OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ELEANOR SHARPSTON
przedstawiona w dniu 22 maja 2008 r. [1]

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Bundesarbeitsgericht (niemiecki federalny sąd pracy), dotyczy przepisu pracowniczego programu emerytalnego, zgodnie z którym wdowie (wdowcowi) po pracowniku sektora prywatnego zmarłym przed ustaniem zatrudnienia nie przysługuje renta rodzinna, jeżeli wdowa (wdowiec) jest co najmniej piętnaście lat młodszy od zmarłego pracownika. Bundesarbeitsgericht zwraca się do Trybunału z zapytaniem, czy taka klauzula jest sprzeczna z zasadą ogólną niedyskryminacji ze względu na wiek, którą Trybunał rozwinął w wyroku w sprawie Mangold [2], a także wnosi do Trybunału o wyjaśnienie, w jakich okolicznościach zasada ta może mieć zastosowanie.

Przepisy Wspólnotowe

Traktat o Unii Europejskiej

2. Artykuł 6 traktatu o Unii Europejskiej stanowi:

„1. Unia opiera się na zasadach wolności, demokracji, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności oraz państwa prawnego, które są wspólne dla państw członkowskich.

2. Unia szanuje prawa podstawowe zagwarantowane w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności […] oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich, jako zasady ogólne prawa wspólnotowego.

[…]”.

Traktat WE

3. Artykuł 13 WE, wprowadzony traktatem z Amsterdamu, stanowi:

„1. Bez uszczerbku dla innych postanowień niniejszego traktatu i w granicach

1 — Język oryginału: angielski

2 — Wyrok z dnia 22 listopada 2005 r. w sprawie C-144/04, Zb.Orz. s. I-9981. Założenie, iż zasada ta jest zasadą prawa pozytywnego, została bezpośrednio zakwestionowana przez Zjednoczone Królestwo, a w sposób bardziej pośredni przez Niemcy i Niderlandy: zob. pkt 29 poniżej.

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 światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.

[…]".

Dyrektywa 2000/78 [3]

4. W motywach dyrektywy 2000/78 powołano się na art. 6 ust. 1 i ust. 2 traktatu o Unii Europejskiej [4] oraz wymieniono szereg instrumentów międzynarodowych uznających powszechne prawo wszystkich osób do równości wobec prawa i ochrony przed dyskryminacją [5]. Co się tyczy dyskryminacji ze względu na wiek, w motywach tych stwierdzono, że Wspólnotowa Karta Socjalnych Podstawowych Praw Pracowników [6] stawia sobie za cel integrację społeczną i gospodarczą osób starszych i niepełnosprawnych, a także iż wytyczne dotyczące zatrudnienia na rok 2000, przyjęte przez Radę Europejską w Helsinkach w dniach 10 i 11 grudnia 1999 r., podkreślają potrzebę zwrócenia szczególnej uwagi na pomoc starszym pracownikom [7].

5. Motyw 25 dotyczy konkretnie możliwości uzasadniania różnic w traktowaniu ze względu na wiek. Ma on następujące brzmienie:

„Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek jest podstawowym elementem na drodze do osiągnięcia celów określonych w wytycznych dotyczących zatrudnienia i popierania zróżnicowania zatrudnienia. Jednakże w niektórych okolicznościach różnice w traktowaniu ze względu na wiek mogą być uzasadnione i wymagają wprowadzenia szczególnych przepisów, które mogą się różnić w zależności od sytuacji państw członkowskich. Należy więc odróżnić odmienne traktowanie, które jest uzasadnione w szczególności wynikającymi z prawa celami polityki zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego, od dyskryminacji, która musi być zakazana".

6. Artykuł 1 stanowi, iż celem dyrektywy jest wyznaczenie ogólnych ram dla walki z dyskryminacją ze względu na wiek

3 — Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.U. L 303, s. 16). Dyrektywa 2000/78 jest jedną z dwóch dyrektyw wykonawczych, przyjętych na podstawie art. 13 WE, natomiast druga z nich to 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) („dyrektywa ws. dyskryminacji rasowej").

4 — Motyw 1.

5 — Motyw 4, który przywołuje Powszechną Deklarację Praw Człowieka, przyjętą i proklamowaną przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych 217 A (III) z dnia 10 grudnia 1948 r., Europejską Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (zwaną dalej „Europejską Konwencją Praw Człowieka") oraz Konwencję nr 111 Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP) zakazującą dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i pracy, przyjętą w dniu 25 czerwca 1958 r.

6 — Przyjęta przez Radę Europejską w Strasburgu w dniu 9 grudnia 1989 r.

7 — Motywy 6 i 8.

w zakresie zatrudnienia i pracy, w celu realizacji zasady równego traktowania.

7. Artykuł 2 ust. 1 stanowi: „Do celów niniejszej dyrektywy »zasada równego traktowania« oznacza brak jakichkolwiek form bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji z przyczyn określonych w art. 1".

8. Stosownie do art. 2 ust. 2 lit. a), „dyskryminacja bezpośrednia występuje w przypadku, gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w porównywalnej sytuacji […]". Zgodnie z art. 2 ust. 2 lit. b), „dyskryminacja pośrednia występuje w przypadku, gdy przepis, kryterium lub pozornie neutralna praktyka może doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji [między innymi] dla osób […] [w danym] wieku […], 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 […]".

9. Zgodnie z art. 3 ust. 1, 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 […] wynagradzania".

10. Artykuł 6 ust. 1 dotyczy kwestii uzasadnienia odmienności w traktowaniu ze względu na wiek:

„Niezależnie od przepisów art. 2 ust. 2, państwa członkowskie mogą uznać, że odmienne traktowanie ze względu na wiek nie stanowi dyskryminacji, jeżeli w ramach prawa krajowego zostanie to obiektywnie i racjonalnie uzasadnione zgodnym z przepisami celem, w szczególności celami polityki zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego, i jeżeli środki mające służyć realizacji tego celu są właściwe i konieczne".

Litery od a) do c) podają przykłady odmiennego traktowania. Obejmują one między innymi — w szczególnych okolicznościach — wprowadzanie specjalnych warunków dla ludzi młodych i pracowników starszych, określenie warunków dolnej granicy wieku, doświadczenia zawodowego lub stażu pracy oraz określenie górnej granicy wieku przy rekrutacji.

11. Niezależnie od przepisów art. 2 ust. 2, art. 6 ust. 2 stanowi, iż państwa członkowskie mogą uznać, że ustalanie kryteriów wieku dla systemów zabezpieczenia społecznego pracowników i wykorzystywanie w ramach tych systemów kryteriów wieku do obliczania wysokości świadczeń nie stanowi dyskryminacji ze względu na wiek, pod warunkiem że nie pociąga za sobą dyskryminacji ze względu na płeć.

12. Artykuł 18 przewiduje, że państwa członkowskie powinny dokonać transpozycji dyrektywy 2000/78 do dnia 2 grudnia 2003 r. Jednakże państwom członkowskim zezwolono na wydłużenie terminu wprowadzenia w życie przepisów dyrektywy dotyczących dyskryminacji ze względu na wiek i niepełnosprawność o trzy lata. Niemcy skorzystały z tej możliwości, wobec czego w ich przypadku termin transpozycji tych przepisów do prawa krajowego upłynął w dniu 2 grudnia 2006 r.

Zaskarżone wytyczne [8]

13. Strona pozwana w postępowaniu przed sądem krajowym prowadzi obsługę pracowniczego programu emerytalnego Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH (zwanej dalej „BSH") [9]. Paragraf 6 wytycznych tego programu (zwanych dalej „wytycznymi") zawiera warunki wypłaty renty. Paragraf 6 ust. 6 przewiduje wypłatę renty wdowie/wdowcowi po pracowniku zmarłym w czasie trwania stosunku zatrudnienia, o ile zostały spełnione określone warunki. Jednakże wypłata świadczeń nie następuje w przypadku, gdy „wdowa/wdowiec jest co najmniej piętnaście lat młodszy od zmarłego pracownika" („klauzula różnicy wiekowej").

Postępowanie przed sądem krajowym oraz pytanie prejudycjalne

14. B. Bartsch, urodzona w 1965 r., jest skarżącą w postępowaniu przed sądem krajowym. Jest ona wdową po panu Bartschu, urodzonym w 1944 r., który zmarł w 2004 r., pozostając w stosunku pracy z BSH. Spełniała ona wszystkie warunki wypłaty renty rodzinnej z § 6 ust. 4 wytycznych, oprócz klauzuli różnicy wieku.

15. Po odrzuceniu przez BSH jej wniosku o wypłatę renty wniosła pozew

8 — Wytyczne Bosch-Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH z dnia 1 stycznia 1984 r., stan na dzień 1 kwietnia 1992 r.

9 — W niniejszej opinii posługuję się skrótem „BSH" zarówno wobec strony pozwanej w postępowaniu przed sądem krajowym (Bosch-Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH), jak również wobec spółki Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH.

do Arbeitsgericht (sądu pracy pierwszej instancji), lecz został on oddalony. Następnie Landesarbeitsgericht (krajowy sąd pracy) oddalił jej apelację.

16. Składając kasację do sądu odsyłającego, B. Bartsch podnosiła między innymi, że klauzula różnicy wiekowej narusza zasadę równego traktowania, wobec czego jest ona bezskuteczna.

17. Zdaniem sądu odsyłającego zgodnie z prawem krajowym kasacja B. Bartsch podlegałaby oddaleniu. Choć ogólna zasada równego traktowania obowiązuje w niemieckim prawie pracy, to jednak w szczególności klauzula różnicy wiekowej opiera się na słusznej podstawie, to jest chęci ograniczenia ryzyka ponoszonego przez dobrowolne systemy emerytalne oraz umożliwienia jego dokładniejszego oszacowania [10]. Względy te pozostają w ścisłym związku z klauzulą różnicy wiekowej.

18. Jednakże sąd odsyłający zastanawia się, czy ograniczenia ogólnej zasady równego traktowania przewidziane w niemieckim prawie pracy są zgodne z zasadą niedyskryminacji ze względu na wiek, którą Trybunał rozwinął w wyroku w sprawie Mangold.

19. Lektura tego wyroku nie daje sądowi odsyłającemu pewności, czy ogólną zasadę niedyskryminacji ze względu na wiek należy stosować w każdej sytuacji, niezależnie od tego, czy wykazuje ona związek z prawem wspólnotowym. W razie udzielenia odpowiedzi przeczącej sąd ten chce uzyskać jasność, czy taki związek powstaje na podstawie art. 13 WE bądź dyrektywy 2000/78, chociaż wydarzenia, które doprowadziły do złożenia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, zaistniały przed upływem terminu przewidzianego na dokonanie transpozycji tej dyrektywy [11].

20. Sąd odsyłający zauważa, iż skoro wyrok w sprawie Mangold jest wynikiem postępowania pomiędzy prywatnymi podmiotami, to wynikałoby z tego, że zasada ma zastosowanie „horyzontalne" wobec takich sporów. Jednakże wyrok w sprawie Mangold dotyczył przepisów krajowych przewidujących wyjątek od zasady niedyskryminacji ze względu na wiek. Sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy zasada ta obowiązuje horyzontalnie jedynie w odniesieniu do takich przepisów derogacyjnych.

10 — W pkt 107 niniejszej opinii przedstawiłam drobną reinterpretację uzasadnienia proponowanego przez sąd odsyłający.

11 — Pytanie to sformułowałam w odmienny sposób w pkt 27 poniżej.

21. Zdaniem sądu odsyłającego jeżeli zasada ta powinna być stosowana, to w stosunku do zmarłego pracownika, a nie pozostałego przy życiu członka rodziny. Uważa on, że klauzula różnicy wiekowej może spowodować pośrednią dyskryminację ze względu na wiek z tej przyczyny, że prawdopodobieństwo jej oddziaływania na pracownika zwiększa się wraz z jego lub jej wiekiem. Jeżeli tak jest w istocie, to sąd odsyłający uważa, że uzasadnienia takiej klauzuli dozwolone na podstawie prawa niemieckiego powinny być również dozwolone na gruncie prawa wspólnotowego.

22. Wreszcie w świetle charakteru pracowniczych programów emerytalnych oraz zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań sąd odsyłający kwestionuje zakres, w jakim ogólna zasada niedyskryminacji ze względu na wiek powinna działać ze skutkiem wstecznym.

23. Wobec powyższego sąd odsyłający zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami:

„1. a) Czy prawo pierwotne WE zawiera zasadę niedyskryminacji ze względu na wiek, której przestrzeganie sądy krajowe muszą zagwarantować także wtedy, gdy ewentualnie dyskryminujące traktowanie nie ma związku z prawem wspólnotowym?

b) W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie a):

Czy taki związek z prawem wspólnotowym powstanie na mocy art. 13 WE lub — także przed upływem terminu transpozycji — na mocy dyrektywy Rady 2000/78/WE ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy?

2. Czy wspólnotową zasadę niedyskryminacji ze względu na wiek, wynikającą z udzielenia odpowiedzi w przedmiocie pytania pierwszego, należy stosować także w stosunkach między prywatnymi pracodawcami z jednej strony, a ich pracownikami lub emerytami w ramach pracowniczych programów emerytalnych oraz osobami najbliższymi zmarłym pracownikom z drugiej strony?

3. W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na drugie pytanie:

a) Czy taką zasadę niedyskryminacji ze względu na wiek stosuje się w stosunku do przepisu pracowniczego programu emerytalnego, zgodnie z którym małżonkowi zmarłego pracownika nie zapewnia się zaopatrzenia przysługującego osobie najbliższej zmarłemu pracownikowi, jeżeli jest on co najmniej piętnaście lat młodszy od zmarłego byłego pracownika?

b) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie a):

Czy okoliczność, że pracodawca ma interes w ograniczeniu ryzyk wywodzących się z pracowniczego programu emerytalnego, może być czynnikiem uzasadniającym taki przepis?

c) W razie udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie 3b):

Czy ewentualna zasada niedyskryminacji ze względu na wiek działa wstecz w sposób nieograniczony w prawie pracowniczych programów emerytalnych, czy też jej działanie wstecz jest ograniczone i jeżeli tak, to w jaki sposób?".

24. Uwagi na piśmie zostały złożone przez BSH, Niemcy, Zjednoczone Królestwo i Komisję. Uczestnicy ci przedstawili uwagi ustne na rozprawie w dniu 10 października 2007 r.; uczyniły to również Niderlandy.

25. Na wniosek Zjednoczonego Królestwa sprawa została przydzielona wielkiej izbie.

W przedmiocie pytania pierwszego

26. Pytanie 1a) dotyczy w istocie kwestii, czy prawo wspólnotowe zawiera zakaz dyskryminacji ze względu na wiek, który obowiązuje także wtedy, gdy podnoszone dyskryminujące traktowanie nie ma związku z prawem wspólnotowym.

27. Wydaje się pożytecznym udzielenie odpowiedzi na to pytanie w szerszy sposób, w trzech etapach. Po pierwsze, czy istnieje ogólna zasada prawa wspólnotowego zakazująca konkretnie dyskryminacji ze względu na wiek? Po drugie, jeżeli tak, to czy może ona obowiązywać także wtedy, gdy sytuacja, która doprowadziła do odesłania prejudycjalnego, nie pozostaje w związku z prawem wspólnotowym [pytanie 1a)]? Po trzecie, czy sytuacja, która doprowadziła do tego odesłania, pozostaje w związku z prawem wspólnotowym [pytanie 1b)]?

