SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE ELEANOR SHARPSTON,

predstavljeni 22. maja 2008 [1]

1. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Bundesarbeitsgericht (zvezno delovno sodišče), Nemčija, se nanaša na klavzulo v sistemu poklicnega pokojninskega zavarovanja, s katero vdova (vdovec) zaposlenega v zasebnem sektorju, ki umre med opravljanjem službe, ne pridobi pravice do družinske pokojnine, če je ta vdova (vdovec) več kot 15 let mlajša od umrlega zaposlenega. Bundesarbeitsgericht sprašuje Sodišče, ali taka klavzula nasprotuje splošnemu načelu prepovedi starostne diskriminacije, ki ga je Sodišče določilo v sodbi Mangold, [2] in poziva Sodišče, naj natančneje pojasni okoliščine, v katerih se lahko uporablja to načelo.

Pravo Skupnosti

Pogodba o Evropski uniji

2. V členu 6 EU je določeno:

„1. Unija temelji na načelih svobode, demokracije, spoštovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter pravne države, na načelih, ki so skupna vsem državam članicam.

2. Unija spoštuje temeljne pravice, kakršne zagotavlja Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin […] in kot splošna načela prava Skupnosti izhajajo iz skupnih ustavnih tradicij držav članic.

[…]“

Pogodba ES

3. V členu 13 ES, ki je bil uveden z Amsterdamsko pogodbo, je določeno:

„1. Brez poseganja v druge določbe te pogodbe in v mejah pristojnosti Skupnosti po

1 – Jezik izvirnika: angleščina

2 – Zadeva C-144/04, ZOdl., str. I-9981. Združeno kraljestvo neposredno, Nemčija in Nizozemska pa nekoliko bolj posredno, izpodbijajopredpostavko, da to načelo izhaja iz ustavljene sodne prakse; glej točko 29 spodaj.

tej pogodbi lahko Svet na predlog Komisije in po posvetovanju z Evropskim parlamentom soglasno sprejme ustrezne ukrepe za boj proti diskriminaciji na podlagi spola, rase ali narodnosti, vere ali prepričanja, invalidnosti, starosti ali spolne usmerjenosti.

2. […]“

Direktiva 2000/78 [3]

4. Preambula Direktive 2000/78 navaja člen 6(1) in (2) Pogodbe o Evropski uniji [4] in našteva več mednarodnih dokumentov, ki priznavajo univerzalno pravico vseh oseb do enakosti pred zakonom in do zaščite pred diskriminacijo. [5] Glede starostne diskriminacije ugotavlja, da je cilj Listine Skupnosti o temeljnih socialnih pravicah delavcev [6] socialna in ekonomska vključenost starejših ter da je v smernicah o zaposlovanju za leto 2000, o katerih se je dogovoril Evropski svet v Helsinkih 10. in 11. decembra 1999, poudarjena potreba, da se nameni posebna pozornost pomoči za starejše delavce. [7]

5. Uvodna izjava 25 posebej obravnava možnost utemeljitve različnega obravnavanja v zvezi s starostjo. V njej je navedeno:

„Prepoved diskriminacije zaradi starosti je bistven del izpolnjevanja ciljev, opredeljenih v smernicah o zaposlovanju, in spodbujanja raznovrstnosti delovne sile. Vendar je v določenih okoliščinah različno obravnavanje v zvezi s starostjo lahko upravičeno in so v zvezi s tem potrebni posebni predpisi, ki so glede na položaj v državah članicah lahko med seboj različni. Bistveno je torej razlikovanje med upravičeno različnim obravnavanjem, zlasti tistim na podlagi legitimnih ciljev zaposlovalne politike, trga delovne sile in poklicnega usposabljanja, in diskriminacijo, ki mora biti prepovedana.“

6. V členu 1 je določeno, da je namen Direktive opredeliti splošni okvir boja proti diskriminaciji zaradi v njej določenih razlogov pri

3 – Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu (UL L 303, str. 16). Direktiva 2000/78 je ena od izvedbenih direktiv, ki sta bili sprejeti na podlagi člena 13 ES; druga pa je Direktiva Sveta 2000/43/ES z dne 29. junija 2000 o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost(UL L 180, str. 22) (v nadaljevanju: Direktiva o rasni diskriminaciji).

4 – Uvodna izjava 1.

5 – Uvodna izjava 4, ki navaja Splošno deklaracijo človekovih pravic, ki jo je sprejela in razglasila Generalna skupščina Združenih narodov 10. decembra 1948 z resolucijo št. 217 A (III);Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju: Evropska konvencija o človekovih pravicah) in Konvencijo št. 111 Mednarodne organizacije dela o diskriminaciji (zaposlovanje in delo), sprejeto 25. junija 1958.

6 – Ki jo je sprejel Evropski svet 9. decembra 1989 v Strasbourgu.

7 – Uvodni izjavi 6 in 8.

zaposlovanju in delu, zato da bi uresničevali načelo enakega obravnavanja.

7. V členu 2(1) je določeno: „V tej direktivi ‚načelo enakega obravnavanja' pomeni, da ne obstaja nikakršna neposredna ali posredna diskriminacija zaradi katerega od razlogov iz člena 1."

8. V skladu s členom 2(2)(a) „se šteje, da gre za neposredno diskriminacijo, kadar je, je bila ali bi bila oseba obravnavana manj ugodno kakor neka druga v primerljivi situaciji […]". Na podlagi člena 2(2)(b) „se šteje, da gre za posredno diskriminacijo, kadar je zaradi kakšne navidez nevtralne določbe, merila ali prakse neka oseba […] [med drugim] določene starosti […] v primerjavi z drugimi v slabšem položaju, razen če: (i) tako določbo, merilo ali prakso objektivno upravičuje legitimni cilj in je način uresničevanja tega cilja primeren in nujen […]".

9. Na podlagi člena 3(1) se Direktiva „uporablja za vse osebe, bodisi v javnem bodisi v zasebnem sektorju, vključno z javnimi telesi, kar zadeva […] (c) zaposlitev in delovne pogoje, vključno s […] plačilom".

10. Člen 6(1) ureja upravičenost različnega obravnavanja zaradi starosti:

„Ne glede na člen 2(2) lahko države članice predvidijo, da različno obravnavanje zaradi starosti ne predstavlja diskriminacije, če ga v kontekstu nacionalnega prava objektivno in razumno utemeljujejo z legitimnim ciljem, vključno z legitimnimi cilji zaposlovalne politike, delovnega trga in poklicnega usposabljanja, in če so načini uresničevanja tega cilja primerni in nujni."

