zasady zgodny z prawem motyw umożliwiający uzasadnienie odmiennego traktowania. Jednak dodaje, że w poszukiwaniu pożądanej równowagi pomiędzy ochroną rodziny a prawami przyznanymi na podstawie konwencji mniejszościom seksualnym państwo powinno uwzględniać rozwój społeczny, między innymi dlatego, że nie istnieje tylko jeden sposób, w jaki jednostka powinna wieść swoje prywatne życie. Ponieważ Trybunał nie mógł przyznać, by dla celów ochrony rodziny konieczna była ogólna odmowa przenoszenia umowy najmu na osoby żyjące w związku homoseksualnym, jednomyślnie stwierdził naruszenie art. 14 w związku z art. 8 EKPC).

66 — Jej preambuła stanowi, że karta „potwierdza, przy poszanowaniu kompetencji i zadań Unii oraz zasady pomocniczości, prawa wynikające zwłaszcza z tradycji konstytucyjnych i zobowiązań międzynarodowych wspólnych państwom członkowskim, [EKPC], Kart Społecznych przyjętych przez Unię i Radę Europy oraz z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka".

67 — Punkt 76 ww. wyroku w sprawie Mangold rozpoczyna się następująco: „[…] przestrzeganie ogólnej zasady równego traktowania w *szczególności* ze względu na kryterium wieku […]" (wyróżnienie moje), co umożliwia stwierdzenie, że Trybunał nie zamierzał ograniczyć swego podejścia wyłącznie do tego kryterium, zwłaszcza, że przypomniał że celem dyrektywy 2000/78 jest zwalczanie dyskryminacji ze względu na „religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną" (art. 1) w odniesieniu do zatrudnienia i pracy. Podobnie, rzecznik generalny A. Tizzano zauważył w swojej opinii dotyczącej tej sprawy, że „jeszcze przed przyjęciem dyrektywy [2000/78] i zawartych w niej przepisów szczególnych Trybunał uznał istnienie *ogólnej zasady równości*" (wyróżnienie moje) (zob. pkt 83 a także przytoczone tam orzecznictwo).

rozpatrywane w sporze przed sądem krajowym nie było objęte zakresem stosowania dyrektywy 2000/78, nie można wykluczyć, że to uregulowanie – konkretnie wyrażenie „pozostający w związku małżeńskim", które ogranicza zakres jego zastosowania – narusza ogólną zasadę prawa wspólnotowego dotyczącą zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.

E — *W przedmiocie aspektów czasowych sprawy*

135. Należy zbadać wspólnie pytania piąte i szóste, ponieważ obydwa dotyczą problemów stosowania w czasie pod różnymi względami.

1. W przedmiocie skutków w czasie prawa do równego traktowania

133. Niemniej jednak należy podkreślić, że gdyby Trybunał przeprowadził badanie w oparciu o tę zasadę ogólną, a nie w oparciu o dyrektywę 2000/78, miałoby to wpływ na odpowiedź, jakiej należy udzielić na pytanie piąte postawione przez sąd krajowy, czyli w odniesieniu do konsekwencji ratione temporis naruszenia prawa Unii.

136. Sąd krajowy wskazuje, że celem pytania piątego jest uzyskanie wyjaśnienia konsekwencji prawnych, jakie powinien on wyciągnąć z odpowiedzi udzielonych przez Trybunał na cztery pierwsze pytania prejudycjalne, w celu wydania wyroku w niniejszej sprawie.

134. Podsumowując, uważam zasadniczo, że w niniejszym przypadku nie istnieje potrzeba udzielania odpowiedzi na piąte pytanie prejudycjalne. Niemniej jednak, w przeciwnym wypadku, proponuję pomocniczo, by Trybunał orzekł, że § 10 ust. 6 1.RGG nie może prowadzić do naruszenia art. 141 WE, ale może naruszać ogólną zasadę prawa Unii, jaką stanowi zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, czego oceny będzie musiał dokonać sąd krajowy w świetle okoliczności danego sporu przed nim zawisłego.

137. Wyjaśnia, że w pierwszej kolejności pragnie uzyskać odpowiedź na pytanie, czy w przypadku, gdyby Trybunał przyznał, że niekorzystna sytuacja, w jakiej znajduje się skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym, stanowi naruszenie prawa wspólnotowego, zainteresowany mógłby wymagać od strony pozwanej w postępowaniu przed sądem krajowym, by był traktowany tak samo jak beneficjenci pozostający w związku małżeńskim i niebędący w trwałej separacji, także przed odpowiednią zmianą § 10 ust. 6 1. RGG idącą w tym kierunku.

138. W tym względzie sąd a quo podnosi, że w niniejszym przypadku Freie und Hansestadt Hamburg nie jest pracodawcą prawa prywatnego, mimo że chodzi o umowę o pracę prawa cywilnego, ale publiczną wspólnotą lokalną działającą jednocześnie jako pracodawca i jako ustawodawca w odniesieniu do rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym przepisu.

139. Moim zdaniem, w przypadku gdyby zostało stwierdzone istnienie dyskryminacji, bezpośredniej lub pośredniej, skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym będzie mógł powoływać się na prawo do równego traktowania, nie czekając na zmianę spornego przepisu krajowego przez ustawodawcę niemieckiego.