Wyrok w sprawie Mangold oraz jego pokłosie

28. Z postanowienia odsyłającego jasno wynika, że pytania opierają się na założeniu — wywiedzionym z wyroku w sprawie Mangold — że w prawie wspólnotowym istnieje ogólna zasada zakazu dyskryminacji ze względu na wiek.

29. Zjednoczone Królestwo kwestionuje to założenie. Podnosi ono, że ani instrumenty międzynarodowe, ani konstytucyjne tradycje państw członkowskich nie stanowią odpowiedniej podstawy do uznania istnienia takiej zasady. Jego zdaniem jest oczywiste, że autorom art. 13 WE przyświecał zamiar umożliwienia prawodawcy wspólnotowemu ustalania środków do zwalczania między innymi dyskryminacji ze względu na wiek, co oznacza, że taka zasada nie istnieje. Podobnie BSH kwestionuje istnienie wystarczających źródeł ustanawiających ogólną zasadę zakazu dyskryminacji ze względu na wiek. Niemcy podnoszą, że taka zasada ogólna uczyniłaby zbędnym przyjęcie i wprowadzenie dyrektywy 2000/78. Na rozprawie Niderlandy poparły uwagi na piśmie Niemiec i Zjednoczonego Królestwa.

30. W wyroku w sprawie Mangold Trybunał stwierdził, że dyrektywa 2000/78 nie wprowadza sama w sobie zasady równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy. Ma ona na celu wyznaczenie ogólnych ram dla walki z dyskryminacją ze względów objętych dyrektywą, a „sama zasada zakazująca tych form dyskryminacji ma swoje źródło, jak wynika z motywów pierwszego i czwartego tej dyrektywy, w różnych instrumentach międzynarodowych i we wspólnej tradycji konstytucyjnej państw członkowskich” [12]. Trybunał w dalszym toku wywiódł:

„75 W ten sposób zasada niedyskryminacji ze względu na wiek powinna zostać uznana za zasadę ogólną prawa wspólnotowego. Z chwilą gdy uregulowanie krajowe jako służące wykonaniu dyrektywy 1999/70 wchodzi w zakres stosowania tej zasady, jak to ma miejsce w przypadku [przepisu krajowego będącego przedmiotem sporu] [13], Trybunał, do którego wniesiony został wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, powinien wskazać sądowi krajowemu wszystkie elementy wykładni konieczne do dokonania przez ten sąd oceny zgodności uregulowania krajowego z zasadą niedyskryminacji […].

12 — Punkt 74. Tekst angielski wyroku zawiera błędne odesłanie do motywu trzeciego, zamiast do pierwszego.

13 — Dyrektywa Rady 1990/70/WE z dnia 28 czerwca 1999 r. dotycząca Porozumienia ramowego w sprawie pracy na czas określony, zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych (CEEP) oraz Europejską Konfederację Związków Zawodowych (ETUC) (Dz.U. L 175, s. 43).

76 W związku z tym przestrzeganie ogólnej zasady równego traktowania, w szczególności ze względu na kryterium wieku, nie może samo w sobie zależeć od upływu terminu przyznanego państwu członkowskiemu na dokonanie transpozycji dyrektywy zmierzającej do ustanowienia warunków ramowych do walki z dyskryminacją ze względu na wiek […].

77 W związku z tym na sądzie krajowym, przed którym zawisł spór dotyczący zakazu dyskryminacji ze względu na wiek, spoczywa obowiązek zagwarantowania — w ramach jego kompetencji — ochrony prawnej wynikającej z prawa wspólnotowego oraz zapewnienia jej pełnej skuteczności poprzez niestosowanie jakichkolwiek przepisów prawa krajowego, które mogą być z nim sprzeczne […].

78 Na sądzie krajowym spoczywa obowiązek zagwarantowania pełnej skuteczności ogólnej zasady niedyskryminacji ze względu na wiek poprzez niestosowanie wszelkich przepisów prawa krajowego, które są z nią sprzeczne również wtedy, gdy termin do dokonania transpozycji […] dyrektywy [2000/78] jeszcze nie upłynął".

31. Wyrok w sprawie Mangold spotkał się z krytyką ze strony doktryny. Ogólna wymowa krytyki jest taka, że Trybunał (z własnej inicjatywy, bez uzasadnienia oraz wbrew życzeniom prawodawcy) rozszerzył zakres dyrektywy [14], uznał, że wywołuje skutki jeszcze przed upływem okresu przejściowego, i to w stosunkach horyzontalnych, w drodze innowacyjnego odesłania do ogólnej zasady prawa wspólnotowego [15]. W konsekwencji pewna liczba komentatorów wyraziła pogląd, że Trybunał podważył cel bezpośredniej skuteczności [16]. Ponadto orzeczenie jest przedmiotem krytyki z uwagi na doprowadzenie do sytuacji znaczącej niepewności prawnej [17].

32. Czterech rzeczników generalnych również wypowiadało się na temat wyroku w sprawie Mangold.

14 — Zobacz np. J. Cavallini, De la suppression des restrictions à la conclusion d'un contrat à durée déterminée lorsque le salarié est un senior, *La semaine juridique Social* 2005, s. 25–28; O. Dubos, La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives: de l'apostasie à l'hérési?, *La Semaine juridique* 2006, s. 1295–1297; O. LeClerc, Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire, *Recueil Dalloz* 2006, s. 557–561; M. Nicolella, Une application anticipée des directives non transposées, *Gazette du palais* 2006, s. 22; E. Dubout nt. „sprawy Mangold" w *Revue des affaires européennes* 2005, s. 723–733; A. Masson, C. Micheau, The Werner Mangold Case: An Example of Legal Militancy, *European Public Law* 2007, s. 587–593; Editorial Comments, *Common Market Law Review* 2006, s. 1–8.

15 — Zobacz np. K. Riesenhuber, Case Note, *European Review of Contract Law* 2007, s. 62; J. Swift, Pale, stale, male, *New Law Journal* 2007, s. 532–534; Editorial Comments, *Common Market Law Review*, op.cit. Jest to oceniane pozytywnie z perspektywy praw przez D. Schiek w: The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation, *Industrial Law Journal* 2006, s. 329–341.

16 — Zobacz np. J. Cavallini, O. Dubos, Editorial Comments, *Common Market Law Review*, wszystkie przywołane w przypisie 14.

17 — Zobacz np. J. Swift, J. Cavallini, M. Nicolella, E. Dubout, Masson/Micheau, (przywołanie w przypisach 14 i 15); D. Martin, L'arrêt Mangold — Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire?, *Journal des tribunaux du travail* 2006, s. 109–116.

33. W sprawie Chacón Navas [18] rzecznik generalny L. A. Geelhoed podniósł potencjalnie daleko idące skutki ekonomiczne i finansowe z tytułu roszczeń o równe traktowanie w oparciu o zakazy ustanowione w art. 13 WE. Wykładnia środków opartych na postawie art. 13 WE nie powinna być rozszerzająca, co wynika z wyrażenia „w granicach kompetencji, które traktat powierza Wspólnocie" zawartego w tym artykule, a tym mniej w świetle ogólnej polityki równości. Takie podejście naruszałoby decyzje podjęte przez państwa członkowskie przy wykonywaniu jeszcze posiadanych przez nie kompetencji. W konsekwencji zaleca on wykładnię bardziej ostrożną od przyjętej przez Trybunał w wyroku w sprawie Mangold.

34. W sprawie Lindorfer przeciwko Radzie [19] zasugerowałam, że niedyskryminacja ze względu na wiek stwierdzona przez Trybunał w wyroku w sprawie Mangold stanowi szczególny wyraz ogólnej zasady równości wobec prawa. W konsekwencji uznałam, że wyrok w sprawie Mangold należy odczytywać w ten sposób, że dyskryminacja ze względu na wiek zawsze była zakazana przez ogólną zasadę równości, natomiast dyrektywa 2000/78 wprowadziła konkretne i szczegółowe ramy traktowania między innymi tego rodzaju dyskryminacji. Poniżej przedstawię rozwinięcie wyżej proponowanej wykładni.

35. Rzecznik generalny J. Mazák przedstawił szerszą krytykę wyroku w sprawie Mangold przy sprawie Palacios de la Villa [20]. Podnosi on, że liczne instrumenty międzynarodowe i wspólna tradycja konstytucyjna państw członkowskich, o których mowa w wyroku wydanym w sprawie Mangold, uświęcają ogólną zasadę równego traktowania, jednak wywodzenie istnienia zakazu dyskryminacji ze względu na wiek wyłącznie z ogólnej zasady równego traktowania jest śmiałą tezą i prowadzi do istotnej zmiany dotychczasowego podejścia. Ogólna zasada równego traktowania *potencjalnie* oznacza zakaz dyskryminacji z jakiegokolwiek względu uznawanego za niedopuszczalny, a więc konkretne zakazy stanowią szczególny wyraz tej ogólnej zasady. Czymś zupełnie innym jest jednak wywodzenie istnienia zakazu dyskryminacji opartego na konkretnych kryteriach z ogólnej zasady równości. Ponadto ani art. 13 WE, ani dyrektywa 2000/78 raczej nie wyrażają istniejącego zakazu wszelkich form dyskryminacji, do których się odnoszą. Intencją obydwu tych regulacji prawnych wydaje się raczej pozostawienie podejmowania właściwych działań w tym zakresie prawodawcy wspólnotowemu oraz państwom członkowskim. W każdym razie właśnie to wydaje się sugerować Trybunał w wyroku wydanym w sprawie Grant [21], w którym uznał on, że prawo wspólnotowe w jego obecnym kształcie nie odnosi się do kwestii dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.

36. Ostatnio rzecznik generalny D. Ruiz-Jarabo Colomer wyraził pogląd przy sprawie

18 — Sprawa C-13/05., Zb.Orz. s. I-6467, pkt 46–56 opinii.

19 — Sprawa C-227/04 P, Zb.Orz. s. I 6767, w szczególności pkt 52–58 opinii.

20 — Sprawa C-411/05, Zb.Orz. s. I-8531, w szczególności pkt 87–97 oraz pkt 132–138 opinii.

21 — Wyrok z dnia 17 lutego 1998 r. w sprawie C-249/96, Rec. s. I-621.

Maruko [22], że „zasadniczy charakter" prawa do niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną jest odmienny od tego, który Trybunał przypisał zasadzie niedyskryminacji ze względu na wiek w wyroku w sprawie Mangold.

37. Trybunał już wydał wyroki w tych czterech sprawach. Pomimo (lub ewentualnie w świetle) uwag swoich rzeczników generalnych Trybunał w żadnym z tych wyroków nie omówił ani nawet nie wspomniał wyroku w sprawie Mangold w odniesieniu do istnienia zasady ogólnej prawa wspólnotowego niedyskryminacji ze względu na wiek.

38. W sprawie Lindorfer przeciwko Radzie Trybunał otworzył procedurę ustną na nowo oraz przeprowadził nową rozprawę, na której wezwał uczestników do wyrażenia poglądów na temat między innymi zakresu zasady niedyskryminacji ze względu na wiek przy obliczaniu wartości aktuarialnych przy przenoszeniu uprawnień nabytych na podstawie krajowego systemu emerytalnego do wspólnotowego programu emerytalnego. Tym niemniej Trybunał rozstrzygnął sprawę wyłącznie w oparciu o dyskryminację ze względu na płeć. Jest mniej zaskakujące, że Trybunał pominął wszelkie odwołania do dyskryminacji ze względu na wiek w wyrokach w sprawach Chacón Navas i Maruko, które odpowiednio dotyczyły dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność oraz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.

39. Wyrok w sprawie Palacios de la Villa konkretnie dotyczył dyskryminacji ze względu na wiek. W tej sprawie Trybunał najpierw ustalił, że przepisy krajowe będące przedmiotem sporu (zgodnie z którymi fakt osiągnięcia przez pracownika wieku emerytalnego powodował automatyczne rozwiązanie jego umowy o pracę) powodowały odmienność traktowania bezpośrednio związaną z wiekiem. Następnie Trybunał ustalił, że dyrektywa 2000/78, której termin transpozycji już zdążył upłynąć w czasie, gdy miały miejsce okoliczności faktyczne sprawy, miała zastosowanie wobec wydarzeń prowadzących do powstania sporu zawisłego przed sądem krajowym. Wobec powyższego mógł on rozstrzygnąć sprawę w oparciu o dyrektywę. Trybunał orzekł, że przepis ten jest obiektywnie i racjonalnie uzasadniony słusznym celem związanym z polityką zatrudnienia i rynkiem pracy, oraz uznał go za odpowiedni i konieczny do realizacji tego celu. Trybunał nie wspomniał o ogólnej zasadzie niedyskryminacji ze względu na wiek.

40. Podejście Trybunału w wyroku w sprawie Palacios de la Villa, w którym

22 — Wyrok z dnia 1 kwietnia 2008 r. w sprawie C-267/06, Zb.Orz. s. I-1757, pkt 78 opinii oraz przypisy do niego.

analizy przepisów krajowych wyraźnie przewidujących niekorzystne traktowanie ze względu na wiek dokonuje poprzez pryzmat dyrektywy 2000/78 oraz rozstrzyga, że jest ono dopuszczalne — jest bardzo odmienne od podejścia w wyroku w sprawie Mangold, w którym stwierdził, iż na sądzie krajowym spoczywa obowiązek niestosowania jakichkolwiek przepisów prawa krajowego, które mogą być sprzeczne z zasadą niedyskryminacji ze względu na wiek.

41. W niniejszej sprawie (podobnie jak w sprawie Mangold) termin transpozycji dyrektywy 2000/78 nie upłynął do czasu, gdy miały miejsce okoliczności faktyczne sprawy. Pytanie, czy istnieje konkretna zasada prawa wspólnotowego zakazująca dyskryminacji ze względu na wiek, ponownie potencjalnie pojawia się przed Trybunałem.

Czy w prawie wspólnotowym istnieje ogólna zasada zakazująca dyskryminacji ze względu na wiek?

42. Ogólna zasada równości stanowi część podstaw Wspólnoty [23]. Przepis w sprawie równości w obliczu prawa ma swoje źródło we wspólnej tradycji konstytucyjnej państw członkowskich [24]. Podobnie ogólne stwierdzenia o równym traktowaniu znajdują się w licznych instrumentach międzynarodowych [25]. Konkretnie art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (zatytułowany „Zakaz dyskryminacji") stanowi, że „[k]orzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej Konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji, wynikającej z takich powodów jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn" [26]. Ogólną zasadę równości można zatem zasadnie uważać za „rzeczywistą zasadę leżącą u podstaw zakazu tych postaci dyskryminacji [wymienionych w art. 13 WE]", „ma[jącą] swoje źródło […] w różnych instrumentach międzynarodowych i we wspólnej tradycji konstytucyjnej państw członkowskich" [27].

23 — Zobacz wyrok z dnia 3 października 2006 r. w sprawie C-17/05 Cadman, Zb.Orz. s. I-9583, pkt 28. Zwrot ten stale występuje, z niewielkimi zmianami, w orzecznictwie Trybunału, począwszy od wyroku z dnia 19 października 1977 r. w sprawach połączonych 117/76 i 16/77 Ruckdeschel, Rec. 1753, pkt 7.