V pododstavkih od (a) do (c) so navedeni primeri takega različnega obravnavanja. V posebnih okoliščinah vključujejo določitev posebnih pogojev za mlade osebe in starejše delavce, določitev minimalnih pogojev glede starosti, delovnih izkušenj ali delovne dobe in določitev najvišje starosti za zaposlitev.

11. Člen 6(2) državam članicam omogoča, da ne glede na člen 2(2) predvidijo, da določitev nekaterih s starostjo povezanih pogojev za sisteme poklicnega socialnega zavarovanja in uporaba merila starosti pri izračunu tveganja v okviru teh sistemov ne pomeni starostne diskriminacije, pod pogojem, da nima za posledico spolne diskriminacije.

12. V členu 18 je določeno, da morajo države članice prenesti Direktivo 2000/78 do 2. decembra 2003. Dovoljeno pa jim je bilo, da podaljšajo ta rok za tri leta glede določb Direktive, ki urejajo diskriminacijo zaradi starosti in invalidnosti. Nemčija je izkoristila to možnost in je morala te določbe zato prenesti v nacionalno pravo do 2. decembra 2006.

Izpodbijane smernice [8]

13. Tožena stranka v postopku v glavni stvari izvaja sistem poklicnega pokojninskega zavarovanja družbe Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH (v nadaljevanju: BSH). [9] V točki 6 smernic sistema (v nadaljevanju: Smernice) so določeni pogoji za starostno pokojnino. V točki 6(4) je določeno izplačilo pokojnine vdovi (vdovcu) zaposlenega, ki je umrl med trajanjem delovnega razmerja, če so izpolnjeni določeni pogoji. Izplačilo dajatev pa se ne opravi, če je „vdova (vdovec) več kot 15 let mlajša od nekdanjega zaposlenega […]“ (v nadaljevanju: klavzula o starostni razliki).

Postopek v glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

14. B. Bartsch, tožeča stranka v postopku v glavni stvari, je bila rojena leta 1965. Je vdova M. H. Bartscha, ki je bil rojen leta 1944 in umrl leta 2004, medtem ko je bil zaposlen v družbi BSH. Izpolnjevala je vse pogoje iz točke 6(4) Smernic za pridobitev vdovske pokojnine, razen klavzule o starostni razliki.

15. B. Bartsch je pri družbi BSH neuspešno uveljavljala pokojnino. Arbeitsgericht

8 – Smernice družbe Bosch-Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH z dne 1. januarja 1984 v različici z dne 1. aprila 1992.

9 – V teh sklepnih predlogih bom uporabljala okrajšavo BSH za toženo stranko v postopku v glavni stvari (Bosch-Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH) in družbo Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH.

(delovno sodišče) je zavrnilo njeno zahtevo, Landesarbeitsgericht (regionalno delovno sodišče) pa njeno pritožbo.

16. B. Bartsch je v pritožbi pri predložitvenem sodišču med drugim trdila, da klavzula o starostni razliki krši načelo enakega obravnavanja in je zato neveljavna.

17. Predložitveno sodišče meni, da B. Bartsch ne more uspeti na podlagi nacionalne zakonodaje. Čeprav nemška delovna zakonodaja vsebuje splošno načelo enakega obravnavanja, klavzula o starostni razliki zlasti temelji na utemeljenem razlogu, namreč omejitvi tveganj, ki se prevzamejo s prostovoljnim sistemom pokojninskega zavarovanja, in cilju količinsko bolj opredeliti ta tveganja. [10] Ti preudarki so tesno povezani s klavzulo o starostni razliki.

18. Predložitveno sodišče pa sprašuje, ali omejitve splošnega načela enakega obravnavanja v nemški delovni zakonodaji lahko vzdržijo ob upoštevanju načela prepovedi diskriminacije zaradi starosti, ki ga je določilo Sodišče v sodbi Mangold.

19. Predložitvenemu sodišču ni jasno, ali se splošno načelo prepovedi starostne diskriminacije na podlagi sodbe Mangold uporablja ne glede na to, ali so položaji povezani s pravom Skupnosti. Če je odgovor nikalen, želi pojasnilo, ali taka povezava izhaja iz člena 13 ES ali Direktive 2000/78, čeprav so dogodki, ki so pripeljali do vprašanj za predhodno odločanje, nastali pred iztekom roka za prenos te direktive. [11]

20. Predložitveno sodišče ugotavlja, da ker je bila sodba Mangold posledica spora med osebami zasebnega prava, se zdi, da se načelo uporablja „horizontalno“ za take spore. Vendar se je sodba Mangold nanašala na nacionalno zakonodajo, ki je zagotavljala izjemo od prepovedi starostne diskriminacije. Predložitveno sodišče sprašuje, ali se načelo uporablja horizontalno samo glede takih določb o odstopanju.

10 – V točki 107 teh sklepnih predlogov bom predlagala nekoliko drugačno razlago utemeljitve, ki jo je predlagalo predložitveno sodišče.

11 – To vprašanje bom preoblikovala v točki 27 spodaj.

21. Po mnenju predložitvenega sodišča, če se načelo uporablja, velja za umrlega zaposlenega, ne za preživelega družinskega člana. Meni, da lahko klavzula o starostni razliki povzroči posredno starostno diskriminacijo, ker verjetnost, da lahko škoduje zaposlenemu, narašča z njegovo starostjo. Če gre za tak primer, potem predložitveno sodišče meni, da je utemeljitev take klavzule, ki velja na podlagi nemške zakonodaje, tudi ustrezna na podlagi prava Skupnosti.

22. Nazadnje glede na naravo sistemov poklicnega pokojninskega zavarovanja in načela varstva pravno upravičenih pričakovanj predložitveno sodišče dvomi o obsegu retroaktivne veljavnosti splošnega načela prepovedi starostne diskriminacije.

23. Predložitveno sodišče zato Sodišče sprašuje:

„1. (a) Ali primarno pravo Evropskih skupnosti vsebuje prepoved diskriminacije zaradi starosti, katere varstvo morajo države članice zagotavljati tudi, kadar domnevno diskriminatorno obravnavanje ni povezano s pravom Skupnosti?

(b) Če bo odgovor na vprašanje (a) nikalen, ali taka zveza s pravom Skupnosti izhaja iz člena 13 ES ali – tudi pred iztekom roka za prenos – iz [Direktive 2000/78/ES]?

2. Ali se prepoved diskriminacije zaradi starosti, ki izhaja iz odgovora na vprašanje 1, uporablja tudi med zasebnimi delodajalci na eni strani in njihovimi zaposlenimi ali upokojenci ter njihovimi preživelimi družinskimi člani na drugi strani?