140. W drugiej kolejności sąd krajowy pragnie uzyskać co do zasady odpowiedź na pytanie, od jakiej daty powinno nastąpić wyłączenie stosowania § 10 ust. 6 1.RGG. Wyjaśnia, że jest zdania, że gdyby Trybunał stwierdził, iż wspomniany przepis narusza jedynie dyrektywę 2000/78, logiczne wydawałoby się przyznanie skarżącemu w postępowaniu przed sądem krajowym w stosunku do strony pozwanej prawa do wypłaty świadczeń w takiej samej wysokości jak świadczenia wypłacane beneficjentom pozostającym w związku małżeńskim, najwcześniej od upływu terminu wprowadzenia w życie przewidzianego w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2000/78, czyli od dnia 3 grudnia 2003 r.

141. Dodaje, że wydaje mu się, iż punkt początkowy mógłby być ustalony w późniejszej dacie w przypadku gdyby Trybunał nadał rozstrzygające znaczenie okoliczności, że w prawie krajowym związek partnerski zawarty przez osoby tej samej płci zbliżano do instytucji małżeństwa tylko w kilku etapach. Sugeruje, że w takim przypadku skutki prawne wykładni nadanej przez Trybunał mogłyby mieć zastosowanie w stosunku do skarżącego w postępowaniu przed sądem krajowym, na przykład dopiero od wejścia w życie ustawy z dnia 15 grudnia 2004 r. zmieniającej prawo dotyczące związków partnerskich, czyli od dnia 1 stycznia 2005 r.

142. Podczas gdy Komisja podziela stanowisko przyjęte przez sąd krajowy, punkt widzenia skarżącego w postępowaniu przed sądem krajowym jest podobny jedynie w odniesieniu do pierwszej z dat zaproponowanych przez sąd [68]. Jürgen Römer przyznaje, że Trybunał mógłby orzec, że skutki zostaną ograniczone do wypłaty świadczeń emerytalnych po dniu 2 grudnia 2003 r. Jednakże uważa, że wysokość jego świadczenia powinna w każdym razie być obliczona od tej daty na podstawie wszystkich uiszczonych składek, niezależnie od ich daty.

143. Natomiast sprzeciwia się koncepcji, zgodnie z którą datę początkową można byłoby odsunąć w czasie w celu uwzględnienia zmiany systemu mającego zastosowanie do

68 — Pragnę jednak zauważyć, że sformułowanie, jakiego używa w tym zakresie, wydaje mi się niejednoznaczne, a nawet niejasne, ponieważ utrzymuje on, że „orzeczenie [Trybunału] wyjaśni treść dyrektywy, tak jak powinna była być rozumiana od dnia *2 grudnia 2003 r., daty swojego wejścia w życie*" (wyróżnienie moje). Tymczasem art. 20 dyrektywy 2000/78 stanowi, że weszła ona w życie w dniu jej publikacji w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich*, czyli w dniu 2 grudnia 2000 r., podczas gdy art. 18 przewiduje, że państwa członkowskie miały do dnia 2 grudnia 2003 r. transponować ją do prawa krajowego.

zarejestrowanych związków partnerskich w prawie niemieckim. W odniesieniu do dyskryminacji pośredniej podnosi, że obowiązki dotyczące zapewnienia utrzymania istniejące pomiędzy partnerami pokrywają się z obowiązkami ciążącymi na małżonkach od momentu stworzenia możliwości zawierania związków partnerskich w 2001 r. [69]. Wywodzi z powyższego, że byli pracownicy Freie und Hansestadt Hamburg, którzy zawarli związki partnerskie, zawsze znajdowali się w takiej samej sytuacji, jak byli pracownicy pozostający w związkach małżeńskich w odniesieniu do spornych uzupełniających świadczeń emerytalnych. Pomocniczo, w odniesieniu do dyskryminacji pośredniej twierdzi, że od początku był ofiarą dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.

144. Aby odpowiedzieć na to pytanie, można byłoby rozważyć rozróżnienie odmiennych przypadków. Z jednej strony, w przypadku gdyby Trybunał stwierdził, że w niniejszym przypadku istnieje dyskryminacja związana z naruszeniem przepisów dyrektywy 2000/78, można byłoby stwierdzić, że skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym nie mógł korzystać z tych samych praw do świadczeń uzupełniających jak beneficjenci pozostający w związku małżeńskim przed upływem terminu wyznaczonego państwom członkowskim na dokonanie transpozycji, czyli przed dniem 2 grudnia 2003 r. Argumentem przemawiającym za przyjęciem tej tezy byłaby okoliczność, że dyrektywie nie można nadać skutku wstecznego, decydując o jej zastosowaniu przed upływem terminu transpozycji. Z drugiej strony w przypadku gdyby Trybunał odpowiedział przecząco na pytanie trzecie, sąd krajowy zwraca się pomocniczo z zapytaniem, czy § 10 ust. 6 1.RGG narusza art. 141 WE lub zasadę ogólną prawa wspólnotowego. W takim przypadku upływ terminu transpozycji dyrektywy 2000/78 nie miałby wpływu na rozstrzygnięcie sporu przed sądem krajowym.