24 — Zobacz Raport Komisji w sprawie przepisów państw członkowskich w sprawie zwalczania dyskryminacji, dostępny na stronie http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/reportmsdiscrimination_en.pdf.

25 — Zobacz przypis 5 powyżej.

26 — Jak wynika jasno ze zwrotu „wymienionych w niniejszej Konwencji", art. 14 nie jest samodzielnym przepisem, lecz funkcjonuje łącznie z innymi prawami pozytywnymi zagwarantowanymi przez konwencję. Jednakże protokół 12 zawiera już taki samodzielny zakaz dyskryminacji (spośród państw WE jedynie Cypr, Finlandia, Hiszpania, Luksemburg, Niderlandy oraz Rumunia ratyfikowały protokół). Należy stwierdzić, że dyskryminacja ze względu na wiek nie została szczegółowo wskazana w którymkolwiek z tych obszernych (choć niewyczerpujących) wykazów.

27 — Wszystkie cytaty pochodzące z wyroku w sprawie Mangold, przywołanego w przypisie 2, pkt 74. Zwrot „wspólne tradycje konstytucyjne państw członkowskich" jest powszechnie używany jako podstawa stwierdzenia podstawowej zasady prawa wspólnotowego (zob. art. 6 ust. 2 UE, który dokonał kodyfikacji wcześniejszego orzecznictwa Trybunału).

43. Korzenie wszelkiego jasnego i konkretnego zakazu dyskryminacji ze względu na wiek nie sięgają zbyt daleko. Jak stwierdziłam w opinii do sprawy Lindorfer, szczegółowy zakaz dyskryminacji ze względu na wiek — zarówno w kontekście krajowym, jak i międzynarodowym — istnieje zbyt krótko i jest zbyt niejednolity, by mógł pasować do takiego opisu [28]. W rzeczy samej nie dawniej niż w 1999 r. Komisja publicznie stwierdziła: „W państwach członkowskich niewiele jest przepisów odnoszących się do dyskryminacji ze względu na wiek" [29].

44. Warto zatrzymać się na chwilę, aby zastanowić się, dlaczego tak miałoby być. Klasyczny wyraz zasady równości, jak na przykład „traktowanie podobnych spraw w podobny sposób" Arystotelesa [30] pozostawia otwartym kluczowe zagadnienie, jakie względy należy uznać za istotne dla równego traktowania, a jakie nie powinny być uznawane za istotne [31]. Każdy zbiór istot ludzkich będzie podobny do siebie pod niektórymi względami, a pod innymi będzie się różnił. Taka maksyma jak Arystotelesa pozostaje pustą normą, dopóki nie zostanie ustalone, jakie różnice są istotne dla danych celów. Jeżeli na przykład poddamy krytyce prawo zakazujące wstępu rudowłosym osobom do restauracji jako niesprawiedliwe, to krytyka ta opiera się na założeniu, że dla celów spożywania posiłku w restauracji kolor włosów pozostaje bez znaczenia. Jest zatem oczywiste, że kryteria istotnych podobieństw i odmienności będą zróżnicowane w zależności od podstawowych poglądów danej osoby lub społeczności na kwestie związane z moralnością [32].

45. Chwila refleksji historycznej wykaże, że — po bliższej analizie —wypowiedzi na temat „równości" często oznaczały „równość traktowania pod szczególnymi względami dla osób znajdujących się wewnątrz magicznego kręgu", a nie „równość traktowania pod każdym istotnym względem dla bezwzględnie wszystkich osób". W Atenach czasów Peryklesa obywatele polis mogliby powoływać się na prawo do równego traktowania pod względem dostępu do wymiaru sprawiedliwości lub awansu obywatelskiego [33]; jednakże pojęcie równości nie obejmowało równego traktowania z obywatelami pod tymi względami metojków [34] lub niewolników. Równość

28 — Opinia w sprawie Lindorfer, przywołanej w przypisie 19, pkt 55, odwołująca się do wyroku w sprawie Mangold, przywołanego w przypisie 2, pkt 74.

29 — Raport Komisji w sprawie przepisów państw członkowskich w sprawie zwalczania dyskryminacji, przywołany w przypisie 24, s. 70; oraz *The Law on Age Discrimination in the EU*, red. M. Sargeant, 2008.

30 — *Etyka nikomachejska*, vol. 3. 1131a10-b15; *Polityka*, III.9.1280a8-15, III.12.1282b18-23.

31 — Zobacz ponadto S. Gosepath, Equality, w: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red. E. N. Zalta (wyd. jesień 2007), dostępne na stronie internetowej http://plato.stanford.edu/archives/fall2007/entries/equality/.

32 — Zobacz H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., 1994, s. 159–163.

33 — Zobacz mowę pogrzebową na cześć poległych Ateńczyków w pierwszym roku wojny (ostatecznie katastrofalnej) przeciw Sparcie: „Nasz ustrój polityczny nie jest naśladownictwem obcych praw, a my sami raczej jesteśmy wzorem dla innych niż inni dla nas. Nazywa się ten ustrój demokracją, ponieważ opiera się na większości obywateli, a nie mniejszości. W sporach prywatnych każdy obywatel jest równy w obliczu prawa; jeśli zaś chodzi o znaczenie, to jednostkę ceni się nie ze względu na jej przynależność do pewnej grupy, lecz ze względu na talent osobisty, którym się wyróżnia; nikomu też, kto jest zdolny służyć ojczyźnie, ubóstwo albo nieznane pochodzenie nie przeszkadza w osiągnięciu zaszczytów" (Tukidydes, *Historia wojny peloponeskiej*, księga II, XXXV-XLVI, w: XXXVII, w przekładzie Kazimierza Kumanieckiego, 1953).

34 — Cudzoziemiec zamieszkały na stałe korzystający z niektórych, lecz nie wszystkich przywilejów obywatelstwa.

spartańska — oparta na zupełnie odmiennym wzorcu — podobnie wyłączała helotów i niewolników [35]. Z obu systemów równości były (oczywiście) wyłączone kobiety. Bliżej naszym czasom Deklaracja Niepodległości Stanów Zjednoczonych Ameryki zawierała proklamację, że „wszyscy ludzie stworzeni są równymi" [36], lecz trzeba było wojny domowej i dość długiego okresu następującego po niej, aby zaczęto rozciągać rzeczywiste równe traktowanie na potomków czarnych niewolników [37]. Dyskryminacja ze względów religijnych wydawała się całkiem naturalna — w rzeczy samej nakazana przez Boga — przez długi okres w historii Europy i basenu Morza Śródziemnego.

46. Krótko mówiąc, odpowiedzi na pytania „kogo obejmuje zasada równego traktowania?" oraz „jakie względy życia gospodarczego, społecznego, politycznego, obywatelskiego i osobistego są zawarte w tej zasadzie?" nie pozostają niezmienne. Ewoluują one wraz ze społeczeństwem. Gdy proces ten zachodzi, prawo odzwierciedla te zmiany i zaczyna ono wyraźnie stwierdzać, że niektóre formy dyskryminacyjnego traktowania, wcześniej niedostrzegane lub (o ile były dostrzegane) tolerowane, nie będą dłużej tolerowane. Takie zmiany prawne są przedłużeniem ogólnej zasady równości jako jej nowy i szerszy wyraz.

47. Wyrok w sprawie Marshall I [38] sugeruje, że prawo wspólnotowe nie uważało od swojego zarania kryterium wieku za oczywiście budzący wątpliwości wzgląd czynienia rozróżnień. W tej sprawie, w której wiek był powodem rozwiązania stosunku pracy, Trybunał orzekł, iż niektóre przepisy dyrektywy 76/207 gwarantującej równe traktowanie w zakresie pracy pomiędzy obu płciami mogą być bezpośrednio skuteczne, a także, choć bezpośrednia skuteczność dyrektywy nie jest skutecznością „horyzontalną", to M. H. Marshall mogła się na nią powoływać „wertykalnie", ponieważ jej pracodawca, pozwany organ opieki zdrowotnej, jest emanacją państwa. To dobrze znane orzeczenie wydaje się wskazywać, że w 1986 r. różnicowanie w oparciu o wiek (odrębnie od płci) miało ewidentnie znaczenie dla celów rozwiązania stosunku pracy, a zatem było dopuszczalne w świetle ogólnej zasady równości w prawie wspólnotowym. Jeżeli tak by nie było, to M. H. Marshall prawdopodobnie powołałaby się na zakaz dyskryminacji

35 — Klasa poddanych chłopów w starożytnej Sparcie o statusie pośrednim pomiędzy zwykłymi niewolnikami a wolnymi obywatelami spartańskimi.

36 — „Uważamy następujące prawdy za oczywiste: że wszyscy ludzie stworzeni są równymi, że Stwórca obdarzył ich pewnymi nienaruszalnymi prawami, że w skład tych praw wchodzi życie, wolność i swoboda ubiegania się o szczęście […]" (Deklaracja Niepodległości, 4 lipca 1776 r.) (źródło: A. Bartnicki, K. Michałek, I. Rusinowa, *Encyklopedia Historii Stanów Zjednoczonych Ameryki*, s. 67, 68, Egras Morex, Warszawa, 1992).

37 — Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych odegrał znaczącą rolę w procesie ustanowienia zasady, że dyskryminacja ze względu na rasę jest niedopuszczalna. Zobacz np. wyrok w sprawie Brown przeciwko Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1954), w którym Sąd Najwyższy anulował swoje wcześniejsze orzeczenie w sprawie Plessy przeciwko Ferguson, 163 U.S. 537 (1896), w którym orzekł, że „odrębne, lecz równe" obiekty, w tym szkoły „dla rasy białej i rasy kolorowej" pozostają w zgodności z konstytucją. Tylko sędzia John Marshall Harlan wyraził zdanie odrębne w tej drugiej sprawie, twierdząc, że „konstytucja nie rozróżnia kolorów ani nie zna, ani nie toleruje klas pomiędzy obywatelami".

38 — Wyrok z dnia 26 lutego 1986 r. w sprawie 152/84 Marshall przeciwko Southampton i South-West Hampshire Area Health Authority, Rec. s. 723.

ze względu na wiek w celu wzmocnienia swojej zasadniczej argumentacji.

48. Gdy tylko wyłoniony został się ewentualny (nowy) zakres zasady, to kolejnym krokiem jest zdefiniowanie jej w bardziej precyzyjny sposób oraz ustanowienie norm mających na celu zwalczanie stwierdzonej dyskryminacji [39].

49. Należy przyznać, iż byłoby możliwe uporanie się z określonymi sytuacjami (w których występuje jakaś postać prostolinijnej, prymitywnej lub arbitralnej dyskryminacji ze względu na wiek) poprzez zastosowanie zasady równego traktowania w oderwaniu od wieku, w jej nagiej, nieoszlifowanej postaci. Jeżeli sytuacja jest bardziej skomplikowana, a linia podziału pomiędzy uzasadnionym a nieuzasadnionym różnicowaniem staje się mniej oczywista, to skuteczne środki zwalczania dyskryminacji z konieczności wiążą się z opracowaniem odpowiednich definicji. Artykuł 13 WE zawiera podstawę prawną dla działań prawodawczych na szczeblu wspólnotowym w celu „zwalczania" różnych postaci niedopuszczalnej nierówności w traktowaniu, między innymi dyskryminacji ze względu na wiek. Umożliwia on zatem prawodawcy wspólnotowemu zarówno (między innymi) bardziej precyzyjne zdefiniowanie dyskryminacji ze względu na wiek, jak i ustanowienie norm mających na celu jej wyeliminowanie.

50. Dlatego też wszelkie argumenty mające wykazać, że jeżeli zasada zakazująca dyskryminacji ze względu na wiek już istniała, to art. 13 WE bądź dyrektywa 2000/78 nie byłyby potrzebne, zawierają podstawowy błąd. To właśnie dlatego, że obecnie uznaje się, że zasada równości obejmuje również równe traktowanie bez względu na wiek, zachodzi konieczność istnienia takiego przepisu kompetencyjnego jak art. 13 WE, który należycie służy jako podstawa szczegółowej interwencji prawodawczej.

51. Druga strona medalu jest taka, że szczegółowe konkretne zakazy „dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną" nie mogły istnieć w chwili, gdy art. 13 został włączony do traktatu WE. Jeżeli istniałyby, to rzeczywiście zaistniałoby niebezpieczeństwo,

39 — Porównaj R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, s. 22–28, który definiuje różnicę pomiędzy normami a zasadami poprzez odwołanie się do charakteru nadawanego przez nie kierunku. Zasada zawiera uzasadnienie przedstawiające argumentację w określonym kierunku, lecz niekoniecznie wymusza konkretną decyzje. Norma natomiast ustanawia skutki prawne, które następują automatycznie po spełnieniu przesłanek. I odwrotnie, normom brakuje wymiaru wagi, który posiadają zasady: jeżeli występuje sprzeczność dwóch norm, to jedna z nich nie będzie miała zastosowania albo będzie nieważna, natomiast dwie sprzeczne ze sobą zasady można wyważyć.

że art. 13 WE jest przepisem zbędnym [40]. Tym bardziej nie mogły one wyłonić się w pełnym uzbrojeniu w tej dokładnej chwili, jak Atena z głowy Zeusa.

52. Za przedstawioną przeze mnie analizą przemawia bliższe zbadanie przepisu kompetencyjnego zawartego w art. 13 WE.

53. Po pierwsze, art. 13 WE opatrzony jest zastrzeżeniem o brzmieniu „bez uszczerbku dla innych postanowień niniejszego traktatu" (a więc a fortiori dla ogólnych zasad leżących u podstaw prawa wspólnotowego). Korzystanie z niego jako podstawy prawnej szczegółowych środków mających między innymi na celu zwalczanie dyskryminacji ze względu na wiek nie podważa ogólnej zasady równości. Umożliwia on raczej bardziej skuteczne wypracowanie szczegółowych wyrazów tej ogólnej zasady.

54. Po drugie, art. 13 WE zawiera upoważnienie dla Rady, stanowiącej jednomyślnie po konsultacji z Parlamentem Europejskim, do „podejmowania środków niezbędnych w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na" poszczególne konkretne względy. Sam w sobie nie zawiera on definicji tego rodzaju dyskryminacji, lecz sam oparty jest na założeniu, że niestety te rodzaje dyskryminacji istnieją oraz że należy im się (stanowczo) przeciwstawiać. Mając swój początek w art. 13 WE, dyrektywa 2000/78 również wychodzi z założenia, że istnieją określone postacie dyskryminacji. Dalej, bez odwoływania się do istniejących szczegółowych zakazów takich postaci dyskryminacji, lecz raczej (w kategoriach ogólnych) do potrzeby przestrzegania praw podstawowych dyrektywa definiuje zasadę równego traktowania w pewnych ramach, jako niezbędnego prekursora zagwarantowania poszanowania zasady.