3. Če bo odgovor na vprašanje 2 pritrdilen:

(a) ali določba sistema poklicnega pokojninskega zavarovanja, v skladu s katero se vdovska pokojnina ne prizna preživelemu zakoncu, če je več kot 15 let mlajši od umrlega nekdanjega zaposlenega, spada na področje uporabe prepovedi diskriminacije zaradi starosti?

(b) Če bo odgovor na vprašanje 3(a) pritrdilen, ali je tako določbo mogoče upravičiti z dejstvom, da ima delodajalec interes omejiti tveganja, ki izhajajo iz sistema poklicnega pokojninskega zavarovanja?

(c) Če bo odgovor na vprašanje 3(b) nikalen, ali ima morebitna prepoved diskriminacije zaradi starosti neomejen retroaktivni učinek glede zakonodaje v zvezi s sistemi poklicnega pokojninskega zavarovanja ali je omejena za nazaj, in če je tako, na kakšen način?“

24. Družba BSH, Nemčija, Združeno kraljestvo in Komisija so predložili pisna stališča. Te stranke in Nizozemska so na obravnavi z dne 10. oktobra 2007 podale ustne navedbe.

25. Na zahtevo Združenega kraljestva je bila zadeva dodeljena velikemu senatu.

Vprašanje 1

26. Predložitveno sodišče z vprašanjem 1(a) v bistvu sprašuje, ali pravo Skupnosti vsebuje prepoved starostne diskriminacije, ki velja tudi, kadar domnevno diskriminatorno obravnavanje ni povezano s pravom Skupnosti.

27. Koristno je podati izčrpnejši odgovor na to vprašanje v treh fazah. Prvič, ali obstaja splošno načelo prava Skupnosti, ki posebej prepoveduje starostno diskriminacijo? Drugič, če obstaja, ali se lahko uporablja, tudi kadar položaj, ki je pripeljal do vprašanj, predloženih v predhodno odločanje, ne spada na področje uporabe prava Skupnosti (vprašanje 1(a))? Tretjič, ali položaj, ki je pripeljal do vprašanj, predloženih v predhodno odločanje, spada na področje uporabe prava Skupnosti (vprašanje 1(b))?

Sodba Mangold in njene predhodnice

28. Iz predložitvenega sklepa jasno izhaja, da vprašanja predložitvenega sodišča temeljijo na predpostavki, ki izhaja iz sodbe Sodišča v zadevi Mangold, da v pravu Skupnosti obstaja splošno načelo, ki prepoveduje starostno diskriminacijo.

29. Združeno kraljestvo izpodbija to predpostavko. Trdi, da niti mednarodni dokumenti niti ustavne tradicije držav članic ne zagotavljajo ustrezne podlage za priznavanje takega načela. Očitni namen pripravljavcev osnutka člena 13 ES, omogočiti zakonodajalcu Skupnosti, da določi ukrepe za boj proti, med drugim, starostni diskriminaciji, pomeni, da tako načelo ne obstaja. Družba BSH podobno dvomi o obstoju ustreznih virov za ugotovitev splošnega načela prepovedi starostne diskriminacije. Nemčija trdi, da bi sprejetje in izvajanje Direktive 2000/78 ob obstoju takega splošnega načela postalo odvečno. Nizozemska je na obravnavi zagovarjala pisna stališča Nemčije in Združenega kraljestva.

30. Sodišče je v sodbi Mangold poudarilo, da Direktiva 2000/78 sama ne določa načela enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu. Opredeljuje prej splošni okvir boja proti diskriminaciji zaradi katerega od razlogov iz Direktive, „pri čemer splošna prepoved teh oblik diskriminacije, kot to izhaja iz prve in četrte uvodne izjave direktive, izhaja iz različnih mednarodnih pogodb in ustavnih tradicij, skupnih državam članicam“. [12] Sodišče je nadaljevalo:

„(75) Prepoved diskriminacije zaradi starosti je tako treba obravnavati kot splošno načelo prava Skupnosti. Ko nacionalna ureditev kot ukrep prenosa Direktive 1999/70[[13]] […] preide na področje uporabe tega načela, kar je primer pri [zadevni nacionalni določbi,] mora Sodišče, če mu je bilo predloženo vprašanje za predhodno odločanje, predložitvenemu sodišču posredovati vse elemente razlage, ki jih to potrebuje za presojo združljivosti te ureditve s takim načelom […].

12 – Točka 74. Angleška različica besedila sodbe nepravilno navaja tretjo uvodno izjavo namesto prve.

13 – Direktiva Sveta 1999/70/ES z dne 28. junija 1999 o okvirnem sporazumu o delu za določen čas, sklenjenem med ETUC, UNICE in CEEP (UL L 175, str. 43).

(76) Posledično spoštovanje splošnega načela enakega obravnavanja, zlasti ne glede na starost, kot tako ne more biti odvisno od izteka roka, ki države članice zavezuje za prenos direktive, katere namen je opredeliti splošni okvir boja proti diskriminaciji zaradi starosti […].

31. Sodba Mangold je bila predmet določenih kritik s strani teorije. Kritike se na splošno nanašajo na to, da je Sodišče z inovativnim sklicevanjem na splošno načelo prava Skupnosti (samovoljno, brez utemeljenega razloga in v nasprotju z voljo zakonodajalca) razširilo področje uporabe direktive, [14] tako da je priznalo njen učinek pred iztekom njenega roka za prenos in v horizontalnih okoliščinah. [15] Posledično so številni komentatorji izrazili mnenje, da je Sodišče spodkopalo namen neposrednega učinka. [16] Poleg tega je bila sodba kritizirana tudi zato, ker je ustvarila položaj velike pravne negotovosti. [17]

(77) V teh okoliščinah nacionalno sodišče, pred katerim poteka pravni spor, ki vključuje načelo enakega obravnavanja ne glede na starost, v okviru svojih pristojnosti varuje pravice, ki jih pravo Skupnosti zagotavlja posamezniku, in zagotavlja njihovo popolno učinkovitost, s tem da ne uporabi nobene določbe nacionalnega prava, ki je v nasprotju z njim […].

32. Tudi štirje generalni pravobranilci so zavzeli stališče glede sodbe Mangold.

(78) […] Nacionalno sodišče v skladu s splošnim načelom enakega obravnavanja ne glede na starost ne sme uporabiti določb nacionalnega prava, ki so v nasprotju z njim, in sicer niti takrat, ko se rok za prenos navedene direktive še ni iztekel.“

14 – Glej na primer 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, str. od 25 do 28;O. Dubos, „La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives: de l'apostasie à l'hérésie?“, La semaine juridique, 2006, str. od 1295 do 1297;O. LeClerc, „Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire“, Recueil Dalloz, 2006, str. od 557 do 561;M. Nicolella, „Une application anticipée des directives non transposées?“, Gazette du palais, 2006, str. 22;E. Dubout, o sodbi „Mangold“ vRevue des affaires européennes, 2005, str. od 723 do 733;A. Masson in C. Micheau, „The Werner Mangold Case:An Example of Legal Militancy“,European Public Law, 2007, str. od 587 do 593;Editorial Comments, Common Market Law Review, 2006, str. od 1 do 8.