145. Jednakże dokonanie takiego rozróżnienia prowadziłoby do pominięcia, że – jak przypomniałem – Trybunał podkreślił, że dyrektywa 2000/78 jako taka nie ustanawia zasady równego traktowania w zakresie zatrudnia i pracy [70]. Trybunał z tego wywiódł, że zasada niedyskryminacji ze względu na wiek powinna być uznana za ogólną zasadę prawa wspólnotowego i że poszanowanie ogólnej zasady równego traktowania nie może jako takie zależeć od upływu terminu przyznanego państwom członkowskim na transpozycję dyrektywy, mającej na celu ustanowienie ogólnych ram zwalczania dyskryminacji ze względu na to kryterium. Dodał, że zadaniem sądu krajowego jest zapewnienie pełnej skuteczności tej ogólnej zasady poprzez niestosowanie przepisów sprzecznych z prawem

69 — Skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym podnosi, że tylko ranga wierzytelności alimentacyjnych pomiędzy małżonkami w stosunku do innych wierzytelności alimentacyjnych była początkowo odmiennie uregulowana, ale nie ma to żadnego wpływu na porównywalny charakter obowiązków wzajemnego utrzymania małżonków i partnerów względem siebie.

70 — Wyżej wymienione wyroki w sprawie Mangold, pkt 74, i w sprawie Kücükdeveci, pkt 20.

krajowym nawet wtedy, gdy termin transpozycji przewidziany w art. 18 dyrektywy jeszcze nie upłynął.

146. Moim zdaniem rozumowanie identyczne pod każdym względem należy zastosować w odniesieniu do zasady niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Ponieważ celem dyrektywy 2000/78 jest zasadniczo ułatwienie konkretnego stosowania ogólnej zasady prawa Unii, nie ma ona wpływu ani na jej treść, ani zakres. Ponieważ zasada ta nie została ustanowiona przez dyrektywę 2000/78, ale jedynie przez nią potwierdzona, możliwe jest stwierdzenie, że naruszenie wspomnianej zasady, a także wynikające z tego skutki prawne, mogły nastąpić wcześniej niż w dniu 2 grudnia 2003 r. W niniejszym przypadku konsekwencje, jakie sąd krajowy będzie musiał wyciągnąć w sprawie przez niego rozstrzyganej, nie mogą być związane z datą wejścia w życie dyrektywy 2000/78 lub datą upływu terminu jej transpozycji, ponieważ w ten sposób uznana zasada niedyskryminacji miałaby pierwszeństwo przed taką normą prawa wtórnego.

147. W świetle ewolucji, jaką już przedstawiłem, wydaje się, że zasada niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną nie była uznawana przez Trybunał w jego orzecznictwie z lat 90. Jednakże przypominam, że Trybunał w Strasburgu w grudniu 1999 r.[71] orzekł, że taka dyskryminacja jest niezgodna z EKPC. Biorąc pod uwagę, że fakt, iż Unia Europejska gwarantuje, jako zasady ogólne, prawa podstawowe chronione przez tę konwencję[72] i zważywszy, że karta praw podstawowych tylko skodyfikowała prawa już zagwarantowane w Unii Europejskiej[73], wydaje mi się oczywiste, że prawo do równego traktowania ze względu na orientację seksualną stanowiło już zasadę ogólną prawa uznaną przez prawo Unii, gdy J. Römer zarejestrował związek partnerski ze swym partnerem, czyli w dniu 15 października 2001 r.

148. Gdyby Trybunał nie przyjął mojej argumentacji w tej kwestii i chciał trzymać się daty wprowadzenia w życie przepisów dyrektywy 2000/78, należałoby uczynić rozróżnienie w odniesieniu do daty wejścia w życie w zależności od rodzaju dyskryminacji stwierdzonej przez Trybunał.

149. W przypadku dyskryminacji bezpośredniej zostanie ona bowiem stwierdzona dopiero od momentu, w którym sytuacja beneficjentów, którzy zawarli związek partnerski, stała się porównywalna do sytuacji beneficjentów pozostających w związku małżeńskim w odniesieniu do rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym świadczenia uzupełniającego.

150. Mogłoby się okazać, że zgodnie z tym, co sugeruje sąd a quo i wbrew temu, co utrzymuje skarżący w postępowaniu przed

71 — Wyżej wymieniony wyrok ETPC w sprawie Da Silva Mouta przeciwko Portugalii.

72 — Artykuł 6 ust. 3 TUE.

73 — Preambuła do karty.

sądem krajowym, wystarczająca zgodność pomiędzy prawami i obowiązkami wynikającymi z małżeństwa i tymi, które wynikają ze związku partnerskiego, przy ograniczeniu się do elementów istotnych w stosunku do danej korzyści, pojawiała się stopniowo, a nie pojawiła się w dniu wydania pierwszej ustawy regulującej związki partnerskie. Tymczasem, ponieważ określenia tego progu zbieżności należy dokonać poprzez analizę i wykładnię prawa krajowego, będzie to zadaniem sądu krajowego.