55. Po trzecie, prawodawca wspólnotowy poszedł dalej, opierając się na założeniu, że dyrektywy przyjęte na podstawie art. 13 WE nie tylko ułatwiają stosowanie zakazów dyskryminacji ze względów wyliczonych w tymże artykule traktatu. Określają one również precyzyjny zakres tych zakazów w określonych ramach [41]. Nie uważam, aby podważało to założenie, że podstawowa zasada (że dyskryminacja ze względu na wiek

40 — Jest możliwe, iż dalsze szczegółowe działania w celu zwalczania szczegółowych postaci dyskryminacji, z których każda już została zakazana jako zasady ogólne prawa wspólnotowego, zostałyby podjęte przez Radę na podstawie art. 308 WE (dawnej art. 235) w związku z celami Wspólnoty, wymienionymi w art. 2. Państwa członkowskie w sposób oczywisty uważały, że dla takich działań potrzebna będzie odrębna podstawa prawna w traktacie i w sposób należyty przewidziały ją w postaci art. 13 WE.

41 — Porównaj dyrektywę ws. dyskryminacji rasowej, w szczególności jej art. 2 („Pojęcie dyskryminacji") oraz 3 („Zakres").

powinna być zakazana) już zdążyła zaistnieć. Wydaje mi się raczej, jako kwestia pragmatyki prawniczej, że zwalczanie danego zła w skuteczny sposób jest możliwe jedynie wówczas, gdy zło to zostało dokładnie i szczegółowo zdefiniowane.

56. Tak jest w istocie dlatego, że różnica pomiędzy (dopuszczalnym) zróżnicowanym traktowaniem a (niedopuszczalną) dyskryminacją [42] nie tkwi w tym, czy ludzie są traktowani w odmienny sposób, lecz czy społeczeństwo uznaje kryteria, których zastosowanie skutkuje zróżnicowanym traktowaniem dającym się uzasadnić, czy też przeciwnie, są one uznawane za arbitralne [43]. Niezbędne są szczegółowe przepisy regulujące to zagadnienie: dokonanie klasyfikacji zastosowania określonych kryteriów w konkretnych okolicznościach jako dopuszczalnych bądź niedopuszczalnych oraz nadanie mocy wiążącej tejże klasyfikacji.

57. Podzielam wobec powyższego pogląd Trybunału wyrażony w wyroku w sprawie Mangold, że początki zasady, to jest *idea*, że obecnie jest niedopuszczalne dyskryminowanie z jakichkolwiek względów wymienionych w art. 13 WE, nie mają swego źródła ani w dyrektywie 2000/78 jako dyrektywie wykonawczej, ani w art. 13 WE jako takim. Należy ich szukać we wcześniejszym czasie i miejscu [44].

58. W opinii do sprawy Lindorfer przeciwko przeciwko Radzie [45] zasugerowałam, że dyskryminacja ze względu na wiek zawsze była zakazana przez ogólną zasadę równości, stanowiącą część prawa wspólnotowego. Sądzę, że od swych początków prawo wspólnotowe w istocie stało na przeszkodzie określonym zróżnicowaniom opartym na wieku. Załóżmy, że w 1960 r. jedno z państw członkowskich zezwoliło na swobodny przepływ pracowników z innych państw członkowskich, z wyjątkiem osób w wieku pomiędzy 28. a 29. rokiem życia oraz pomiędzy 52. a 53. rokiem życia. Takie rozwiązanie z pewnością wchodziłoby w zakres ogólnej zasady równego traktowania, która zawsze stanowiła część prawa wspólnotowego. Odmienne traktowanie pracowników według tych dwóch zakresów wieku zostałoby uznane za

42 — Jeśli chodzi o powyższe rozróżnienie terminologiczne, zob. M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, 1976, s. 7–27.

43 — Tak więc (np.) zasada rządząca racjonowaniem dóbr polega na stosowaniu szczegółowych kryteriów różnicowania pomiędzy potencjalnymi odbiorcami, by następnie tym sposobem przydzielać ograniczone zasoby. Kryteria uważane za dające się uzasadnić są dopuszczalne; inne kryteria są przeciwstawiane jako arbitralne lub niesprawiedliwe. Lecz to, co daje się uzasadnić, jest określane stanowiskiem zajmowanym przez społeczeństwo w danym czasie i miejscu. Zobacz dalej opinię rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura do sprawy C-303/06 Coleman, przedstawionej w dniu 31 stycznia 2008 r., pkt 16 (sprawa zawisła), oraz moją opinię do sprawy C-353/06 Grunkin i Paul przedstawionej w dniu 24 kwietnia 2008 r., pkt 67 i 77 (sprawa zawisła). Co się tyczy elementu arbitralności przy dyskryminacji, zob. M. Bossuyt, przywołany w przypisie 42, s. 37–39 i 97–128.

44 — Przejście od koncepcji do pełnego wprowadzenia następuje, moim zdaniem, częściej w drodze ewolucyjnej niż wskutek jakiegoś „big bang". Na przykład trudno byłoby wskazać dokładny moment pomiędzy (przykładowo) 1780 a 1807 r., gdy wyłoniła się zasada, która dzięki pracy takich reformatorów jak Peter Peckard, Thomas Clarkson i William Wilberforce znalazła konkretny wyraz w *An Act for the Abolition of the Slave Trade* (ustawie znoszącej handel niewolnikami) (47 Georgii III, Session 1, cap. XXXVI).

45 — Przywołana w przypisie 19.

arbitralne i niedające się uzasadnić. Tym, co uległo zmianie z upływem lat, jest społeczny odbiór bardziej subtelnych postaci odmiennego traktowania ze względu na wiek — od bezrefleksyjnej akceptacji do wnikliwego badania.

59. Z tych wskazanych przyczyn uważam, że wyrok w sprawie Mangold należy odczytywać jako stwierdzenie Trybunału, iż dyskryminacja ze względu na wiek jest szczegółowym wyrazem dyskryminacji zakazanej przez ogólną zasadę równego traktowania, dobrze znaną prawu wspólnotowemu — zasadę znacznie starszą zarówno od art. 13 WE, jak i od dyrektywy 2000/78. Artykuł 13 WE odgrywa zatem wyznaczoną mu rolę, uznając w sposób wyraźny niektóre szczegółowe (nowe) rodzaje dyskryminacji, oraz upoważnia prawodawcę wspólnotowego do podejmowania środków w celu ich zwalczania w szczegółowy sposób oraz w szczegółowych ramach.

60. Taka wykładnia pozostaje również zgodna z rolą i strukturą dyrektywy 2000/78.

61. Po pierwsze, dyrektywa konkretnie reguluje zagadnienie zwalczania dyskryminacji ze względu między innymi na wiek w zakresie zatrudnienia i pracy [46]. Oczywiście dyskryminacja ze względu na wiek może pojawić się w innych ramach; nie są one jednak jeszcze (na chwilę obecną) regulowane dyrektywą wykonawczą na podstawie art. 13 WE.

62. Po drugie, zamiarem państw członkowskich niewątpliwie było to, żeby wraz z upływem terminu transpozycji równe traktowanie *tak jak wynika ono z dyrektywy 2000/78* powinno istotnie być stosowane „horyzontalnie" „do wszystkich osób, zarówno sektora publicznego jak i prywatnego, włącznie z instytucjami publicznymi" [47].

63. Po trzecie, o ile dyrektywa zawiera definicję zasady równego traktowania w odniesieniu do spraw wchodzących w jej zakres [48] oraz zawiera definicję dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej [49], to jednak w jasny sposób przewiduje ona, że różnicowanie na podstawie wieku w ramach zatrudnienia i pracy nie zawsze stanowi bezprawną

46 — Zobacz tytuł, motywy oraz art. 1.

47 — Artykuł 3 ust. 1.

48 — Artykuł 2 ust. 1.

49 — Odpowiednio w art. 2 ust. 2 lit. a) i art. 2 ust. 2 lit. b). Redakcja tych przepisów opiera się na utrwalonym orzecznictwie Trybunału w zakresie dyskryminacji ze względu na płeć.

dyskryminację. Tak więc odróżnia ona „odmienne traktowanie ze względu na wiek uzasadnione w szczególności celami polityki zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego od dyskryminacji, która musi być zakazana” [50]. Kluczowe jest to, że zawiera ona szereg szczegółowych norm ustanawiających parametry, jakie odmienne traktowanie ze względu (między innymi) na wiek uznają za dopuszczalne (i dlaczego).

64. Pogląd, że zniuansowane podejście do zakazu dyskryminacji ze względu na wiek było zamierzone, jest wzmocniony faktem, że w celu wykonania art. 13 WE prawodawca wspólnotowy wybrał dyrektywę jako środek wykonawczy. Wykonanie w drodze rozporządzenia wywiera taki skutek, że uregulowanie wspólnotowe „wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich” [51]. Dla odmiany dyrektywa „wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków” [52]. Taki środek wprowadzający z definicji pozostawia większą elastyczność poszczególnym państwom członkowskim.

65. Taki jest powód, dla którego w dalszej części opinii będę bronić poglądu, że ogólna zasada równości działa w określonych okolicznościach w ten sposób, że zakazuje dyskryminacji ze względu na wiek, lecz nie istniała ab initio odrębna szczegółowa zasada prawa wspólnotowego, która zawsze zakazywała dyskryminacji ze względu na wiek. Tym niemniej wskażę, w jaki sposób odpowiedziałabym na poszczególne pytania prejudycjalne, gdybym myliła się w tej kwestii.

Czy (jakakolwiek) ogólna zasada prawa wspólnotowego może mieć zastosowanie, nawet jeżeli stan faktyczny prowadzący do wniesienia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie wchodzi w zakres prawa wspólnotowego?

66. Pytanie to można rozstrzygnąć względnie szybko. Wszyscy uczestnicy, którzy przedstawili uwagi w niniejszej sprawie [53], są zgodni,

50 — Motyw 25 oraz szczegółowe przepisy materialne zawarte w art. 6 ust. 1.

51 — Artykuł 249 WE.

52 — Ibidem. Zobacz nacisk kładziony przez Trybunał na tę różnicę w wyroku z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie C-91/92 Faccini Dori, Rec. s. I-3325, pkt 22–24, który nie orzekł, że dyrektywa może również bezpośrednio obowiązywać horyzontalnie (odrzucając tym sposobem sugestie ze strony trzech rzeczników generalnych: rzecznika generalnego W. Van Gervena w sprawie C-271/91 Marshall, Rec. s. I-4367 (wyrok z dnia 2 sierpnia 1993 r.); rzecznika generalnego F. G. Jacobsa w sprawie C-316/93 Vaneetveld, Rec. s. I-763 (wyrok z dnia 3 marca 1994 r.) oraz rzecznika generalnego C. O. Lenza w samej sprawie Faccini Dori.

53 — B. Bartsch nie przedstawiła Trybunałowi uwag na piśmie ani nie była reprezentowana na rozprawie.

że odpowiedź na to pytanie brzmi „nie". W szczególności Trybunał może dokonać wykładni zasady ogólnej prawa wspólnotowego w ramach wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym tylko wówczas, jeżeli stan faktyczny prowadzący do wniesienia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wchodzi w zakres prawa wspólnotowego [54].

Czy stan faktyczny przed sądem krajowym wchodzi w zakres prawa wspólnotowego?

67. BSH, Niemcy, Niderlandy oraz Zjednoczone Królestwo podnoszą, że ani art. 13 WE, ani dyrektywa 2000/78 przed upływem okresu przewidzianego na dokonanie jej transpozycji nie mogły spowodować, by stan faktyczny prowadzący do postępowania przed sądem krajowym znalazł się w zakresie stosowania prawa wspólnotowego. Artykuł 13 WE jest jedynie postanowieniem kompetencyjnym, które jest pozbawione bezpośredniej skuteczności. Jeżeli mógłby on stanowić konieczny łącznik, to w istocie sam zakazywałby bezpośrednio dyskryminacji ze względu na wiek, przecząc tym sposobem swemu wyraźnemu brzmieniu. Co się tyczy dyrektywy 2000/78, to okres przewidziany na dokonanie transpozycji i wręcz sam charakter dyrektywy oznacza, że nie tworzy ona łącznika z prawem wspólnotowym przed upływem tego okresu. Skutki dyrektywy w trakcie okresu przewidzianego na dokonanie transpozycji ograniczają się do uniemożliwienia państwu członkowskiemu przyjęcia sprzecznych z nią środków [55]. Dyrektywa nie rozszerza jednak zakresu stosowania prawa wspólnotowego w trakcie tego okresu. Taki skutek podważałby decyzję prawodawcy. Wreszcie w odróżnieniu od zaskarżonych norm krajowych w sprawie Mangold, sporna klauzula różnicy wiekowej w niniejszej sprawie nie transponowała przepisu wspólnotowego ani nie została przyjęta w trakcie okresu przewidzianego na dokonanie transpozycji dla dyrektywy 2000/78.

68. Komisja wyraża odmienny pogląd. Podnosi ona, że Trybunał dokonywał bardzo szerokiej wykładni zakresu stosowania prawa wspólnotowego w stanach faktycznych związanych z dyskryminacją ze względu na przynależność państwową w odniesieniu do wolności wynikających z traktatu, choć przyjmuje ona, że niniejsza sprawa nie ma związku z wolnościami bądź tego rodzaju dyskryminacją. Komisja jest zdania, iż sam fakt, że art. 13 WE jest postanowieniem kompetencyjnym, nie jest przeszkodą, aby stanowił on

54 — Zobacz np. wyroki Trybunału: z dnia 15 czerwca 1978 r. w sprawie 149/77 Defrenne, Rec. s. 1365, pkt 27 i 30, oraz z dnia 29 maja 1997 r. w sprawie C-299/95 Kremzow, Rec. s. I-2629, pkt 15. Co się tyczy ogólnej zasady równości i niedyskryminacji, zob. wyroki Trybunału: z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-442/00 Caballero, Rec. s. I-11915, pkt 30 i 32, oraz w sprawie Chacón Navas, przywołany w przypisie 18, pkt 56. Zobacz również wyrok w sprawie Mangold, przywołany w przypisie 2, pkt 75.

55 — W wyroku z dnia 18 grudnia 1997 r. w sprawie C-129/96 Inter-Environnement Wallonie, Rec. s. I-7411, Trybunał orzekł, że art. 10 ust. 2 WE oraz art. 249 ust. 3 WE nakładają wymóg, że w okresie przewidzianym na dokonanie transpozycji dyrektywy państwa członkowskie powinny powstrzymać się od podejmowania jakichkolwiek działań, które mogłyby poważnie utrudnić osiągnięcie rezultatów przewidzianych w dyrektywie (pkt 45). (Zobacz w drodze analogii wyrok z dnia 14 września 2006 r. w sprawie C-138/05 Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, Zb.Orz. s. I-8339, pkt 42 oraz pkt 60–63 mojej opinii w tej sprawie). Ponadto w okresie przewidzianym na dokonanie transpozycji sądy krajowe powinny powstrzymać się, jak dalece to możliwe, od dokonywania wykładni prawa krajowego w sposób, który mógłby poważnie utrudnić osiągnięcie rezultatów przewidzianych w dyrektywie po upływie tego okresu. Obowiązek ten jest jednak ograniczony ogólnymi zasadami prawa, w szczególności pewności prawnej, i zasadą, że prawo nie działa wstecz, wobec czego nie może być podstawą wykładni contra legem: wyrok z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 Adeneler i in., Zb.Orz. s. I-6057, pkt 119–123.

niezbędny łącznik z prawem wspólnotowym. W wyroku w sprawie Saldanha i MTS [56] Trybunał orzekł, że postanowienie kompetencyjne w traktacie [57] wprowadzało normę krajową w zakres traktatu [58].