15 – Glej na primer K. Riesenhuber, Case Note v European Review of Contract Law, 2007, str. 62;J. Swift, „Pale, stale, male“, New Law Journal, 2007, str. od 532 do 534;Editorial Comments, Common Market Law Review, naveden zgoraj. Pritrdilno mnenje z vidika pravic je podal D. Schiek,„The ECJ Decision in Mangold:A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation“, Industrial Law Journal,2006, str. od 329 do 341.

16 – Glej na primer Cavallini, Dubos, Editorial Comments, Common Market Law Review, vsi navedeni v opombi 14.

17 – Glej na primer Swift, Cavallini, Nicolella, Dubout, Masson/Micheau, (navedeni v opombah 14 in 15);D. Martin, „L'arrêt Mangold – Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire?“, Journal des tribunaux du travail, 2006, str. od 109 do 116.

33. Generalni pravobranilec Geelhoed je v zadevi Chacón Navas [18] ugotovil morebitne večje ekonomske in finančne posledice zahtevkov za enako obravnavanje, ki bi temeljili na prepovedih iz člena 13 ES. Ni dopustno širiti razlage ukrepov, ki temeljijo na členu 13 ES, s sklicevanjem na besedilo „v mejah pristojnosti Skupnosti po [Pogodbi]“ iz tega člena, in še manj s sklicevanjem na splošno politiko enakosti. Tak pristop bi trčil ob odločitve držav članic, sprejete pri izvrševanju pristojnosti, ki so jih ohranile. Zato zagovarja ožjo razlago od tiste, ki jo je sprejelo Sodišče v sodbi Mangold.

34. V zadevi Lindorfer [19] sem predlagala, da je bila prepoved starostne diskriminacije, ki jo je Sodišče ugotovilo v sodbi Mangold, poseben izraz splošnega načela enakosti pred zakonom. Zato sem menila, da bi bilo sodbo Mangold bolje razumeti tako, da je bila diskriminacija zaradi starosti vedno prepovedana s splošnim načelom enakosti in da je Direktiva 2000/78 uvedla poseben, podroben okvir za obravnavanje, med drugim, te diskriminacije. To razlago, ki sem jo predlagala, bom pojasnila spodaj.

35. Generalni pravobranilec Mazák je sodbo Mangold obsežno grajal v zadevi Palacios de la Villa. [20] Ugotavlja, da mednarodni dokumenti in ustavne tradicije, na katere se sklicuje v sodbi Mangold, vsebujejo splošno načelo enakega obravnavanja, vendar je sklepanje o obstoju posebne prepovedi starostne diskriminacije dejansko pogumen sklep in precejšen premik. Splošno načelo enakosti *potencialno* pomeni prepoved diskriminacije iz katerega koli razloga, ki se lahko šteje za nesprejemljivega, tako da so posebne prepovedi poseben izraz splošnega načela enakosti. Je pa sklepanje o obstoju posebne prepovedi diskriminacije iz posebnih razlogov na podlagi splošnega načela enakega obravnavanja popolnoma druga stvar in razlogi za to so daleč od tega, da bi bili prepričljivi. Poleg tega niti člen 13 ES niti Direktiva 2000/78 nujno ne izražata že veljavne prepovedi vseh oblik diskriminacije, na katero se sklicujeta. V obeh primerih je bil namen bolj v tem, da se zakonodajalcu Skupnosti in držav članic prepusti ukrepanje v zvezi s tem. Zdi se, da tudi Sodišče to predlaga v sodbi Grant, [21] v kateri je ugotovilo, da takrat veljavno pravo Skupnosti ni zajemalo diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti.

36. Generalni pravobranilec Ruiz-Jarabo Colomer je pred kratkim v zadevi

18 – Zadeva C-13/05, ZOdl., str. I-6467, točke od 46 do 56 sklepnih predlogov.

19 – Zadeva C-227/04 P, ZOdl., str. I-6767, zlasti točke od 52 do 58 sklepnih predlogov.

20 – Zadeva C-411/05, ZOdl., str. I-8531, zlasti točke od87 do 97 in točke od 132 do 138 sklepnih predlogov.

21 – Zadeva C-249/96, Recueil, str. I-621.

Maruko [22] menil, da se „bistvena značilnost“ pravice prepovedi diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti razlikuje od tiste, ki jo je Sodišče pripisalo načelu prepovedi diskriminacije zaradi starosti v sodbi Mangold.

37. Sodišče je že izreklo sodbe v navedenih štirih zadevah. Kljub pripombam (ali ob morebitnem upoštevanju pripomb) generalnih pravobranilcev Sodišče ni v nobeni od teh zadev presojalo – niti omenilo – svoje odločitve v zadevi Mangold glede obstoja splošnega načela prava Skupnosti o prepovedi starostne diskriminacije.

38. Sodišče je v sodbi Lindorfer ponovno odprlo ustni postopek in razpisalo novo obravnavo, na kateri je stranke pozvalo, naj se izrečejo o, med drugim, področju uporabe načela prepovedi starostne diskriminacije pri izračunu aktuarskih vrednosti pri prenosu pravic, pridobljenih na podlagi nacionalnega sistema pokojninskega zavarovanja, na pokojninski sistem Skupnosti. Kljub temu je v zadevi odločilo le na podlagi spolne diskriminacije. Manj presenetljivo je, da je opustilo kakršno koli sklicevanje na starostno diskriminacijo v sodbah Chacón Navas in Maruko, ki sta se nanašali na diskriminacijo zaradi invalidnosti in spolne usmerjenosti.

39. Sodba Palacios de la Villa se je posebej nanašala na starostno diskriminacijo. Sodišče je v tej zadevi, prvič, ugotovilo, da je zadevna zakonodaja (v skladu s katero je prišlo do samodejnega prenehanja pogodbe o zaposlitvi delavca, ki je dopolnil upokojitveno starost, določeno s to zakonodajo) povzročala različno obravnavanje neposredno na podlagi starosti. Sodišče je dalje ugotovilo, da se je Direktiva 2000/78, katere rok za prenos se je bil že iztekel v času dejanskega stanja v postopku v glavni stvari, uporabljala za primer, ki je pripeljal do spora pred nacionalnim sodiščem. Zato je v zadevi lahko odločilo s sklicevanjem na to direktivo. Sodišče je razsodilo, da je bil ukrep objektivno in razumno utemeljen z legitimnim ciljem zaposlovalne politike in delovnega trga ter da je šlo za primeren in nujen način za uresničevanje tega cilja. Sodišče ni omenilo splošnega načela prepovedi starostne diskriminacije.