151. W tym względzie należy podkreślić, że postanowienie odsyłające wskazuje, że w swej pierwotnej wersji, wynikającej z ustawy z dnia 16 lutego 2001 r., status prawny zarejestrowanego partnerstwa w rozumieniu LPartG oparty był częściowo na statusie prawnym małżeństwa, ale w pozostałej części różnił się od niego [74], i że status ten był przedmiotem trzech reform, spośród których jedna, ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2005 r., wzmocniła podobieństwa pomiędzy związkiem partnerskim a instytucją małżeństwa [75] do tego stopnia, że nie istnieją już znaczące różnice prawne pomiędzy tymi dwoma stanami cywilnymi osób proponowanymi przez niemiecki porządek prawny. Mimo że ta analiza stopniowego zbliżenia jest podważana przez skarżącego w postępowaniu przed sadem krajowym, wydaje się bezsporne, że sąd a quo uwzględni stopniową zmianę prawa krajowego, którą opisał i która skądinąd jest zbieżna ze stanowiskiem przyjętym przez niemieckie sądy federalne najwyższego szczebla w ramach orzeczeń [76] wydanych w bezpośrednim związku z wyrokiem w sprawie Maruko [77]. Niemniej jednak możliwość żądania przez J. Römera równego traktowania w danym momencie, a nie w innym, będzie zależeć istotnie od kryteriów uznanych przez Trybunał za te, które powinny być zastosowane przez sąd krajowy w celu dokonania porównania pomiędzy obiema kategoriami sytuacji.

152. Natomiast w przypadku dyskryminacji pośredniej nie jest konieczne stwierdzenie istnienia sytuacji porównywalnych pod względem prawnym, a jedynie stwierdzenie istnienia szczególnej niekorzystnej sytuacji, która nie jest uzasadniona zgodnym z prawem celem. Ciążący na sądzie krajowym obowiązek wyciągnięcia konsekwencji zgodnych z prawem Unii mógłby zatem być skuteczny od momentu stworzenia możliwości zawarcia zarejestrowanego związku partnerskiego

74 — W odniesieniu do świadczeń emerytalnych sąd krajowy wspomina, że LPartDisBG (Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften) nie przewidywała pomiędzy zarejestrowanymi partnerami kompensacyjnego podziału praw do świadczenia w przypadku rozwiązania związku partnerskiego i nie zawierała żadnego przepisu dotyczącego praw do emerytury w przypadku śmierci. Jednakże moim zdaniem skuteczność zasady niedyskryminacji w prawie Unii nie mogłaby być zagwarantowana, gdyby w ramach porównywania sytuacji uwzględniano czynniki, które są czysto hipotetyczne w stosunku do szczególnej sytuacji stron. Uwzględniając okoliczności niniejszego przypadku, pamiętając, że związek partnerski zawarty w 2001 r. przez Römera jedynie zalegalizował trwały związek, ponieważ istniał on faktycznie od 1969 r., i biorąc pod uwagę fakt, że rozpatrywane jest świadczenie, którego przyznanie jest uwarunkowane od okoliczności, by beneficjent pozostawał w związku małżeńskim i nie był w trwałej separacji, nieuzasadnione jest moim zdaniem uwzględnienie w celu dokonania tego porównania przepisów dotyczących rozwiązania związku.

75 — W tej kwestii zob. ww. wyrok w sprawie Maruko, w szczególności pkt 12 i nast.

76 — Zobacz wyrok wydany w dniu 14 stycznia 2009 r. przez niemiecki federalny sąd pracy (Bundesarbeitsgericht), zwłaszcza pkt 34; postanowienie wydane w dniu 7 lipca 2009 r. przez federalny trybunał konstytucyjny (Bundesverfassungsgericht), zwłaszcza pkt 36 i nast.

77 — W obydwóch ww. orzeczeniach odwołano się wyraźnie do ww. wyroku wydanego przez Trybunał w dniu 1 kwietnia 2008 r. w sprawie Maruko.

przez ustawodawcę niemieckiego, czyli od dnia 1 sierpnia 2001 r., dnia wejścia w życie LPartG. W odniesieniu do tej kwestii, skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym mógłby wymagać, by był traktowany do celów obliczenia uzupełniającego świadczenia jako beneficjent pozostający w związku małżeńskim i niebędący w trwałej separacji, począwszy od miesiąca następującego po miesiącu zawarcia związku partnerskiego.

153. W konsekwencji proponuję odpowiedzieć na pytanie piąte w ten sposób, że obowiązkiem sądu krajowego jest zapewnienie pełnej skuteczności ogólnej zasady niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną, poprzez niestosowanie przepisów prawa krajowego, takich jak § 10 ust. 6 1.RGG, które byłyby sprzeczne z tą zasadą, nawet przed upływem terminu do transpozycji dyrektywy 2000/78.

2. W przedmiocie ograniczenia w czasie skutku wyroku Trybunału

154. Poprzez pytanie szóste sąd krajowy zmierza do ustalenia – na wypadek gdyby Trybunał miał orzec, że dyrektywa 2000/78, art. 141 WE lub ogólna zasada prawa wspólnotowego stoją w sprzeczności z uregulowaniami takimi jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym – czy należy ograniczyć w czasie korzystanie z prawa do świadczenia tej samej wysokości jak świadczenie wypłacane beneficjentom pozostającym w związkach małżeńskich, a w szczególności, czy należy stwierdzić, że równe traktowanie w zakresie obliczania świadczeń ma zastosowanie jedynie do praw nabytych przez beneficjenta z tytułu okresów składkowych po dniu 17 maja 1990 r., na mocy wyroku w sprawie Barber, wydanego w tym dniu [78].

155. Skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym i Komisja zgadzają się co do tego, że nie istnieje żaden powód, by ograniczyć w czasie skutki wyroku, jaki ma być wydany, przy czym Komisja odwołuje się do wyroku w sprawie Maruko, w ramach którego została zbadana podobna kwestia [79].

156. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wykładnia przepisu prawa Unii, dokonana przez Trybunał w ramach kompetencji przyznanej mu w art. 267 TFUE, wyjaśnia i uściśla w miarę potrzeb znaczenie oraz zakres tego przepisu, tak jak powinien lub powinien był być rozumiany i stosowany od chwili jego wejścia w życie. Wynika z tego, że zinterpretowany w ten sposób przepis może

78 — Wyżej wymieniony, w odniesieniu do równego wynagradzania pracowników płci żeńskiej i męskiej, w którym Trybunał orzekł, że „na bezpośredni skutek art. 119 traktatu [art. 141 WE] nie można się powoływać w celu żądania przyznania ze skutkiem od dnia poprzedzającego datę wydania niniejszego wyroku prawa do świadczenia, przy czym nie ma to zastosowania do pracowników lub ich następców prawnych, którzy przed tą datą wszczęli postępowanie sądowe lub złożyli skargę równoważną, zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami prawa krajowego" (pkt 45).

79 — Wyżej wymieniony, pkt 77 i nast.

i powinien być stosowany przez sąd do stosunków prawnych powstałych przed wydaniem tego wyroku, jeśli przesłanki wniesienia do właściwego sądu powództwa dotyczącego zastosowania tego przepisu są w pozostałym zakresie spełnione [80].

157. Wyjątkowo, biorąc pod uwagę poważne trudności, jakie wyrok Trybunału mógłby spowodować w odniesieniu do przeszłości, Trybunał może zostać skłoniony do umożliwienia każdemu zainteresowanemu powołanie się na wykładnię, jaką nadaje temu przepisowi wydając orzeczenie w trybie prejudycjalnym. Na mocy ogólnej zasady pewności prawa właściwej dla wspólnotowego porządku prawnego tego rodzaju ograniczenie może być dopuszczalne jedynie w samym wyroku, w którym Trybunał rozstrzyga w kwestii wykładni, o którą się do niego zwrócono [81].

158. Należy przypomnieć, że Trybunał uciekał się do tego rozwiązania jedynie w bardzo szczególnych okolicznościach, po pierwsze, gdy istniało ryzyko poważnych reperkusji finansowych ze względu, między innymi, na znaczną liczbę stosunków prawnych nawiązanych w dobrej wierze na podstawie uregulowania uważanego za skuteczne i obowiązujące, po drugie, gdy okazywało się, iż osoby prywatne oraz władze krajowe były zachęcane do zachowań niezgodnych z uregulowaniami wspólnotowymi ze względu na istnienie obiektywnej i istotnej niepewności odnośnie do zakresu przepisów wspólnotowych, do której to niepewności przyczyniło się ewentualnie również takie samo zachowanie innych państw członkowskich bądź Komisji Wspólnot Europejskich [82].

159. W przypadku, gdyby Trybunał zamierzał udzielić odpowiedzi dotyczącej ograniczenia w czasie skutków wyroku, który ma wydać, mimo że ani Republika Federalna Niemiec, ani Freie und Hansestadt Hamburg tego nie wymagały, moim zdaniem w ramach niniejszej procedury prejudycjalnej z akt sprawy w żaden sposób nie wynika, by równowaga finansowa systemu świadczeń uzupełniających zarządzanego przez stronę pozwaną w postępowaniu przed sądem krajowym mogła być zakłócona ze skutkiem wstecznym ze względu na brak takiego ograniczenia.

160. Pragnę przypomnieć, że na mocy § 8 ust. 10 zdanie ostatnie 1.RGG, o ile warunki przewidziane w § 10 ust. 6 1.RGG, czyli istnienie związku małżeńskiego bez trwałej separacji, są spełnione dopiero po rozpoczęciu wypłacania świadczenia emerytalnego, należy, jeśli zainteresowany tego żąda, stosować od tej daty III/0 klasę podatkową, która jest korzystniejsza dla beneficjentów.

80 — Zobacz w szczególności ostatnio wydany wyrok wielkiej izby: wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-73/08 Bressol i in. i Chaverot i in., Zb.Orz. s. I-2735, pkt 90 i nast., a także przytoczone tam orzecznictwo.

81 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 8 kwietnia 1976 r. w sprawie 43/75 Defrenne, Rec. s. 455; z dnia 27 marca 1980 r. w sprawie 61/79 Denkavit italiana, Rec. s. 1205, pkt 17; z dnia 6 marca 2007 r. w sprawie C-292/04 Meilicke i in., Zb.Orz. s. I-1835, pkt 36 i 37, a także ww. w sprawie Barber, pkt 41 i 44.

82 — Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 27 kwietnia 2006 r. w sprawie C-423/04 Richards, Zb.Orz. s. I-3585, pkt 42, a także ww. w sprawie Bressol i in. i Chaverot i in., pkt 93 i przytoczone tam orzecznictwo.

Przy założeniu, że J. Römer mógłby zawrzeć w październiku 2001 r. związek małżeński zamiast związku partnerskiego, Freie und Hansestadt Hamburg musiałaby podwyższyć wypłacane mu świadczenie dodatkowe zgodnie z ww. przepisami. Tymczasem finansowanie danego systemu emerytalnego musiało być zaplanowane z uwzględnieniem możliwości pojawienia się zmian w stanie cywilnym beneficjentów. Nie ma żadnej wskazówki, zgodnie z którą ta możliwość zostałaby w znacznym stopniu wzmocniona ze względu na wprowadzenie do prawa niemieckiego regulacji dotyczącej zarejestrowanego związku partnerskiego.