69. Rozpocznę od uwagi, że ogólne zasady prawa wspólnotowego, choć mają podstawowe znaczenie dla właściwego funkcjonowania prawa WE, nie działają w oderwaniu [59]. Konkretnie krajowe środki mogą być kontrolowane pod kątem ich zgodności z takimi ogólnymi zasadami tylko wówczas, jeżeli wchodzą w zakres stosowania prawa wspólnotowego [60]. Aby tak się stało, przepis prawa krajowego [61] będący przedmiotem sporu powinien na ogół mieścić się w jednej z trzech następujących kategorii: albo powinien wdrażać prawo wspólnotowe (bez względu na stopień zachowanych przez państwo członkowskie uprawnień dyskrecjonalnych oraz na to, czy środek krajowy wykracza poza to co jest ściśle niezbędne dla wprowadzenia) [62], albo powinien powoływać się on na jakieś odstępstwo, na które zezwala prawo wspólnotowe [63], albo też powinien w inny sposób wchodzić w zakres prawa wspólnotowego na tej podstawie, że dana szczegółowa norma materialna prawa wspólnotowego ma zastosowanie w określonym stanie faktycznym [64].

70. Sporne normy krajowe w sprawie Mangold były środkami prawa publicznego przyjętymi przez zainteresowane państwo członkowskie (Niemcy) w celu wprowadzenia obowiązku wynikającego z prawa wspólnotowego (transpozycji dyrektywy 1999/70). Okres przewidziany na dokonanie transpozycji tej dyrektywy dawno upłynął. Wobec powyższego zaistniały wspólnotowe ramy prawne właściwych norm — dyrektywa 1999/70 oraz jej transpozycja do prawa krajowego, wobec których można było zastosować ogólną zasadę równego traktowania (w tym równego traktowania bez względu na wiek).

56 — Wyrok z dnia 2 października 1997 r. w sprawie C-122/96, Rec. s. I-5325, pkt 23.

57 — Artykuł 54 ust. 3 lit. g) traktatu WE [obecnie art. 44 ust. 2 lit. g) traktatu WE].

58 — Komisja nie podnosi takich argumentów w odniesieniu do dyrektywy 2000/78.

59 — Zobacz ponadto T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., 2006, s. 36–42; oraz J. Temple Lang, The Sphere in which Member States are Obliged to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles, *Legal Issues of European Integration* 1991, s. 23–35.

60 — Zobacz np. wyroki Trybunału: z dnia 30 września 1987 r. w sprawie 12/86 Demirel, Rec. s. 3719, pkt 28; oraz w sprawie Kremzow, przywołany w przypisie 54, pkt 15–19.

61 — Przez „przepis prawa krajowego" rozumiem normę prawa publicznego lub (jeżeli właściwa norma prawa krajowego jedynie przekazuje kompetencje normotwórcze organowi quasi-publicznemu lub prywatnemu) normę, która w istocie wywodzi się z prawa publicznego, a której decyzje społeczno-polityczne można zasadnie uznać, że odzwierciedlają wytyczne sformułowane przez organy publiczne państw członkowskich (zob. ostrożne kryterium sformułowane przez Trybunał w wyroku z dnia 12 lipca 1990 r. w sprawie C-188/89 Foster przeciwko British Gas, Rec. s. I-3313, pkt 22, obowiązujące, jeżeli organ uważany jest za część „państwa" dla celów wertykalnego bezpośredniego obowiązywania).

62 — Zobacz np. wyroki Trybunału: z dnia 27 września 1978 r. w sprawie 230/78 Eridania, Rec. s. 2749, pkt 31; z dnia 18 lutego 1982 r. w sprawie 77/81 Zuckerfabrik Franken przeciwko Niemcom, Rec. s. 681, pkt 22–28; z dnia 25 listopada 1986 r. w sprawach połączonych 201/85 i 202/85 Klensch i in., Rec. s. 3477, pkt 10 i 11; z dnia 13 lipca 1989 r. w sprawie 5/88 Wachauf, Rec. s. 2609, pkt 17–22; oraz z dnia 10 lipca 2003 r. w sprawach połączonych C-20/00 i C-64/00 Booker Aquaculture i Hydro Seafood, Rec. s. I-7411, pkt 88–93.

63 — Zobacz np. wyroki Trybunału: z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-260/89 ERT, Rec. s. I-2925, pkt 41–45; oraz z dnia 26 czerwca 1997 r. w sprawie C-368/95 Familiapress, Rec. s. I-3689, pkt 24.

64 — Zobacz np. wyroki Trybunału: z dnia 25 marca 2004 r. w sprawie C-71/02 Karne, Rec. s. I-3025, pkt 48–53 (potencjalne utrudnienie handlu wenątrzwspólnotowego); z dnia 5 maja 1981 r. w sprawie 804/79 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Rec. s. 1045, pkt 23–30 (państwa członkowskie działające w charakterze powierników Wspólnoty w dziedzinie znajdującej się w wyłącznej kompetencji Wspólnoty); z dnia 18 grudnia 1997 r. w sprawach połączonych C-286/94, C-340/95, C-401/95 oraz C-47/96 Garage Molenheide i in. przeciwko Belgische Staat, Rec. s. I-7281, pkt 45–48 (środki przyjęte przez państwo członkowskie w celu wykonania swoich kompetencji związanych z podatkiem VAT).

71. Patrząc na nie w takim świetle, łatwiej zrozumieć kluczowe punkty orzeczenia Trybunału w sprawie Mangold. Po ustaleniu, że ogólna zasada równości obejmuje zakaz dyskryminacji ze względu na wiek [65], Trybunał najpierw przypomniał o ciążącym na nim obowiązku polegającym na tym, że „powinien wskazać sądowi krajowemu wszystkie elementy wykładni konieczne dla dokonania przez ten sąd oceny zgodności uregulowania krajowego z taką zasadą", jeżeli to „uregulowanie wchodzi w zakres [prawa wspólnotowego]" [66]. Przedmiotowe uregulowanie stanowiło „uregulowanie […] służące wykonaniu dyrektywy 1999/70" [67]. Wchodziło ono zatem w zakres prawa wspólnotowego oraz zawierało również element pozwalający na zastosowanie ogólnej zasady równości, tu zakazującej wszelkiej (arbitralnej) dyskryminacji ze względu na wiek.

72. Biorąc pod uwagę, że ogólne zasady stanowią podstawę całego systemu prawa wspólnotowego, Trybunał stwierdził następnie, że „przestrzeganie ogólnej zasady równego traktowania w szczególności ze względu na kryterium wieku nie może samo w sobie zależeć od upływu terminu przyznanego państwu członkowskiemu na transpozycję [dyrektywy 2000/78]" [68]. Dyrektywa 2000/78 jedynie zmierzała „do ustanowienia warunków ramowych dla walki z dyskryminacją ze względu na wiek" [69]. W szczególnym kontekście sprawy Mangold można było jednakże zastosować zasadę ogólną bez dalszego odwoływania się do uregulowań krajowych wprowadzających dyrektywę 1999/70. W związku z tym na sądzie krajowym, przed którym zawisł spór, spoczywał obowiązek stosowania podstawowej zasady, a w razie konieczności — niestosowania przepisu prawa krajowego w celu zagwarantowania skutecznej ochrony [70].

73. W niniejszej sprawie nie występuje *żaden* konkretny przepis materialny prawa wspólnotowego regulujący stan faktyczny, w którym znalazłaby zastosowanie ogólna zasada równości. W odróżnieniu od sprawy Mangold nie występuje tu żaden przepis prawa krajowego wprowadzający dyrektywę, której okres transpozycji już upłynął, brak tu też jakiegokolwiek właściwego przepisu traktatu bądź innych wtórnych przepisów wspólnotowych. Przedmiotem rozważań są jedynie art. 13 WE [71] (który jest postanowieniem kompetencyjnym pozbawionym bezpośredniej skuteczności) oraz dyrektywa 2000/78

65 — Punkt 74.

66 — Oba cytaty z pkt 75.

67 — Ibidem.

68 — Punkt 76.

69 — Ibidem.

70 — Punkt 77 i 78. Zasada skutecznej ochrony przywołana w niniejszej sprawie sięga do czasów wyroku z dnia 9 marca 1978 r. w sprawie 106/77 Simmenthal, Rec. s. 629, i została potwierdzona wyrokiem z dnia 19 czerwca 1990 r. w sprawie C-213/89 Factortame i in., Rec. s. I-2433.

71 — Wbrew argumentacji Komisji, stan faktyczny niniejszej sprawy różni się od stanu faktycznego w sprawie Saldanha i MTS, przywołanej w przypisie 56. W tamtej sprawie Trybunał orzekł, że uregulowania, które w ramach prawa spółek mają na celu ochronę interesów akcjonariuszy, wchodzą w zakres traktatu i z tej też przyczyny podlegają zakazowi dyskryminacji ze względu na przynależność narodową. Tak jest, ponieważ „art. 44 ust. 2 lit. c) WE „upoważnia Radę i Komisję w celu urzeczywistnienia swobody przedsiębiorczości do koordynowania w niezbędnym zakresie, w celu zapewnienia ich równoważności, zabezpieczeń wymaganych w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu artykułu 48 akapit drugi dla ochrony interesów wspólników i osób trzecich" (pkt 23). Stwierdzenie to należy odczytywać w kontekście całego rozdziału traktatu WE w sprawie prawa przedsiębiorczości (tytuł III, rozdział 2), jak również, do czasu wydania wyroku w sprawie Saldanha (1997 r.), szerokich ram prawodawczych dyrektyw: zob. co do zagadnień ogólnych V. Edwards, *EC Company Law* (1999 r.), a szczegółowo odnośnie do zakresu art. 44 ust. 2 lit. g) WE, s. 5–9. Jest oczywiste, że ten stan faktyczny jest odmienny od stanu faktycznego niniejszej sprawy.

(dla której w czasie, gdy miały miejsce okoliczności faktyczne sprawy, okres przewidziany na dokonanie transpozycji jeszcze nie upłynął, a w konsekwencji nie może być brana pod uwagę).

74. W tych okolicznościach nie istnieje możliwość powoływania się na ogólną zasadę równości w celu równoczesnego *stworzenia* odpowiedniej normy materialnej prawa wspólnotowego i w celu ustalenia, w jaki sposób powinna być stosowana.

75. Wobec powyższego uważam, że nie występuje żaden szczegółowy przepis materialny prawa wspólnotowego, który mógłby służyć jako podstawa zastosowania ogólnej zasady równości w stanie faktycznym leżącym u podstaw odesłania prejudycjalnego. Na pytanie 1b) udzieliłabym odpowiedzi tej treści.

76. Moja analiza niniejszego pytania byłaby taka sama, gdyby — wbrew temu, co przedstawiłam powyżej — istniała szczegółowa zasada prawa wspólnotowego zakazująca dyskryminacji ze względu na wiek (zamiast ogólnej zasady równego traktowania, która obejmuje równe traktowanie bez względu na wiek).

77. Moim zdaniem dotychczas przedstawiona analiza jest wystarczająca, aby udzielić odpowiedzi sądowi krajowemu. Wobec powyższego pytania drugie i trzecie badam z ostrożności procesowej (na wypadek gdyby Trybunał doszedł do odmiennego wniosku w przedmiocie pytania pierwszego).

W przedmiocie pytania drugiego

78. Zwracając się z pytaniem drugim, sąd odsyłający w istocie zmierza do ustalenia, czy zakaz dyskryminacji ze względu na wiek zdefiniowany przez Trybunał w wyroku w sprawie Mangold może być stosowany horyzontalnie [72].

72 — Sądzę, że posługiwanie się wyrażeniem „bezpośrednia skuteczność" (czy to wertykalna, czy horyzontalna) w celu opisania oddziaływania ogólnej zasady prawa wspólnotowego jest błędne. „Bezpośrednia skuteczność" artykułu traktatu lub przepisu dyrektywy oznacza, że jednostka może — dysponując jasnym, precyzyjnym i bezwarunkowym wspólnotowym tekstem prawnym, powołać się niego w celu zablokowania sprzecznego przepisu prawa krajowego (bądź w celu wypełnienia luki). Przeciwnie, zasada ogólna prawa wspólnotowego stosuje się względem zbioru przepisów, wywierając wpływ na ich wykładnię. Niekiedy może ona stanąć na przeszkodzie określonej wykładni, jednak zasada ogólna jako taka nie może zastąpić istniejącego przepisu. Wobec powyższego, moim zdaniem, nie „obowiązuje ona bezpośrednio", pomimo że może ona w sposób niedwuznaczny mieć wpływ, a niekiedy go wywiera, na wyciągnięcie właściwego wniosku prawnego.

Czy ogólne zasady prawa wspólnotowego mogą być stosowane horyzontalnie?

79. Bez wątpienia zbędne jest przypominanie, że na ogólne zasady prawa można powoływać się *wertykalnie* przeciwko państwu. Tak więc na przykład Trybunał orzekał, że prawo wspólnotowe stało na przeszkodzie różnym środkom krajowym na tej podstawie, że były one niezgodne z ogólną zasadą równego traktowania [73] albo ze szczegółowymi wyrazami tej zasady, na przykład zakazem dyskryminacji, w różnych kontekstach, ze względu na przynależność państwową [74], z poszanowaniem praw podstawowych [75], z zasadą ochrony uzasadnionych oczekiwań [76] oraz z zasadą proporcjonalności [77].

80. Pytanie brzmi, czy jakakolwiek ogólna zasada prawa wspólnotowego może bądź powinna mieć zastosowanie horyzontalne.

81. W wyroku w sprawie Bostock Trybunał orzekł, że zasada równego traktowania nie mogła, w stanie faktycznym wynikającym z systemu wspólnotowych kwot mlecznych, spowodować zmian stosunków pomiędzy stronami umowy najmu z mocą wsteczną [78]. W wyroku w sprawie Otto Trybunał orzekł, że ochrona przed samooskarżeniem w przypadku naruszenia zasad konkurencji, jako element prawa do obrony osoby fizycznej, nie ma zastosowania w stosunkach między osobami prywatnymi [79].

82. Nie uważam, by obydwa te wyroki koniecznie wskazywały, iż ogólne zasady prawa wspólnotowego nigdy nie mogą mieć zastosowania horyzontalnego. Zastosowanie

73 — Zobacz np. wyroki Trybunału: w sprawach Klensch i Wachauf, oba przywołane w przypisie 62 (oba dotyczyły wspólnej organizacji rynku w zakresie mleka i produktów mlecznych); w sprawach przywołanych przez rzecznika generalnego A. Tizzana w przypisie 27 jego opinii w sprawie Mangold, przywołanej w przypisie 2; oraz opinię rzecznik generalnej J. Kokott z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-309/06 Marks & Spencer (wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r.) (zwroty podatku VAT).

74 — Zobacz np. wyroki Trybunału: z dnia 13 lutego 1985 r. w sprawie 293/83 Gravier, Rec. s. 593 (dostępność szkolenia zawodowego); z dnia 2 lutego 1988 r. w sprawie 24/86 Blaizot, Rec. s. 379 (dostępność wyższego wykształcenia); z dnia 27 września 1988 r. w sprawie 42/87 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. 5445 (świadczenia stypendialne); z dnia 20 października 1993 r. w sprawach połączonych C-92/92 i C-326/92 Phil Collins i in., Rec. I-5145 (prawa własności intelektualnej); z dnia 26 września 1996 r. w sprawie C-43/95 Data Delecta, Rec. s. I-4661 (postępowanie sądowe).