40. Pristop Sodišča v sodbi Palacios de la Villa, ki vsebuje presojo nacionalne zako-

22 – Zadeva C-267/06, ZOdl., str. I-1757, točka 78 sklepnih predlogov in v njih vsebovane opombe.

nodaje, ki izrecno določa neugodno obravnavanje zaradi starosti, z vidika Direktive 2000/78 in ugotovitev, da je to sprejemljivo, se zelo razlikuje od pristopa v sodbi Mangold, v kateri je Sodišče navedlo, da je nacionalno sodišče odgovorno za to, da ne uporabi kakršne koli določbe nacionalnega prava, ki je v nasprotju z načelom starostne diskriminacije.

41. Rok za prenos Direktive 2000/78 v obravnavani zadevi (kot v sodbi Mangold) se še ni bil iztekel v času dejanskega stanja v postopku v glavni stvari. Zato se Sodišču morebiti ponovno postavlja vprašanje, ali obstaja posebno načelo prava Skupnosti o prepovedi starostne diskriminacije.

Ali v pravu Skupnosti obstaja splošno načelo prepovedi starostne diskriminacije?

42. Splošno načelo enakosti je del temeljev Skupnosti.[23] Določbe o enakosti pred zakonom so v ustavnih tradicijah, ki so skupne državam članicam.[24] Splošne deklaracije o enakem obravnavanju so navedene tudi v številnih mednarodnih dokumentih.[25] Zlasti v Evropski konvenciji o človekovih pravicah, člen 14 (z naslovom: Prepoved diskriminacije), je določeno: „Uživanje pravic in svoboščin, določenih s to Konvencijo, je zagotovljeno vsem ljudem brez razlikovanja glede na spol, raso, barvo kože, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, narodnosti ali socialni izvor, pripadnost narodni manjšini, lastnino, rojstvo ali kakšne druge okoliščine“.[26] Splošno načelo enakosti je zato mogoče šteti za „splošno prepoved teh oblik diskriminacije [iz člena 13 ES]“ in to dejansko „izhaja iz različnih mednarodnih pogodb in ustavnih tradicij, skupnih državam članicam“.[27]

23 – Glej zadevo Cadman, C-17/05, ZOdl., str. I-9583, točka 28. Stavek se z manjšimi odstopanji ponavlja skozi celotno sodno prakso Sodišča, očitno od združenih zadev Ruckdeschel z dne 19. oktobra 1977 (117/76 in 16/77, Recueil, str. 1753, točka 7).

24 – Glej Poročilo Komisije za leto 1999 o zakonskih ukrepih držav članic na področju boja proti diskriminaciji, dostopno na spletni strani http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/reportmsdiscrimination_en.pdf.

25 – Glej opombo 5 zgoraj.

26 – Kot jasno izhaja iz stavka „določenih s to Konvencijo“, člen 14 ni samostojna določba, temveč se izvaja v povezavi z drugimi materialnimi pravicami, ki jih zagotavlja Konvencija. Protokol 12 pa ne vsebuje take samostojne prepovedi diskriminacije (od držav članic EU so le Ciper, Finska, Luksemburg, Nizozemska, Romunija in Španija ratificirale Protokol). Opozarjam, da ta diskriminacija zaradi starosti ni posebej navedena na nobenem od teh dolgih (vendar neizčrpnih) seznamov.

27 – Vse navedbe iz sodbe Mangold, navedene v opombi 2, točka 74. Besedilo „ustavnih tradicij, skupnih državam članicam“ se običajno uporablja kot podlaga za ugotovitev temeljnega načela prava Skupnosti (glej člen 6(2) EU, ki kodificira starejšo sodno prakso Sodišča).

43. Korenine kakršne koli jasne in posebne prepovedi diskriminacije zaradi starosti ne gredo tako daleč. Kot sem ugotovila v svojih sklepnih predlogih v zadevi Lindorfer, je taka posebna prepoved diskriminacije zaradi starosti na nacionalni in na mednarodni ravni preveč nova in neizenačena, da bi ustrezala takemu opisu. [28] Dejansko je Komisija že leta 1999 javno izrazila: „V državah članicah je zelo malo zakonodaje glede diskriminacije zaradi starosti“. [29]

44. Treba se je ustaviti pri vprašanju, zakaj naj bi bilo tako. Klasična formulacija načela enakosti, kot je Aristotelova: „podobne primere je treba obravnavati podobno“, [30] pušča odprto odločilno vprašanje o tem, katere vidike je treba šteti za upoštevne pri enakem obravnavanju in katere ne. [31] Katera koli skupna ljudi bo v določenih pogledih podobna, v drugih pa različna. Taka maksima, kot je Aristotelova, zato ostaja prazno pravilo, dokler se ne ugotovi, katere razlike so upoštevne za zadevne namene. Na primer, če grajamo zakon, ki rdečelasim prepoveduje vstop v restavracije, kot nepravičen, to temelji na predpostavki, da barva las ni pomembna za uživanje jedi v restavraciji. Zato je očitno, da se merilo upoštevne podobnosti in razlik razlikuje glede na temeljna moralna načela določenega posameznika ali družbe. [32]

45. Kratek zgodovinski pregled pokaže, da so trditve o „enakosti“, kadar so se presojale, pogostokrat pomenile prej „enakost obravnavanja, zlasti za tiste znotraj začaranega kroga“, kot „enakost obravnavanja nujno vsakogar v vseh upoštevnih pogledih“. V Periklejevih Atenah so lahko državljani polisov zahtevali pravico do enakega obravnavanja glede dostopa do pravnega varstva ali socialnega napredovanja; [33] vendar je pojem enakega obravnavanja izključeval enako obravnavanje državljanov z meteki [34] ali sužnji na teh področjih. Špartanska enakost – nekoliko drugačen model – je podobno

28 – Sklepni predlogi v zadevi Lindorfer, navedeni v opombi 19, točka 55, ki se sklicujejo na sodbo Mangold, navedeno v opombi 2, točka 74.

29 – Glej Poročilo Komisije o zakonskih ukrepih držav članic na področju boja proti diskriminaciji, navedeno v opombi 24, str. 70; glej tudi M. Sargeant (ur.), The Law on Age Discrimination in the EU (2008).

30 – Nicomachean Ethics, V.3. 1131a10-b15; Politics, III.9.1280 a8-15, III. 12. 1282b18-23.

31 – Glej tudi S Gosepath, „Equality“, v E. N. Zalta (ur.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy(Fall 2007 Edition), dostopen na spletni strani http://plato.stanford.edu/archives/fall2007/entries/equality/.