161. Zresztą strona pozwana w postępowaniu przed sądem krajowym, która nie zajęła stanowiska w tej kwestii, nie twierdzi, że istniałoby ryzyko finansowe. Sąd krajowy zauważa, że w żadnym razie nie powołując się na obawę pojawienia się znacznych trudności, przeciwnie, Freie und Hansestadt Hamburg podkreśliła, że decyzje stosujące nowe sposoby obliczania praw do świadczenia powinny dotyczyć tylko kilku przypadków beneficjentów, którzy zawarli związki partnerskie. Skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym wyjaśnia, że istnieje mniej niż 15 000 zarejestrowanych związków partnerskich i że liczba emerytowanych pracowników Freie und Hansestadt Hamburg, którzy zawarli związek partnerski z osobą tej samej płci, nie może prowadzić do poważnych konsekwencji finansowych. W przypadku gdyby Trybunał odpowiedział twierdząco na poprzednie pytania, reperkusje ekonomiczne tej decyzji byłyby zatem minimalne.

162. W konsekwencji uważam, że gdyby trzeba było udzielić odpowiedzi na pytanie szóste, nie należałoby ograniczać w czasie skutków wyroku, jaki ma zostać wydany.

F — *W przedmiocie powiązania pomiędzy zasadą równego traktowania a wynikającym z prawa krajowego celem zapewnienia szczególnej ochrony małżeństwa i rodziny*

163. W postanowieniu uzupełniającym Arbeitsgericht Hamburg przedstawił siódmy szereg pytań, poprzez które zmierza zasadniczo do ustalenia, czy norma krajowego prawa konstytucyjnego, taka jak zasada zapewnienia przez państwo szczególnej ochrony małżeństwa i rodziny, ustanowiona w art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej, może ograniczyć wspólnotową zasadę niedyskryminacji, bezpośredniej lub pośredniej, wynikającą w szczególności z dyrektywy 2000/78.

1. W przedmiocie pierwszeństwa zasady prawa wspólnotowego dotyczącej równego traktowania

164. Pierwsza część pytania siódmego dotyczy miejsca, jakie należy przyznać niemieckiej normie konstytucyjnej, czyli art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej w przypadku, gdyby Trybunał stwierdził istnienie dyskryminacji bezpośredniej.

165. W świetle zasady leżącej u podstaw prawa Unii, zgodnie z którą normy tego prawa powinny mieć pierwszeństwo przed wszelkimi normami prawa krajowego, niezależnie od rangi tych ostatnich, w tym rangi konstytucyjnej, narzuca się odpowiedź negatywna [83]. Zasada pierwszeństwa ma bowiem charakter bezwzględny. Gdyby tak nie było, mogłoby to prowadzić do naruszenia jedności, a nawet skuteczności prawa Unii.

166. Z powyższego wynika, że przepisy takie jak przepisy ustawy zasadniczej mające na celu zapewnienie ochrony małżeństwa i rodziny, nawet jeśli mają rangę konstytucyjną, nie mogą mieć wpływu na ważność lub stosowanie zasady niedyskryminacji ustanowionej przez prawo Unii. W przypadku gdyby prawo Unii stało w sprzeczności z przepisami krajowymi, pierwszeństwo tego prawa nakłada na sąd krajowy obowiązek stosowania prawa Unii i powstrzymanie się od zastosowania sprzecznych z nim przepisów krajowych [84].

167. Komisja podkreśla, że istnienie naruszenia dyrektywy 2000/78 lub zasady ogólnej prawa Unii zakazującej dyskryminacji nie może zależeć od oceny lub zobowiązań ustawodawcy krajowego.

168. Jednakże wszystkie te stwierdzenia zakładają, że istnieje konflikt norm, który w niniejszym przypadku moim zdaniem nie występuje. Ryzyko sprzeczności pomiędzy art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej a prawem Unii zmniejszyło się bowiem znacznie od momentu, gdy Bundesverfassungsgericht (federalny trybunał konstytucyjny) orzekł, że w odniesieniu do statusu dotyczącego branżowego systemu emerytalnego, rozróżnienie pomiędzy małżeństwem a związkiem partnerskim nie jest uzasadnione i że w konsekwencji osoba, która żyje w związku partnerskim, ma podobnie jak osoba pozostająca w związku małżeńskim prawo do świadczeń należnych osobom pozostałym przy życiu w przypadku śmierci partnera [85]. W celu wydania takiego orzeczenia oparł swą argumentację na przepisach prawa niemieckiego, a zwłaszcza na art. 3 ust. 1 ustawy zasadniczej, który ustanawia zasadę równego traktowania wszystkich osób wobec prawa, ale odwołał się także do wyroku w sprawie Maruko [86] w odniesieniu do istnienia dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Bundesverfassungsgericht wyraźnie wypowiedział się w przedmiocie wpływu, jaki mogłyby mieć w tym zakresie przepisy art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej, stwierdzając że fakt odwołania się do małżeństwa i jego ochrony na mocy przepisów

83 — W celu zastosowania tej zasady w odniesieniu do dyskryminacyjnego przepisu ustawy zasadniczej, czyli art. 12a, który wyklucza w sposób ogólny kobiety ze stanowisk wojskowych wiążących się ze stosowaniem broni, zob. wyrok z dnia 11 stycznia 2000 r. w sprawie C-285/98 Kreil, Rec. s. I-69.