75 — Zobacz np. wyroki Trybunału: z dnia 15 maja 1986 r. w sprawie 222/84 Johnston, Rec. s. 1651 (skuteczna kontrola sądowa w ramach dostępu do zatrudnienia i warunków pracy jako uzasadnienie odmiennego traktowania mężczyzn i kobiet); w sprawie Wachauf, przywołanej w przypisie 62 (prawo własności w ramach wspólnej organizacji rynku mleka i produktów mlecznych); z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-60/00 Carpenter, Rec. s. I-6279 (prawo do poszanowania życia rodzinnego w ramach potencjalnego ograniczenia swobody świadczenia usług).

76 — Zobacz np. wyrok z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-62/00 Marks & Spencer, Rec. s. I-6325 (uzasadnione oczekiwania w ramach nowego krajowego terminu przedawnienia dla żądania zwrotu kwot pobranych z naruszeniem prawa wspólnotowego).

77 — Zobacz np. wyroki Trybunału: z dnia 19 czerwca 1980 r. w sprawach połączonych 41/79, 121/79 oraz 796/79 Testa i in., Rec. s. I-1979 (uprawnienia dyskrecjonalne państwa członkowskiego przy wydłużeniu okresu uprawniającego do otrzymywania świadczeń z tytułu bezrobocia na podstawie art. 69 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71); oraz w sprawie Molenheide i in., przywołany w przypisie 64.

78 — Wyrok z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie C-2/92, Rec. s. I-955, pkt 24. Odnośnie do komentarza nt. wyroku w sprawie Bostock oraz ogólnego komentarza nt. stosowania ogólnych zasad przeciwko osobom fizycznym zob. T. Tridimas, przywołany w przypisie 59, s. 47–50.

79 — Wyrok z dnia 10 listopada 1993 r. w sprawie C-60/92, Rec. s. I-5683, pkt 16.

zasady równego traktowania w sprawie Bostock nadałoby krajowym przepisom prawnym moc wsteczną (naruszając tym samym inne zasady podstawowe) [80]. Zasada przywołana w wyroku w sprawie Otto ma na celu ochronę osoby fizycznej przed sankcjami administracyjnymi bądź karnymi, a zatem skoro spory pomiędzy osobami fizycznymi nawet pośrednio nie mogą mieć takiego skutku, ochrona taka byłaby bezprzedmiotowa [81].

83. W zakresie w jakim zasady ogólne są stosowane wertykalnie, umożliwiają one osobom fizycznym powoływanie się na prawa podstawowe wobec państwa. Jednakże ograniczenie możliwości powoływania się na takie prawa do wertykalnych stanów faktycznych prowadzi do ryzyka stworzenia takiego samego (niekiedy sztucznego) rozróżnienia pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym, jaki istnieje w przypadku dyrektyw [82].

84. Ponadto Trybunał przy kilku sposobnościach uznał, że zasada równego traktowania może być stosowana horyzontalnie, gdy została ona włączona do materialnego postanowienia traktatu. Tak więc w wyroku w sprawie Walrave i Koch Trybunał orzekł, że zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową zawarty w obecnych art. 12 WE, 39 WE i 49 WE miał zastosowanie nie tylko względem działań władz publicznych, lecz również wobec przepisów organizacji prywatnych, zmierzających do uregulowania w sposób zbiorowy zatrudnienia zarobkowego i usług, a także iż postanowienie o niedyskryminacji powinno mieć zastosowanie przy dokonywaniu oceny wszelkich stosunków prawnych w obrębie Wspólnoty [83]. Wyroki w sprawie Walrave i Koch dotyczyły prywatnego stowarzyszenia wykonującego funkcję regulacyjną, a zatem mogącego zostać uznanym za emanację państwa. Trybunał posunął się dalej w wyroku w sprawie Angonese, która dotyczyła dostępności zatrudnienia w prywatnym banku, orzekając, że „zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową ustanowiony w art. 39 WE należy uznać jako mający zastosowanie wobec podmiotów prywatnych" [84].

85. W wyroku w sprawie Mangold Trybunał zastosował zasadę ogólną równego

80 — Zobacz pkt 37 opinii rzecznika generalnego C. Gulmanna.

81 — Zobacz wyrok w sprawie Otto, przywołany w przypisie 79, pkt 17.

82 — Niektóre, lecz nie wszystkie argumenty za horyzontalnym obowiązywaniem dyrektyw i przeciw nim mogą dotyczyć ogólnych zasad. Odnośnie do omówienia tych argumentów zob. S. Prechal, *Directives in EC Law*, 2nd ed., 2005, s. 255–261.

83 — Wyrok z dnia 12 grudnia 1974 r. w sprawie 36/74, Rec. s. 1405, pkt 17 i 18. Zobacz również wyroki Trybunału: z dnia 11 grudnia2007 r. w sprawie C-438/05 Viking, dotychczas nie opublikowany w Zbiorze, pkt 33–38 oraz 57–66, a także z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-341/05 Laval, Zb.Orz. s. I-11767, pkt 86–111, w których Trybunał orzekł, że art. 43 WE i art. 49 WE mają zastosowanie pomiędzy związkami zawodowymi a prywatnymi przedsiębiorstwami. W wyroku w sprawie Viking Trybunał nie powoływał się w sposób wyraźny na zakaz dyskryminacji zawarty w art. 43 WE. Jednakże w sprawie Laval przypomniał swoje orzecznictwo, zgodnie z którym „art. 12 WE, który wyraża ogólną zasadę zakazu wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, może być stosowany w sposób samodzielny jedynie w sytuacjach regulowanych przez prawo wspólnotowe, dla których traktat nie przewiduje szczególnego przepisu o zakazie dyskryminacji… Tymczasem, jeśli chodzi o swobodne świadczenie usług, zasada ta została uszczegółowiona w art. 49 WE" (pkt 54 i 55).

84 — Wyrok z dnia 6 czerwca 2000 r. w sprawie C-281/98, Rec. s. I-4139, pkt 36.

traktowania (w tym równego traktowania bez względu na wiek) w prywatnym sporze pomiędzy podmiotami prywatnymi, choć regulowanym przepisami krajowymi prawa publicznego, wprowadzonymi w celu wykonania zobowiązania wynikającego z prawa wspólnotowego (dyrektywy 1999/70). Uważam zatem, że nie należy spieszyć się z wykluczaniem możliwości, że w odpowiednich okolicznościach ogólna zasada prawa wspólnotowego może być stosowana horyzontalnie.

Stosowanie horyzontalne w niniejszej sprawie?

86. Wcześniej już wskazałam, że moim zdaniem stan faktyczny leżący u podstaw odesłania prejudycjalnego nie wchodzi w zakres prawa wspólnotowego [85].

87. W tych okolicznościach uważam, że ogólna zasada równości, a w szczególności zasada równego traktowania bez względu na wiek, zdefiniowana przez Trybunał w wyroku w sprawie Mangold, nie może mieć zastosowania horyzontalnego. Twierdząc to, *przyznaję*, że taka zasada może mieć zastosowanie (zarówno wertykalnie, jak i horyzontalnie) w takim zakresie, w jakim dzieje się to w szczegółowych wspólnotowych ramach prawnych [86].

88. Jednakże jeżeli, jak w niniejszej sprawie, takich ram brakuje, to brak jest też elementu pozwalającego na zastosowanie ogólnej zasady równości, a w szczególności zasady równego traktowania bez względu na wiek. Nie może mieć ona zatem zastosowania (ani wertykalnie, ani horyzontalnie), chyba że i nie wcześniej niż prawodawca wspólnotowy wprowadzi niezbędne szczegółowe środki na podstawie art. 13 WE, a wszelkie okresy przewidziane na dokonanie transpozycji upłyną. Gdy tylko to nastąpi, na co wskazał rzecznik generalny J. Mazák [87] — ogólna zasada będzie wykorzystywana przy dokonywaniu wykładni przepisów wykonawczych, a nie będzie funkcjonować samodzielnie.

89. Tak więc konkretny sposób, w jaki państwo członkowskie postanowi skorzystać z odstępstwa przewidzianego w art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78, to jest od zakazu dyskryminacji ze względu na wiek, podlega oczywiście kontroli Trybunału w świetle ogólnej zasady równości, a w szczególności równego traktowania bez względu na wiek. Kontrola ta zapewnia, że decyzje społeczno-polityczne dokonane przez państwo członkowskie będą się mieścić w zakresie odstępstwa, a w konsekwencji w zakresie uprawnień

85 — Zobacz pkt 67–75.

86 — Zobacz omówienie w pkt 69–76 powyżej. W moim rozumieniu sprawa Mangold była właśnie taką sprawą.

87 — W pkt 136 jego opinii do sprawy Palacios de la Villa, przywołanej w przypisie 20.

dyskrecjonalnych pozostawionych państwu członkowskiemu [88].

90. Podzielam również pogląd Zjednoczonego Królestwa, iż nie jest właściwym oczekiwanie od prywatnego pracodawcy, aby bez żadnych wskazówek podejmował decyzje społeczno-polityczne będące źródłem odstępstwa zawartego w art. 6 ust 1. To na państwie członkowskim spoczywa obowiązek dokonywania tych wyborów oraz ponoszenia za nie odpowiedzialności.

91. Od razu dodam, że od chwili gdy państwo członkowskie wprowadzi dyrektywę 2000/78, to zarówno przepisy, które państwo członkowskie wprowadza w życie poprzez swoje ustawodawstwo, jak i stosowanie tych przepisów przez pracodawcę w ramach jego umów prywatnoprawnych z pracownikami, podlega kontroli sądowej sprawowanej przez sądy krajowe, a nawet, w razie potrzeby, przez Trybunał. Z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2000/78 wynika jasno, nie pozostawiając żadnych wątpliwości, że ogólna zasada równości, a w szczególności zasada równego traktowania bez względu na wiek funkcjonująca poprzez 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”.

92. W świetle niniejszej analizy z chwilą upływu okresu przewidzianego na dokonanie transpozycji dyrektywy 2000/78 [89] można powoływać się na ogólną zasadę równości, a w szczególności zasadę równego traktowania bez względu na wiek, która funkcjonuje „horyzontalnie” poprzez dyrektywę 2000/78, bez potrzeby występowania jakiegokolwiek innego elementu wprowadzającego stosunek pracy w zakres prawa wspólnotowego. Wybory dokonane przez państwa członkowskie przy wprowadzaniu tej dyrektywy podlegają ocenie w tym aspekcie.

93. W konsekwencji proponuję (o ile zajdzie potrzeba), aby Trybunał orzekł w odpowiedzi na pytanie drugie sądu krajowego, że ogólna zasada równości, a w szczególności zasada równego traktowania bez względu

88 — „W tym zakresie państwa członkowskie dysponują bezspornie szerokim zakresem uznania w kwestii wyboru środków właściwych dla realizacji przyjętych przez nie celów w dziedzinie polityki socjalnej i zatrudnienia”. Zobacz wyrok w sprawie Mangold, przywołany w przypisie 2, pkt 63, oraz wyrok w sprawie Palacios de la Villa, przywołany w przypisie 20, pkt 68. W wyroku w sprawie Mangold Trybunał doszedł do wniosku, że sporne środki nie spełniają kryterium proporcjonalności (pkt 65). Jednakże w wyroku w sprawie Palacios de la Villa Trybunał uznał, iż nie jest nieracjonalne uznanie przez władze krajowe, że środek będący przedmiotem sporu może być właściwy i konieczny (pkt 72).

89 — W stosunku do Niemiec nastąpiło to w dniu 2 grudnia 2006 r.: zob. pkt 12.

na wiek, nie może być stosowana w stosunkach między prywatnymi pracodawcami z jednej strony, a ich pracownikami lub emerytami oraz osobami pozostałymi przy życiu z drugiej strony jako podstawa zaskarżenia uregulowania prawa prywatnego, które nie zostało przyjęte w celu wprowadzenia zobowiązania wynikającego z prawa wspólnotowego bądź w celu skorzystania z ewentualnego odstępstwa na podstawie prawa wspólnotowego, oraz nie występuje żaden materialny przepis prawa wspólnotowego, który miałby zastosowanie z innego tytułu.

W przedmiocie pytania trzeciego

Analiza dokonana w oparciu o ogólną zasadę zakazującą dyskryminacji ze względu na wiek

W przedmiocie pytania 3a)

94. Sąd odsyłający w istocie zmierza do ustalenia, czy taki przepis, jak klauzula różnicy wiekowej w pracowniczym programie emerytalnym, wchodzi w zakres ogólnej zasady równości, a w szczególności zasady równego traktowania bez względu na wiek.

95. Istnieją dwa możliwe podejścia do analizy tego zagadnienia. Z jednej strony, jaki rodzaj dyskryminacji związanej z wiekiem obejmuje ogólna zasada równości, w szczególności zasada równego traktowania bez względu na wiek? Z drugiej strony, co zamierzał objąć prawodawca wspólnotowy zasadą równości, a w szczególności zasadą równego traktowania bez względu na wiek, sformułowaną w dyrektywie 2000/78?

96. Pierwszym wyłaniającym się zagadnieniem jest to, czy zasada ogólna obejmuje zarówno wiek względny, jak i bezwzględny? Odpowiedź na to pytanie uzależniona jest od tego, jak należy rozumieć „dyskryminację ze względu na względny wiek". Wyrażenie to można by rozumieć jako obejmujące jedynie mniej korzystne traktowanie osoby A, gdyż jest ona starsza (lub młodsza) o konkretną liczbę lat od osoby B (jednej osoby) bądź C (grupy osób). Mówiąc szerzej, można ją rozumieć jako obejmującą mniej korzystne traktowanie E i F (para osób traktowana łącznie), gdyż różnica wieku pomiędzy nimi jako parą jest większa albo mniejsza niż różnica wieku pomiędzy innymi parami osób (G i H oraz I i J itd.).

97. Moim zdaniem, dyskryminacja ze względu na względny wiek obejmuje obydwa powyższe stany faktyczne. W obu sytuacjach wiek jest kryterium uzasadniającym odmienne nieprzychylne traktowanie, wobec czego nie znajduję zasadnej przyczyny czynienia rozróżnień pomiędzy nimi. Ta sama logika prowadzi mnie do wniosku, że nie ma żadnego uzasadnienia dla wyłączenia dyskryminacji ze względu na względny wiek spod zakresu ogólnej zasady równości, w szczególności zasady równego traktowania bez względu na wiek. Wiek osoby, choć wyrażony w kategoriach względnych, a nie bezwzględnych, nadal pozostaje podstawą podejmowania decyzji wywierającej niekorzystne dla niej skutki.