32 – Glej H. L. A. Hart, The Concept of Law(2. izd., 1994), str. od 159 do 163.

33 – Glej Periklejev nagrobni govor za padle Atence v prvem letu (pogubne) vojne proti Šparti: „Imamo tako državno ureditev, ki ne posnema zakonodaje drugih držav; ravno nasprotno, še drugim smo v zgled, ne pa, da bi bili oni nam. Po pravici imenujemo našo oblast ljudsko, ker ne izvira od posameznikov, temveč je v rokah ljudskih množic. V zasebnih stvareh uživa vsak enake pravice kot vsi drugi. Pri upravljanju države nima nobene prednosti tisti, ki pripada nekemu določenemu razredu, temveč vsak, ki je na nekem področju ugleden ter pokaže sposobnost. Kdor more kakorkoli koristiti državi, mu tudi neuglednost njegovega stanu, ki izvira morda iz revščine, ne dela ovir.“ (Tukidid, Peloponeška vojna, Druga knjiga, XXXV–XLVI, zlasti XXXVII, Državna založba Slovenije, Ljubljana, 1958).

34 – Tuji prebivalci, ki so uživali nekatere, vendar ne vse privilegije državljanstva.

izključevala Helote in sužnje.[35] Oba sta (seveda) izključevala ženske. Bližja našemu času je Deklaracija o neodvisnosti Združenih držav Amerike razglasila, da „se vsi ljudje rodijo enaki“,[36] vendar je bila potrebna državljanska vojna in dolgotrajne posledice, preden se je enako obravnavanje začelo dejansko širiti na potomce črnih sužnjev.[37] Diskriminacija zaradi vere se je zdela popolnoma naravna – celo na podlagi božje zapovedi – v pomembnem delu zgodovine Evrope in Sredozemlja.

46. Skratka, odgovora na vprašanji „koga zajema načelo enakega obravnavanja“ in „katere vidike ekonomskega, socialnega, političnega, državljanskega in osebnega življenja zajema to načelo“ nista nespremenljiva. Razvijata se z družbo. S tem pravo odseva to spremembo, kadar začne izrecno določati, da se določene oblike diskriminatornega obravnavanja, ki se prej niso opazile ali (če so se opazile) so se dopuščale, ne bodo več dopuščale. Take spremembe v pravu so podaljšek – nov in nadaljnji izraz – splošnega načela enakosti.

47. V sodbi Marshall I[38] je navedeno, da pravo ES od samega začetka ni štelo starosti za očiten sumljiv razlog za razlikovanje. Sodišče se je v tej zadevi soočilo s starostjo kot razlogom za prenehanje zaposlitve. Odgovorilo je z ugotovitvijo, da lahko imajo nekatere določbe Direktive 76/207, ki so zagotavljale enako obravnavanje glede pogojev za delo med spoloma, neposreden učinek in da čeprav Direktiva *ni* imela „horizontalnega“ neposrednega učinka, se je lahko M. H. Marshall nanjo sklicevala „vertikalno“, ker je bil njen delodajalec, toženi zdravstveni organ, izraz države. Ta dobro znana odločitev nakazuje na to, da se je razlikovanje na podlagi starosti (v nasprotju s spolom) v letu 1986 očitno štelo za upoštevno pri prenehanju zaposlitve in zato za sprejemljivo na podlagi splošnega načela enakosti prava ES. Če ne bi bilo tako, bi se M. H. Marshall

35 – Razred sužnjev v antični Šparti z vmesnim položajem med navadnimi sužnji in svobodnimi špartanskimi državljani.

36 – „Menimo, da so te resnice samoumevne: da se vsi ljudje rodijo enaki; njihov Stvarnik jih je obdaroval z določenimi neodtuljivimi pravicami; med katere sodijo pravica do življenja, svobode in iskanje sreče […]“ (Deklaracija o neodvisnosti, 4. julij 1776).

37 – Vrhovno sodišče Združenih držav Amerike je imelo pomembno vlogo pri ugotavljanju, da je nesprejemljivo diskriminirati zaradi rase. Glej na primer sodbo Brown proti Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1954), v kateri je vrhovno sodišče spremenilo svojo prejšnjo odločitev v sodbi Plessy proti Ferguson, 163 U.S. 537 (1896), v kateri je razsodilo, da so bile „ločene, ampak enake“ ustanove, skupaj s šolami, „za belo in črno raso“, ustavne. Le sodnik John Marshall Harlan je v zadnjenavedeni zadevi podal odklonilno mnenje, ker je menil, da je „ustava barvno slepa in ne pozna ter ne dopušča razslojevanja državljanov“.

38 – Sodba 152/84 v zadevi Marshall proti Southampton in South-West Hampshire Area Health Authority, Recueil, str. 723.

v utemeljitev svoje glavne trditve verjetno sklicevala na prepoved diskriminacije zaradi starosti.

48. Ko se pojavi morebitno (novo) področje uporabe načela, je naslednji naravni korak njegova podrobnejša določitev in vzpostavitev pravila za boj proti ugotovljeni diskriminaciji. [39]

49. Čeprav je nekatere položaje (ki vključujejo nekatere oblike odkrite, surove ali samovoljne starostne diskriminacije) mogoče obravnavati z uporabo načela enakega obravnavanja ne glede na starost v njegovi goli, preprosti obliki, pa je, kadar je položaj bolj zapleten in je ločnica med utemeljenim in neutemeljenim razlikovanjem bolj zabrisana, v okviru ukrepov za učinkovit boj proti diskriminaciji vendarle treba ustrezno opredeliti pojme. Člen 13 ES je pravna podlaga za zakonodajni ukrep na ravni ES za „boj“ proti različnim oblikam nesprejemljivega neenakega obravnavanja – med drugim diskriminaciji zaradi starosti. Tako omogoča zakonodajalcu Skupnosti, da podrobneje opredeli (med drugim) starostno diskriminacijo in da sprejme predpise za njeno odpravo.

50. Zato je v osnovi nepravilna katera koli trditev, da bi bila člen 13 ES ali Direktiva 2000/78 nepotrebna, če bi načelo prepovedi diskriminacije zaradi starosti že obstajalo. To je ravno *zaradi tega*, ker je glede načela enakosti sedaj priznano, da vključuje tudi enakost obravnavanja ne glede na starost, da taka določba o zakonodajnem pooblastilu, kot je člen 13 ES, *postane* potrebna in se pravilno uporablja kot podlaga za podrobne zakonodajne ukrepe.