84 — Zobacz ostatnio wydany wyrok z dnia 19 listopada 2009 r. w sprawie C-314/08 Filipiak, Zb.Orz. s. I-11049.

85 — Wyżej wymienione postanowienie wydane w dniu 7 lipca 2009 r. przez Bundesverfassungsgericht, a zatem po wydaniu orzeczenia, w którym Arbeitsgericht Hamburg skierował do Trybunału Sprawiedliwości dodatkowe pytania prejudycjalne.

86 — Wyżej wymieniony wyrok, o którym mowa we wspomnianym postanowieniu Bundesverfassungsgericht.

konstytucyjnych, a w szczególności na podstawie wspomnianego artykułu, nie jest tutaj wystarczające by uzasadnić nierówne traktowanie.

169. Z całości powyższych rozważań wynika, że sam cel oparty na krajowym prawie konstytucyjnym, jaki sąd krajowy wyraźnie wymienia, czyli zapewnienie przez państwo szczególnej ochrony małżeństwa i rodziny, nie może stanowić przeszkody dla stosowania ogólnej zasady równego traktowania istniejącej w prawie Unii.

2. W przedmiocie ewentualnego uzasadnienia dyskryminacji na podstawie celu wynikającego z prawa krajowego

170. Udzielenie odpowiedzi na drugą część pytania siódmego będzie konieczne, jeśli w odniesieniu do pierwszej części tego pytania zostanie udzielona odpowiedź przecząca w tym znaczeniu, że zasada równego traktowania przewidziana przez prawo Unii powinna mieć pierwszeństwo przed każdym celem krajowym, który mógłby być niezgodny z tą zasadą.

171. Sąd krajowy stawia sobie pytanie w takim przypadku, czy i w jakich okolicznościach można jednak pogodzić cel ustanowiony w wewnętrznym porządku prawnym państwa członkowskiego, taki jak zapewnienie ochrony małżeństwa, ze wspomnianą zasadą prawa wspólnotowego i kiedy stanowi on dopuszczalne uzasadnienie w świetle dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.

172. Na wstępie uściślę, że w ramach dyrektywy 2000/78 przepis krajowy, co do którego uznaje się, że stanowi dyskryminację bezpośrednią w rozumieniu tego aktu, nie może moim zdaniem zostać uprawomocniony a posteriori ze względu na to, że spełnia on cel wynikający z prawa krajowego, nawet jeśli założymy, że cel ten byłby zgodny z prawem. W art. 2 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy [87] nie przewidziano bowiem obiektywnego uzasadnienia równoważnego przewidzianemu w art. 2 ust. 2 lit. b) pkt i) tej samej dyrektywy dotyczącego dyskryminacji pośredniej.

173. Brzmienie tych ostatnich przepisów wskazuje a contrario, że nie stwierdza się dyskryminacji pośredniej w przypadku, gdy środek pozornie neutralny może doprowadzić do szczególnej niekorzystnej sytuacji dla osób danej orientacji seksualnej w porównaniu z innymi osobami, ale mimo to, po pierwsze, jest obiektywnie uzasadniony zgodnym z prawem celem, a po drugie, środki mające służyć osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne. Spełnienie takich kryteriów prawnych umożliwia odrzucenie kwalifikacji środka jako pośrednio dyskryminującego.

87 — W celu przypomnienia: „a) dyskryminacja bezpośrednia występuje w przypadku gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w porównywalnej sytuacji, z jakiejkolwiek przyczyny wymienionej w art. 1”.

174. Bezspornie, zapewnienie ochrony małżeństwa i rodziny przewidzianej w art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej może jako takie stanowić zgodny z prawem cel. Cel ten nie jest skądinąd obcy prawu Unii. Na mocy art. 9 karty praw podstawowych bowiem „[p]rawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw". Inspiracją dla tego przepisu był bez wątpienia art. 12 EKPC [88]. Poza tym, art. 33 ust. 1 karty praw podstawowych stanowi, że „[r]odzina korzysta z ochrony prawnej, ekonomicznej i społecznej".

175. Jednakże moim zdaniem oczywiste jest, że cel odnoszący się do ochrony małżeństwa i rodziny nie może legitymizować dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Trudno jest wyobrazić sobie, na czym miałby polegać związek przyczynowy pomiędzy tego rodzaju dyskryminacją, rozumianą jako środek, a ochroną małżeństwa, rozumianą jako pozytywny skutek dyskryminacji.

176. Aby nie istniała dyskryminacja pośrednia, mimo że emerytowani zarejestrowani partnerzy znajdują się w „szczególnej niekorzystnej sytuacji", konieczne byłoby także zgodnie z art. 2 ust. 2 lit. b) pkt i) dyrektywy 2000/78, by środki zastosowane w niniejszym przypadku w celu zapewnienia ochrony małżeństwa i rodziny były właściwe i konieczne. Jak już podniosłem w niniejszej opinii, moim zdaniem tak nie jest, jeśli zważymy, że rozpatrywany środek nie jest niezbędny, a tym bardziej proporcjonalny w odniesieniu do osiągnięcia zamierzonego celu.