98. Podejście to jest również rozstrzygające dla zagadnienia, czy jedynie dyskryminacja wynikająca z klauzuli różnicy wiekowej wywierająca wpływ na zmarłego pracownika wchodzi w zakres zakazu, czy też zostaje nim również objęta dyskryminacja wywierająca wpływ na małżonkę zmarłego (w tym przypadku B. Bartsch). Dyskryminacja ta (w porównaniu z parami bliższymi sobie wiekiem) wypływa z ich połączonych cech i w oczywisty sposób pozostaje w związku z wiekiem. Jest oczywiste, że taka osoba jak B. Bartsch, młodsza od swojego zmarłego małżonka o ponad piętnaście lat, jest traktowana w mniej przychylny sposób niż gdyby znalazła się w porównywalnej sytuacji (to znaczy jako wdowa), lecz byłaby młodsza o mniej niż piętnaście lat od swego zmarłego małżonka. Takie traktowanie ma charakter bezpośrednio dyskryminacyjny, ponieważ wprowadza różnice pomiędzy różnymi kategoriami wdów po pracownikach w zakresie uzyskania bądź wyłączenia uprawnień do świadczeń rentowych. Niekorzystny skutek wynika wprost z zastosowania kryterium związanego z wiekiem (różnicy wieku powyżej piętnastu lat) przy określaniu uprawnienia do świadczenia rentowego. Miało to niekorzystne skutki dla B. Bartsch, gdyż nie otrzymała on świadczenia rentowego. Miało to niekorzystny wpływ na osobistą samodzielność [90] M. Bartscha wskutek niemożności zapewnienia odpowiedniego zaopatrzenia dla swojej małżonki po swojej śmierci oraz wskutek penalizacji skorzystania przez niego ze swobody wyboru małżonki młodszej od niego o ponad piętnaście lat.

99. Zastosowanie w drodze analogii orzecznictwa Trybunału dotyczącego bezpośredniej dyskryminacji ze względu na płeć doprowadziłoby do wniosku, że skoro bezpośredniej dyskryminacji nie można obiektywnie uzasadnić (zob. np. wyrok w sprawie Dekker) [91], to wszelkie odmienne traktowanie bezpośrednio opierające się na względach wieku jest zakazane. Tym niemniej wydaje się, że przyjmując dyrektywę 2000/78, prawodawca wspólnotowy ewidentnie przewidział, iż powinna istnieć możliwość obiektywnego uzasadnienia niektórych kategorii takiego traktowania [92]. Moim zdaniem stanowi to poparcie dla analizy przedstawionej w celu udzielenia odpowiedzi na pytanie drugie.

90 — Jeśli chodzi o znaczenie wyboru dla osobistej samodzielności, zob. opinię rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w sprawie Coleman, przywołanej w przypisie 43, pkt 9–11, oraz prace przywołane w przypisach do nich.

91 — Wyrok z dnia 8 listopada 1990 r. w sprawie C-177/88, Rec. s. I-3941, pkt 12. Dalej zob. E. Ellis, EU *Anti-Discrimination Law*, 2nd ed., 2005, s. 111–113.

92 — Zobacz pkt 109 i 110 poniżej.

Analiza w świetle dyrektywy 2000/78

100. Artykuł 3 ust. 1 stanowi, że 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 […] wynagradzania". Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, renta rodzinna mieści się w pojęciu „wynagrodzenia" w rozumieniu art. 141 WE, jako świadczenie wywodzące się ze stosunku pracy zmarłego małżonka [93].

101. Umowa o pracę stworzyła stosunek pracy pomiędzy M. Bartschem a BSH. Renta rodzinna jest „wynagrodzeniem" w rozumieniu art. 141 WE, zatem wobec powyższego „wynagrodzeniem" dla celów art. 3 ust. 1 dyrektywy 2000/78. Po upływie okresu przewidzianego na dokonanie transpozycji dyrektywy 2000/78 ważność klauzuli wiekowej podlegałaby zatem ocenie na podstawie dyrektywy.

102. Uważam, iż co się tyczy zagadnienia, jakie rodzaje dyskryminacji związanej z wiekiem zostały objęte, to w świetle dyrektywy znajdują zastosowanie te same argumenty, które zostały przytoczone w trakcie analizy w świetle zasady ogólnej. Znajdują one potwierdzenie w licznych, specyficznych cechach dyrektywy.

103. Po pierwsze, z motywu 25 jasno wynika, że dyskryminacja ze względu na wiek w rozumieniu dyrektywy jest szerokim pojęciem. Pozostaje to również zgodne ze standardowymi zasadami wykładni, które podpowiadają, że pojęcie dyskryminacji, o którym mowa w art. 2, należy poddawać wykładni rozszerzającej, natomiast uzasadnienia i odstępstwa na podstawie art. 2 ust. 2 lit. b) (i) oraz art. 6 należy poddawać wykładni zawężającej. Odczytywanie art. 2 jako mającego zastosowanie wyłącznie do bezwzględnego wieku („pracodawca traktuje pięćdziesięciolatka mniej przychylnie niż czterdziestolatka"), oznaczałoby, że została dokonana zawężająca wykładnia tego artykułu. Trybunał nie przeprowadzał w ten sposób wykładni dyskryminacji ze względu na płeć [94] ani żadne inne podstawowe wolności oparte na traktacie.

93 — Zobacz wyroki Trybunału: z dnia 9 października 2001 r. w sprawie C-379/99 Menauer, Rec. s. I-7275, pkt 18 oraz przywołane tam orzecznictwo; a także z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawie C-117/01 K.B., Rec. s. I-541, pkt 26.

94 — Tak więc dyskryminacja ze względu na płeć obejmuje również dyskryminację powstałą ze względu na zmianę płci. Zobacz wyroki Trybunału: z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-13/94 P. przeciwko S., Rec. s. I-2143, pkt 17–20, oraz z dnia 27 kwietnia 2006 r. w sprawie C-423/04 Richards, Zb.Orz. s. I-3585, pkt 24. W wyroku w sprawie Grant, przywołanym w przypisie 21, pkt 42 (który jednakże zapadł przed wejściem w życie traktatu z Amsterdamu, a w konsekwencji przed wprowadzeniem art. 13 do traktatu WE), Trybunał uznał, że nie rozciąga się ona na odmienne traktowanie ze względu na orientację seksualną danej osoby.

104. Po drugie, jak zauważa Komisja, odczytywanie art. 2 jako mającego zastosowanie wyłącznie wobec bezwzględnego wieku ułatwiałoby obejście zawartego w nim zakazu dyskryminacji. Przebiegły pracodawca mógłby obejść zakaz, przerabiając istniejące praktyki dyskryminacyjne na kategorie wieku względnego zamiast bezwzględnego.

105. Wobec powyższego odczytuję dyrektywę w ten sposób, że zakazuje ona dyskryminacji ze względu na zarówno bezwzględny, jak i względny wiek. W mojej analizie zasady ogólnej zasugerowałam, że „dyskryminacja ze względów względnego wieku" obejmowałaby zarówno dyskryminujące traktowanie wywierające wpływ na zmarłego pracownika, jak i dyskryminujące traktowanie wywierające wpływ na osobę najbliższą zmarłemu [95]. Nie wyobrażam sobie, aby zasada zawarta w art. 2 dyrektywy 2000/78, która ma zmierzać do „wprowadzenia w życie" zasady równego traktowania [96], miała być rozumiana w tym względzie w sposób bardziej zawężający niż zasada ogólna.

106. Wychodzę zatem z założenia, że klauzula różnicy wiekowej, taka jak będąca przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, może stanowić bezpośrednią dyskryminację dla celów art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78 [97], zarówno wobec M. Bartscha, jak i osoby najbliższej zmarłemu, B. Bartsch. Należy jednak pamiętać, że w czasie, gdy miały miejsce okoliczności faktyczne sprawy, nie upłynął jeszcze okres przewidziany na dokonanie transpozycji tej dyrektywy do prawa krajowego w Niemczech.

W przedmiocie pytania 3b)

107. Sąd odsyłający zwraca się z zapytaniem, czy jeżeli taki przepis jak klauzula różnicy wiekowej prowadzi do odmiennego traktowania, to interes pracodawcy w ograniczeniu ryzyk wywodzących się z dobrowolnych programów emerytalnych (oraz jego chęć uczynienia tych ryzyk bardziej przewidywalnymi) może być czynnikiem uzasadniającym dyskryminację) [98]. Sądzę jednak, że z chwilą gdy ryzyko zostanie przewidziane, to przestaje ono być „ryzykiem", lecz przewidywalnym zobowiązaniem, które należy zabezpieczyć. Wydaje się również oczywiste, że analiza obliczeń aktuarialnych kwantyfikuje zobowiązania, jakie prawdopodobnie powstaną wskutek „różnic wieku". Kontynuuję zatem przy założeniu, że sąd odsyłający pragnie w istocie ustalić, czy interes pracodawcy w postaci ogólnego ograniczenia kosztów ponoszonych z tytułu dobrowolnego

95 — Zobacz pkt 98.

96 — Artykuł 1 dyrektywy 2000/78.

97 — Zgodnie z tym przepisem dyskryminacja bezpośrednia występuje „w przypadku gdy osobę traktuje się mniej przychylnie niż traktuje się, traktowano lub traktowano by inną osobę w porównywalnej sytuacji", z przyczyn związanych m.in. z wiekiem. Pośrednia dyskryminacja została zdefiniowana w art. 2 ust. 2 lit. b).

98 — Zobacz pkt 17 powyżej.

programu emerytalnego może uzasadniać dyskryminację.

108. Dyrektywa 2000/78 dostarcza dogodnych ram analitycznych dla podejścia wobec tego pytania. Gdyby wydarzenia prowadzące do niniejszego odesłania miały miejsce po upływie okresu przewidzianego na dokonanie transpozycji dyrektywy 2000/78, to czy można by uzasadnić klauzulę różnicy wiekowej w prywatnym uzupełniającym programie emerytalnym, takim jak prowadzony przez BSH?

109. Artykuł 2 dyrektywy 2000/78 zawiera definicję zarówno dyskryminacji bezpośredniej, jak i pośredniej. Dwa człony art. 2 ust. 2 rozpoczynają się w ten sam sposób: „[…] dyskryminacja […] występuje w przypadku". W art. 2 ust. 2 lit. a) została zawarta definicja dyskryminacji bezpośredniej, bez jakiegokolwiek wskazania, że może ona, co do zasady, być uzasadniona. Dla odmiany art. 2 ust. 2 lit. b) stanowi, że „dyskryminacja pośrednia występuje w przypadku, gdy przepis, kryterium lub pozornie neutralna praktyka może doprowadzić do szczególnej niekorzystnej sytuacji dla osób [w danym] […] wieku […], 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 […]". Innymi słowy, jeżeli zostanie spełnione zastrzeżenie zawarte w art. 2 ust. 2 lit. b), to dyskryminacja pośrednia nie występuje (w przeciwnym wypadku występuje). Na pierwszy rzut oka wydawałoby się to sugerować (a contrario), że dyskryminacja wchodząca w zakres art. 2 ust. 2 lit. a) nie może być obiektywnie uzasadniona. Występuje tu jednak w oczywisty sposób nakładanie się wyrażeń zawartych w art. 2 ust. 2 lit. b) na ramy (szerokiego) uzasadnienia dla dyskryminacji ze względu na wiek z obiektywnych względów, wymienionych w art. 6.

110. Artykuł 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78 dotyczy wyłącznie uzasadnienia jednego szczegółowego rodzaju odmiennego traktowania: dyskryminacji ze względu na wiek. Rozpoczyna się on wyrazami: „[n]iezależnie od przepisów art. 2 ust. 2, państwa członkowskie mogą uznać, że". W tym miejscu prawodawca nie czyni rozróżnień pomiędzy art. 2 ust. 2 lit. a) (dyskryminacja bezpośrednia) a art. 2 ust. 2 lit. b) (dyskryminacja pośrednia). To raczej państwa członkowskie mogą uznać, że odmienne traktowanie wchodzące w zakres art. 2 ust. 2 „ze względu na wiek nie stanowi dyskryminacji, jeżeli w ramach prawa krajowego zostanie to obiektywnie i racjonalnie uzasadnione zgodnym z przepisami celem […] i jeżeli środki mające służyć realizacji tego celu są właściwe i konieczne". Niektóre szczegółowe „zgodne z przepisami cele" zostały wyraźnie wskazane („w szczególności celami polityki zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego"), przy czym (biorąc pod uwagę posłużenie się wyrazami „w szczególności") nie jest to wyliczenie wyczerpujące. Po tym wstępie w literach a), b) i c) zostały wymienione (znowu w sposób niewyczerpujący) określone rodzaje odmiennego traktowania, które wydają się częściowo

wiązać z dyskryminacją bezpośrednią [99], a częściowo z dyskryminacją pośrednią [100] ze względu na wiek. Artykuł 6 ust. 2 przewiduje określonego rodzaju odmienne traktowanie dla celów programów pracowniczego zabezpieczenia społecznego.

111. Należy uczciwie stwierdzić, że większość szczegółowych przykładów „dopuszczalnego" odmiennego traktowania zawartych w art. 6 ust. 1 dotyczy bezpośredniego posłużenia się wiekiem jako kryterium podejmowania decyzji („pracownicy starsi", „dolna granica wieku", „górna granica przy rekrutacji") [101]. Kryterium podejmowania decyzji nie jest zatem „przepisem, kryterium lub pozornie neutralną praktyką" [wskazaną w art. 2 ust. 2 lit. b) w ramach definicji dyskryminacji pośredniej]. Jest to po prostu raczej jednak często odmienne traktowanie ze względu na wiek.

112. Jedyny logiczny wniosek, jaki można wysnuć, to taki, że dyrektywa 2000/78 wyraźnie zezwala na szczegółowe rodzaje odmiennego traktowania opartego bezpośrednio na względach wieku, pod warunkiem że są one „obiektywnie i racjonalnie uzasadnione zgodnym z przepisami celem […] i jeżeli środki mające służyć realizacji tego celu są właściwe i konieczne". Taką analizę tekstu potwierdza wyrok Trybunału w sprawie Palacios de la Villa [102], który dotyczył klauzuli o przymusowym przejściu na emeryturę w przepisach krajowych [103]. Motyw 14 dyrektywy 2000/78 stanowi, że: „[n]iniejsza dyrektywa [[104]] nie narusza przepisów prawa krajowego ustanawiających wiek emerytalny". Jednak żaden materialny przepis dyrektywy nie zwalnia klauzul przejścia na emeryturę spod swojego zakresu. Trybunał orzekł, że taka klauzula wchodzi w zakres dyrektywy oraz stanowi dyskryminację bezpośrednią ze względu na wiek [105]. Tym niemniej Trybunał postanowił, że służył ona celowi, który może w rozumieniu art. 6 ust. 1 dyrektywy racjonalnie i obiektywnie uzasadniać odmienne traktowanie ze względu na wiek [106].

113. Klauzula różnicy wiekowej nie pasuje dokładnie do żadnego ze szczegółowych

99 — Na przykład określenie górnej granicy wieku przy rekrutacji w określonych przypadkach [art. 6 ust. 1 lit. c)].

100 — Na przykład określenie warunków dolnej granicy stażu pracy wymaganego do niektórych korzyści związanych z zatrudnieniem [art. 6 ust. 1 lit. a)]. Staż pracy, pomimo iż jest „pozornie neutralnym kryterium", najprawdopodobniej będzie pośrednio funkcjonował jako kryterium oparte na wieku.