51. Po drugi strani velja, da *podrobne* posebne prepovedi „diskriminacije na podlagi spola, rase ali narodnosti, vere ali prepričanja, invalidnosti, starosti ali spolne usmerjenosti“ niso mogle obstajati v času, ko je bil člen 13 ES vključen v Pogodbo ES. Če bi obstajale, bi dejansko obstajala nevarnost,

39 – Primerjaj R. Dworkin, Taking Rights Seriously (1977), str. od 22 do 28, ki opredeljuje razliko med pravili in načeli v povezavi z naravo smeri, ki jo kažejo. Načelo določa razlog, ki kaže v eno smer, vendar ne zahteva posebne odločitve. Pravilo določa pravne posledice, ki nastopijo samodejno, ko so izpolnjeni določeni pogoji. Nasprotno, pravila nimajo tolikšne teže, kot jo imajo načela – če si dve pravili nasprotujeta, enega ni mogoče uporabiti ali je neveljavno, medtem ko se lahko dve nasprotujoči si načeli tehtata eno nasproti drugemu.

da bi bil člen 13 ES nepotrebna določba.[40] Še manj bi lahko natanko v tistem trenutku skočile kvišku, oborožene do zob, kot Atene iz Zeusove glave.

52. Presoja, ki jo v tem primeru podajam, je podprta s podrobnejšo preučitvijo pooblastitvene določbe iz člena 13 ES.

53. Prvič, v členu 13 ES je določeno: „brez poseganja v druge določbe te pogodbe“ (in zato, *a fortiori*, v splošna načela, na katerih temelji pravo Skupnosti). Njegova uporaba kot pravne podlage za podrobnejše ukrepe za boj proti, med drugim, diskriminaciji zaradi starosti ne spodkopava splošnega načela enakosti. Prej omogoča učinkovitejši razvoj posebnega izraza tega splošnega načela.

54. Drugič, člen 13 ES pooblašča Svet, da „po posvetovanju z Evropskim parlamentom soglasno sprejme ustrezne ukrepe za boj proti diskriminaciji“ zaradi različnih posebnih razlogov. Sam ne opredeljuje teh vrst diskriminacije. Izhaja iz domneve, da žal obstajajo in jim je treba (odločno) nasprotovati. Enako Direktiva 2000/78 na podlagi člena 13 ES izhaja iz domneve, da nekatere oblike diskriminacije obstajajo. V nadaljevanju – ne s sklicevanjem na veljavne posebne prepovedi takih oblik diskriminacije, temveč prej (na splošno) na potrebo po spoštovanju temeljnih pravic – opredeljuje, kaj pomeni načelo enakega obravnavanja v določenih okoliščinah, kot potrebna predhodna sestavina za zagotavljanje spoštovanja načela.

55. Tretjič, zakonodajalec Skupnosti je izhajal iz ugotovitve, da direktive, sprejete na podlagi člena 13 ES, ne olajšujejo le uporabe prepovedi diskriminacije zaradi razlogov iz tega člena Pogodbe, ampak opredeljujejo tudi natančno področje uporabe teh prepovedi v določenih okoliščinah.[41] Po mojem mnenju to ne spodkopava predpostavke, da je temeljno načelo (da je treba prepovedati

40 – Svet bi lahko na podlagi člena 308 ES (prej člen 235) v povezavi s cilji Skupnosti iz člena 2 sprejel nadaljnje podrobnejše ukrepe za boj proti posebnim oblikam diskriminacje, ki so že prepovedane kot splošna načela prava Skupnosti. Države članice so očitno menile, da je bila potrebna posebna pravna podlaga v Pogodbi za tak ukrep in so jo pravilno zagotovile v obliki člena 13 ES.

41 – Za primerjavo glej Direktivo o rasni diskriminaciji, zlasti člena 2 (pojem diskriminacije) in 3 (področje uporabe).

diskriminacijo zaradi starosti) že nastalo. Pravzaprav se mi zdi, da se je – z vidika praktične uporabe prava – mogoče učinkovito boriti le proti zlu, ki je podrobno in posebej opredeljeno.

56. To je v bistvu zato, ker razlika med (sprejemljivim) različnim obravnavanjem in (nesprejemljivo) diskriminacijo [42] ne temelji na vprašanju, ali se ljudje obravnavajo različno, temveč na vprašanju, ali družba sprejema kot *utemeljena* merila, katerih uporaba ima za posledico različno obravnavanje, ali, nasprotno, na vprašanju, ali se štejejo za samovoljna. [43] Potrebna bo podrobna zakonodaja za ureditev tega vprašanja – opredeliti, ali je uporaba posebnih meril v posebnih okoliščinah sprejemljiva ali nesprejemljiva, in temu pripisati zavezujoč pravni učinek.

57. Zato se strinjam z mnenjem Sodišča v sodbi Mangold, da izvor načela – to je *zamisli*, da je sedaj nesprejemljivo diskriminirati zaradi katerega koli razloga iz člena 13 ES – ne temelji niti na Direktivi 2000/78 kot izvedbeni direktivi niti na členu 13 ES kot takemu, ampak ga je treba iskati v predhodnem času in drugje. [44]

58. V sklepnih predlogih v zadevi Lindorfer [45] sem predlagala, da je bila diskriminacija zaradi starosti vedno prepovedana s splošnim načelom enakosti, ki je del prava Skupnosti. Zdi se mi, da pravo Skupnosti od svojega začetka ne bi dejansko dopuščalo nekaterih razlikovanj na podlagi starosti. Predpostavimo, da bi država članica (na primer) v letu 1960 dovolila prosto gibanje delavcev iz drugih držav članic, razen tistih v starosti med 28 in 29 ter med 52 in 53 let. Taka (malo verjetna) ureditev bi zagotovo spadala na področje uporabe splošnega načela enakega obravnavanja, ki je vedno bil del prava Skupnosti. Razlikovanje med delavci bi se v skladu s tema povezanima starostnima obdobjema štelo za samovoljno in neutemeljeno.

42 – O tej terminološki razliki glej M. Bossuyt, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme (1976), str. od 7 do 27.

43 – Tako (na primer) stoji za načelom razlogovanja uporaba posebnih meril za razlikovanje med potencialnimi prejemniki in tako porazdelitev omejenih virov. Sprejemljiva so merila, ki se štejejo za utemeljena; drugim merilom se nasprotuje kot samovoljnim in nepravičnim. Kaj je utemeljeno, pa je določeno z mnenjem družbe v tem posebnem času in kraju. Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Poiaresa Madura, predstavljene 31. januarja 2008 v zadevi Coleman, C-303/06, točka 16, in moje sklepne predloge, predstavljene 24. aprila 2008 v zadevi Grunkin in Paul, C-353/06, točki 62 in 71; ter o elementu samovoljnosti in diskriminacije glej Bossuyta, navedenega v opombi 42, str. od 37 do 39 in od 97 do 128.