177. W ww. orzeczeniu z dnia 7 lipca 2009 r. Bundesverfassungsgericht także przyjął podobne stanowisko, bowiem stwierdził, że rozróżnienie pomiędzy związkiem partnerskim a małżeństwem nie może być uzasadnione szczególną ochroną małżeństwa i podkreślił, że instytucja małżeństwa może być chroniona bez równoczesnego mniej korzystnego traktowania innych modeli życia.

178. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, obowiązkiem sądu krajowego, który jest jedynym organem właściwym do przeprowadzenia oceny okoliczności faktycznych sporu przed nim zawisłego i dokonania wykładni mających zastosowanie przepisów krajowych, jest określenie, czy i w jakim stopniu rozpatrywane przepisy są właściwe dla zagwarantowania osiągnięcia „zgodnego z prawem celu" i czy nie wykraczają poza to, co jest koniecznie do jego osiągnięcia w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. b) pkt i) dyrektywy 2000/78 [89].

88 — Artykuł 12 EKPC zatytułowany „Prawo do zawarcia małżeństwa" posiada następujące brzmienie: „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa".

89 — W odniesieniu do ostatnich zastosowań dotyczących dyskryminacji ze względu na wiek, zob. wyroki: z dnia 12 stycznia 2010 r. w sprawie C-229/08 Wolf, Zb.Orz. s. I-1 oraz ww. w sprawie Petersen i w sprawie Kücükdeveci, a także przytoczone tam orzecznictwo.

179. Z całości powyższych rozważań wynika, że cel ustanowiony w art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej nie powinien mieć decydującego wpływu, a zwłaszcza stanowić ważnego uzasadnienia, w celu przeprowadzenia oceny, czy § 10 ust. 6 1.RGG prowadzi do dyskryminacji, bezpośredniej lub pośredniej, w rozumieniu prawa wspólnotowego, ale rozstrzygnięcie w tym zakresie należy ostatecznie do sądu krajowego.

VI — Wnioski

180. W świetle powyższych rozważań proponuję, by Trybunał odpowiedział w następujący sposób na pytania prejudycjalne skierowane przez Arbeitsgericht Hamburg:

1) Uzupełniające świadczenia emerytalne przewidziane w uregulowaniach takich jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym wchodzą w zakres przedmiotowy stosowania dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy.

2) Przepisy art. 1, 2 i 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2000/78 stoją w sprzeczności z przepisami takimi jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, na mocy których beneficjent pozostający w zarejestrowanym związku partnerskim nie

pobiera uzupełniającego świadczenia emerytalnego w takiej samej wysokości jak beneficjent pozostający w związku małżeńskim i niebędący w trwałej separacji, podczas gdy w prawie krajowym wspomniany związek partnerski stawia osoby tej samej płci w sytuacji porównywalnej do sytuacji małżonków w odniesieniu do wspomnianego świadczenia. Analiza porównywalności powinna być skoncentrowana na prawach i obowiązkach małżonków i partnerów wynikających odpowiednio z przepisów mających zastosowanie do małżeństwa i przepisów mających zastosowanie do zarejestrowanego związku partnerskiego, które są istotne w świetle warunków przyznania rozpatrywanego świadczenia. Do sądu krajowego należy zbadanie, czy związek partnerski jest pod względem prawnym i faktycznym porównywalny do związku małżonka będącego beneficjentem uzupełniającego świadczenia emerytalnego przewidzianego przez branżowy system emerytalny zarządzany przez Freie und Hansestadt Hamburg.

Pomocniczo, jeśli analiza porównywalności wykluczy istnienie dyskryminacji bezpośredniej ze względu na orientację seksualną, istnieje co najmniej dyskryminacja pośrednia w rozumieniu art. 2 ust. 2 lit. b) pkt 1 dyrektywy 2000/78, ponieważ przepisy takie jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, przewidujące korzystniejszy sposób obliczania uzupełniającego świadczenia emerytalnego dla beneficjenta pozostającego w związku małżeńskim i niebędącego w trwałej separacji, po pierwsze, prowadzą do szczególnie niekorzystnej sytuacji beneficjenta pozostającego w zarejestrowanym związku partnerskim, a po drugie nie zapewniają obiektywnie realizacji zgodnego z prawem celu, ani nie stanowią środka zarówno właściwego, jak i koniecznego do osiągnięcia takiego celu, czego ustalenie jest zadaniem sądu krajowego.

3) Nie istnieje potrzeba udzielania odpowiedzi na czwarte pytanie prejudycjalne. Pomocniczo, odpowiedź brzmiałaby tak, że przepisy takie jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym nie mogą naruszać art. 141 WE, ale mogą naruszać ogólną zasadę prawa Unii, jaką stanowi zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, czego ocena jest zadaniem sądu krajowego.

4) Do sądu krajowego należy zapewnienie pełnej skuteczności ogólnej zasady niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną poprzez niestosowanie przepisów prawa krajowego, takich jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, które byłyby sprzeczne z tą zasadą, a w odpowiednim przypadku nawet przed upływem terminu do transpozycji dyrektywy 2000/78.

5) Przepis prawa krajowego, nawet rangi konstytucyjnej, nie może sam z siebie uzasadnić uregulowania, takiego jak rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym, które stoi w sprzeczności z prawem Unii, a w szczególności z zasadą równego traktowania.