101 — Porównaj omówienie przedstawione przez rzecznika generalnego F. G. Jacobsa dwóch rodzajów uzasadnienia dla odmiennego traktowania ze względu na płeć oraz ich związek z dyskryminacją bezpośrednią i pośrednią w pkt 34 i 35 jego opinii z dnia 6 lipca 2000 r. (wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r.) w sprawie C-79/99 Schnorbus, Rec. s. I-10997.

102 — Przywołany w przypisie 20.

103 — W wyroku w sprawie Palacios de la Villa, przywołanym w przypisie 20, w odróżnieniu od niniejszej sprawy okres przewidziany na dokonanie transpozycji już oczywiście upłynął. Zobacz pkt 39 powyżej.

104 — Jest to kuriozalny sposób użycia czasownika „nie narusza" w preambule (która ma charakter wyjaśniający). Zobacz pkt 10 Porozumienia międzyinstytucjonalnego z dnia 22 grudnia 1998 roku w sprawie wspólnych wytycznych dotyczących jakości prawodawstwa wspólnotowego (Dz.U. 1999, C 73, s. 1), o którym była mowa w mojej opinii z dnia 10 kwietnia 2008 r. do sprawy C-345/06 Heinrich (sprawa w toku), pkt 28, 64 oraz 65.

105 — Punkt 51 wyroku.

106 — Punkt 66 wyroku.

przykładów zawartych w art. 6 ust. 1 lit. a), b) i c). Interes pracodawcy w postaci nałożenia ogólnego limitu na koszty ponoszone z tytułu dobrowolnego programu emerytalnego [107] przypomina czynniki leżące u podstaw odstępstwa, o którym mowa w art. 6 ust. 2. Odstępstwa, zgodnie z ogólną zasadą dokonywania wykładni, należy rozumieć w sposób zawężający. Jednocześnie jest oczywiste, że art. 6 nie zawiera wyczerpującego wykazu dopuszczalnych odstępstw.

114. Jeżeli państwo członkowskie już zdążyło dokonać transpozycji dyrektywy 2000/78, to (prawdopodobnie) dokonało ono kilku wyborów w zakresie prowadzonej polityki. Jeżeli zdecydowałoby się ono powołać na art. 6 ust. 2 dyrektywy w celu zezwolenia prywatnemu pracodawcy na włączenie takiego przepisu jak klauzula różnicy wiekowej do pracowniczych programów emerytalnych, to Trybunał musiałby najpierw rozstrzygnąć, czy klauzula różnicy wiekowej była zgodna z odstępstwem, a następnie (o ile była zgodna) dokonać oceny programu pod kątem proporcjonalności.

107 — Zobacz pkt 107 powyżej.

115. Z jednej strony obecny stan prawa wspólnotowego pozostawia państwom członkowskim i ewentualnie pracodawcom i pracownikom dosyć duży zakres uznania, nie tylko co do tego, czy należy realizować dany cel z zakresu polityki społecznej i polityki zatrudnienia, lecz również w określaniu środków mających służyć jego realizacji [108].

116. Z drugiej strony Trybunał przyjął bardzo rygorystyczne podejście wobec programów emerytalnych, które — jak w niniejszej sprawie — *wyłączają* określone kategorie osób, w odróżnieniu od tych, które przewidują zróżnicowane świadczenia. Trybunał w szczególności ograniczył nieretroakcyjny skutek swojego wyroku w sprawie Barber [109] w ten sposób, aby nie miał on zastosowania wobec poprzedniego programu [110]. Trybunał również wykazał dużą ostrożność, dopuszczając względy oparte na obliczeniach

108 — Zobacz wyrok w sprawie Palacios de la Villa, przywołany w przypisie 20, pkt 68. Zobacz również motyw 25 dyrektywy 2000/78.

109 — Wyrok z dnia 17 maja 1990 r. w sprawie C-262/88, Rec. s. I-1889. Ograniczenie ratione temporis orzeczenia zostało wprowadzone do protokołu (nr 17) w sprawie art. 141 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (1992).

110 — Zobacz np. wyroki Trybunału: z dnia 28 września 1994 r. w sprawie C-57/93 Vroege, Rec. s. I-4541, pkt 27, 28; z dnia 28 września 1994 r. w sprawie C-128/93 Fisscher, Rec. s. I-4583, pkt 49, 50; wyrok z dnia 11 grudnia 1997 r. w sprawie C-246/96 Magorrian i Cunningham, Rec. s. I-7153, pkt 27–29; z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawach połączonych C-270/97 i C-271/97 Sievers i Schrage, Rec. s. I-929, pkt 39–41.

aktuarialnych dla uzasadnienia odmiennego traktowania [111].

117. Sąd odsyłający wyjaśnia, że klauzula różnicy wiekowej jest zgodna z prawem krajowym, ponieważ opiera się ona na „słusznym względzie", to znaczy na interesie pracodawcy w postaci ogólnego ograniczenia kosztów ponoszonych z tytułu dobrowolnych programów emerytalnych [112]. Ponadto względy te pozostają w ścisłym związku z klauzulą różnicy wiekowej. Ograniczenie kosztów opiera się na kryterium demograficznym: im młodsze są najbliższe osoby zmarłemu pracownikowi w stosunku do pracowników, którym zostało przyznane świadczenie pracownicze, to tym dłużej, przeciętnie rzecz ujmując, pracodawca zobowiązany będzie do wypłacania świadczenia osobie najbliższej zmarłemu.

118. Biorąc pod uwagę szeroki zakres uprawnień dyskrecjonalnych przysługujących państwom członkowskim w dziedzinie polityki społecznej i zatrudnienia, wyrażam gotowość przyjęcia, że wybory dokonywane przez państwo członkowskie w zakresie stosowanej polityki, zezwalające na umieszczanie pewnego rodzaju klauzul różnicy wiekowej w prywatnych programach emerytalnych mogą, co do zasady, służyć uzasadnionemu celowi w rozumieniu art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78.

119. Jednakże moim zdaniem program funkcjonujący — tak jak program BSH — w ten sposób, że wyłącza on wdowę będącą w sytuacji B. Bartsch [113] z możliwości uzyskania jakiejkolwiek wypłaty przewidzianej w planie, najprawdopodobniej nie spełniłby kryterium proporcjonalności, o którym mowa w art. 6 ust. 1, które nakłada wymóg, aby środki mające służyć realizacji zgodnego z przepisami celu były „właściwe i konieczne".

120. Po pierwsze z odpowiedzi pełnomocnika BSH w trakcie rozprawy jasno wynika, że w czasie gdy powstawał program emerytalny, spółka miała wyłącznie na względzie zagadnienie sposobu dokonania dystrybucji (dostępnych) środków.

111 — W wyroku w sprawie Lindorfer przeciwko Radzie, przywołanym w przypisie 19, w pkt 56 Trybunał orzekł, że jeśli chodzi o uzasadnienie różnicy traktowania mężczyzn i kobiet koniecznością zagwarantowania racjonalnego zarządzania finansowego systemem emerytalnym, to taki argument nie może być przywołany celem powołania się na konieczność stosowania wyższych wartości aktuarialnych dla kobiet. Zobacz również opinię rzecznika generalnego F. G. Jacobsa, pkt 49–69, oraz moją opinię do tej sprawy, pkt 43–50. W wyrokach Trybunału: z dnia 22 grudnia 1993 r. w sprawie C-152/91 Neath, Rec. s. I-6935 oraz z dnia 28 września 1994 r. w sprawie C-200/91 Coloroll, Rec. s. I-4389, Trybunał orzekł, że zagadnienie nierównych składek pracodawców przy finansowanych programach świadczeń emerytalnych powstałych wskutek wykorzystania czynników aktuarialnych nie wchodzi w zakres (obecnego) art. 141 WE. W swojej opinii do m.in. tych spraw, a w szczególności do sprawy Coloroll, rzecznik generalny W. Van Gerven uważał, że potrzeba utrzymania równowagi finansowej pracowniczych programów emerytalnych nie może uzasadniać zróżnicowania składek i świadczeń pracowniczych na podstawie czynników aktuarialnych. Porównaj również wyroki Trybunału: z dnia 16 lipca 1998 r. w sprawie C-264/96 ICI, Rec. s. I-4695, z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-307/97 St. Gobain, Rec. s. I-2651, z dnia 21 listopada 2002 r. w sprawie C-436/00 X & Y, Rec. s. I-10829, z dnia 11 marca 2004 r. w sprawie C-9/02 de Lasteyrie du Saillant, Rec. s. I-2409, oraz z dnia 28 września 2006 r. w sprawach połączonych C-282/04 i C-283/04 Komisja przeciwko Niderlandom, Zb.Orz. s. I-9141 (Trybunał odrzucił utratę przychodów podatkowych jako uzasadnienie stosowania dyskryminacji sprzecznej z art. 43 WE).

112 — Zobacz pkt 107 powyżej.

113 — To znaczy wdowę młodszą o więcej niż piętnaście lat od zmarłego męża, który zmarł w trakcie pozostawania w stosunku pracy z BSH. Klauzula różnicy wieku nie ma zastosowania, jeżeli były pracownik umrze, będąc już na emeryturze: zob. pkt 13.

121. Po drugie, nietrudno wyobrazić sobie sposoby ograniczenia kosztów ponoszonych przez dobrowolne programy emerytalne, które byłyby znacznie mniej skrajne niż całkowite wyłączenie osób pozostałych przy życiu. Takim młodszym osobom mogłoby być na przykład wypłacane świadczenie obniżone wedle skali malejącej albo dokonywanie wypłat tym osobom następowałoby dopiero po osiągnięciu przez nie określonego wieku.

122. Po trzecie, nie znaleziono niczego w dokumentach będących w dyspozycji Trybunału, co wskazywałoby, że świadczenie dla pozostałej przy życiu jest wypłacane jedynie wtedy, jeżeli pracownik umrze w określonym wieku bądź powyżej tego wieku. Wobec powyższego w sytuacji, w której pracownik i małżonek są w tym samym wieku, a pracownik umrze w wieku czterdziestu lat, to osoba najbliższa zmarłemu otrzyma świadczenie. Dla odmiany, pozostały przy życiu małżonek młodszy o szesnaście lat od pracownika zmarłego w wieku pięćdziesięciu sześciu lat nie otrzyma niczego. Tymczasem nie występuje żadna istotna różnica pomiędzy tymi dwoma osobami pozostałymi przy życiu (obie w wieku czterdziestu lat) w kategoriach ich przewidywanej długości życia, a więc i okresu, przez jaki prawdopodobnie będą pobierały rentę rodzinną.

123. Dokonując analizy pytania 3b) z perspektywy ogólnej zasady zakazu dyskryminacji przy stosowaniu konkretnego kryterium wieku, trudno dostrzec, w jaki sposób mogłaby być uzasadniona dyskryminacja ze względu na wiek. W każdym bądź razie program nie spełniłby kryterium proporcjonalności.

124. Wobec powyższego wyrażam opinię, o ile zajdzie konieczność, że taki przepis, jak klauzula różnicy wieku będąca przedmiotem sporu zawisłego przed sądem krajowym, nie mógłby zostać uzasadniony okolicznością, że pracodawca posiada interes w ograniczaniu ogólnych kosztów ponoszonych z tytułu dobrowolnego programu emerytalnego.

W przedmiocie pytania 3c)

125. Sąd odsyłający zwraca się z zapytaniem, czy ewentualny zakaz dyskryminacji ze względu na wiek działa wstecz w sposób nieograniczony w prawie pracowniczych planów emerytalnych, a jeżeli nie, to w jaki sposób jego działanie wstecz jest ograniczone?

126. Pomimo że sąd krajowy w postanowieniu odsyłającym zastanawia się, od jakiego dokładnie punktu w czasie ma zastosowanie zasada zakazująca dyskryminacji ze względu na wiek oraz w jaki sposób można pogodzić stosowanie tej zasady z ochroną uzasadnionych oczekiwań, to jest oczywiste, że pytanie

3c) w rzeczywistości zmierza do ustalenia, czy można ograniczyć w czasie skutki wyroku w niniejszej sprawie [114]. Na tej też podstawie udzielę odpowiedzi na to pytanie.

127. Trybunał ogranicza retroaktywne skutki swoich wyroków jedynie wyjątkowo i po spełnieniu dwóch przesłanek. Po pierwsze wtedy, gdy w przypadku braku takiego ograniczenia istnieje ryzyko poważnych reperkusji gospodarczych; po drugie, gdy okaże 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 [115]. Przesłanki te muszą wystąpić łącznie.

128. Ponadto wszelkie ograniczenia retroaktywnych skutków wyroku muszą zostać sformułowane przez Trybunał w pierwszym wyroku, w którym orzeczono w sprawie żądanej wykładni [116].

129. Nie uważam, że retroaktywne skutki wyroku w niniejszej sprawie powinny zostać ograniczone.

130. Po pierwsze Trybunał nie dysponuje żadnym dowodem (wynikającym z postanowienia odsyłającego bądź od BSH lub Niemiec [117]), który wskazywałby w wystarczający sposób na ryzyko poważnych reperkusji ekonomicznych w wypadku, gdyby Trybunał nie ograniczył skutków wyroku w czasie.

131. Po drugie w wyroku w sprawie Mangold Trybunał nie nałożył żadnych ograniczeń skutków wyroku w czasie. W tym zaś wyroku wskazano zasadę, która (w podobnym przypadku) miałaby tu zastosowanie.

132. Nawet jeśli przyjąć, że jest to pierwsza sposobność, przy której Trybunał musiał rozważyć zastosowanie tej zasady wobec pracowniczego programu emerytalnego finansowanego z prywatnych funduszy, to i tak pierwsza z dwu (łącznych) przesłanek nie zostałaby spełniona.

133. Wobec powyższego nie należy nakładać żadnego ograniczenia w czasie skutków wyroku w niniejszej sprawie.

114 — Niemcy wyraźnie wniosły o takie ograniczenie.

115 — Zobacz wyroki Trybunału: w sprawie Richards, przywołany w przypisie 94, pkt 42, oraz z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-313/05 Brzeziński, Zb.Orz. s. I-513, pkt 57.

116 — Wyroki Trybunału: w sprawie Barber, przywołany w przypisie 109, pkt 41; w sprawie Vroege, przywołany w przypisie 110, pkt 31; z dnia 6 marca 2007 r. w sprawie C-292/04 Meilicke i in., Zb.Orz. s. I-1835, pkt 36 i 37.

117 — Niemcy podnoszą, że takie orzeczenie mogłoby wywrzeć wpływ na ogromną liczbę umów, lecz przyznają, że nie dysponują dowodami statystycznymi, które można by przedstawić na poparcie tego twierdzenia.

Wnioski

134. W świetle powyższego wnoszę, aby w odpowiedzi na przedłożone pytania Trybunał orzekł, jak niżej:

(1) Państwa członkowskie nie są zobowiązane do zagwarantowania ochrony na podstawie ogólnej zasady równości (obejmującej równe traktowanie bez względu na wiek) zawartej w prawie wspólnotowym, jeżeli podnoszone dyskryminacyjne traktowanie nie wchodzi w zakres prawa wspólnotowego.

(2) Nie istnieje żaden materialny przepis prawa wspólnotowego, który mógłby służyć jako podstawa stosowania ogólnej zasady równości traktowania (obejmującej równe traktowanie bez względu na wiek) w sytuacji, która leży u podstaw odesłania prejudycjalnego.