44 – Menim, da je prehod od zamisli do polne uveljavitve velikokrat verjetno bolj evolucijski kot posledica nekega „velikega poka". Na primer, težko bi bilo določiti točen trenutek nastanka načela med (na primer) letoma 1780 in 1807, ki je po zaslugi dela reformatorjev, kot so bili Peter Peckard, Thomas Clarkson in William Wilberforce, prišlo posebej do izraza v „Aktu o odpravi trgovine s sužnji" (47 Georgii III, Session 1, cap. XXXVI).

45 – Navedeni v opombi 19.

V vmesnih letih se je zgodilo to, da se je dojemanje družbe prikritih oblik različnega obravnavanja zaradi starosti spremenilo od nepremišljenega sprejemanja do podrobne preučitve.

59. Iz razlogov, ki sem jih navedla, se mi zato zdi, da bi bilo treba sodbo Mangold razlagati tako, da ugotavlja, da je diskriminacija zaradi starosti poseben izraz diskriminacije, ki jo prepoveduje splošno načelo enakosti obravnavanja, ki je dobro znano v pravu Skupnosti – načelo, ki je dejansko nastalo pred členom 13 ES in Direktivo 2000/78. Člen 13 ES nato odigra svojo vlogo s izrecnim priznavanjem določenih posebnih (novih) vrst diskriminacije in pooblastilom zakonodajalcu Skupnosti, da ukrepa za boj proti njim na poseben način in v posebnih okoliščinah.

60. Taka razlaga se tudi sklada z vlogo in sistematiko Direktive 2000/78.

61. Prvič, ta direktiva posebej ureja vprašanje boja proti diskriminaciji na podlagi, med drugim, starosti pri zaposlovanju in delu. [46] Očitno starostna diskriminacija lahko nastane v drugih okoliščinah; vendar te (še) niso urejene z izvedbeno direktivo na podlagi člena 13 ES.

62. Drugič, države članice so nedvomno predvidele, da bi bilo treba po izteku roka za prenos enako obravnavanje, *kot izhaja iz Direktive*, dejansko uporabiti „horizontalno“ „za vse osebe, bodisi v javnem bodisi v zasebnem sektorju, vključno z javnimi telesi“. [47]

63. Tretjič, čeprav Direktiva določa, kaj lahko pomeni načelo enakega obravnavanja glede zadev, ki spadajo na njeno področje uporabe, [48] in opredeljuje tudi neposredno in posredno diskriminacijo, [49] pa jasno določa, da razlikovanje na podlagi starosti pri

46 – Glej naslov, preambulo in člen 1.

47 – Člen 3(1).

48 – Člen 2(1).

49 – V členih 2(2)(a) in 2(2)(b). Formulacija teh določb upošteva ustaljeno sodno prakso Sodišča v zvezi s spolno diskriminacijo.

zaposlovanju in delu vedno *ne* pomeni nezakonite diskriminacije. Zato razlikuje „med upravičeno različnim obravnavanjem, zlasti tistim na podlagi legitimnih ciljev zaposlovalne politike, trga delovne sile in poklicnega usposabljanja, in diskriminacijo, ki mora biti prepovedana“. [50] Zato je odločilno, da določa vrsto posebnih pravil za ugotovitev meril, v okiru katerih bo različno obravnavanje zaradi (med drugim) starosti sprejemljivo (in zakaj).

64. Da je bil namen večplastni pristop glede prepovedi diskriminacije zaradi starosti, je poleg tega podkrepljeno z dejstvom, da je zakonodajalec Skupnosti izbral direktivo kot izvedbeni ukrep na podlagi člena 13 ES. Izvajanje z uredbo ima za posledico, da je predpis Skupnosti „v celoti zavezujoč in se neposredno uporablja v vseh državah članicah“. [51] Nasprotno pa je direktiva „za vsako državo članico, na katero je naslovljena, zavezujoča glede cilja, ki ga je treba doseči, vendar prepušča nacionalnim organom izbiro oblike in metod“. [52] Tak izvedbeni ukrep po svoji naravi omogoča posameznim državam članicam večjo stopnjo prožnosti.

65. V nadaljevanju bom zato predlagala, da splošno načelo enakosti deluje v določenih okoliščinah tako, da prepoveduje diskriminacijo na podlagi starosti, vendar da na začetku ni bilo ločenega, natančnega načela prava Skupnosti, ki je vedno prepovedovalo diskriminacijo zaradi starosti. Kljub temu bom nakazala, kako bi odgovorila na posamezna vprašanja, predložena v predhodno odločanje, če bi se navedeno izkazalo za napačno.

Ali se lahko (katero koli) splošno načelo prava Skupnosti uporablja, tudi kadar položaj, ki je pripeljal do vprašanj, predloženih v predhodno odločanje, ne spada na področje uporabe prava Skupnosti?

66. Na to vprašanje je mogoče odgovoriti precej enostavno. Vse stranke, ki so predložile stališča, [53] se strinjajo, da je odgovor

50 – Uvodna izjava 25 in podrobne materialne določbe člena 6(1).

51 – Člen 249 ES.

52 – *Ibid*. Glej poudarek Sodišča v zvezi s to razliko v zadevi Faccini Dori, C-91/92, Recueil, str. I-3325, točke od22 do 24, pri zavrnitvi predloga, da ima lahko direktiva tudi horizontalen neposredni učinek (tako da ni sprejelo predlogov treh generalnih pravobranilcev: generalnega pravobravnilca Van Gervena v zadevi Marshall II, C-271/91, Recueil, str. I-4367; generalnega pravobranilca Jacobsa v zadevi Vaneetveld, C-316/93, Recueil, str. I-763; in generalnega pravobravnilca Lenza v zadevi Faccini Dori).

53 – B. Bartsch Sodišču ni predložila pisnih stališč in ni bila zastopana na obravnavi.

nikalen. Sodišče lahko razlaga splošno načelo prava Skupnosti v okviru predhodnega odločanja le, kadar položaj, ki je pripeljal do vprašanj za predhodno odločanje, spada na področje uporabe prava Skupnosti. [54]

Ali položaj v postopku v glavni stvari spada na področje uporabe prava Skupnosti?

67. Družba BSH, Nemčija, Nizozemska in Združeno kraljestvo trdijo, da niti na podlagi člena 13 ES niti na podlagi Direktive 2000/78 pred iztekom roka za prenos ni bilo mogoče spraviti položaja, ki je pripeljal do vprašanj za predhodno odločanje, na področje uporabe prava Skupnosti. Člen 13 ES je zgolj pooblastitvena določba brez neposrednega učinka. Če bi bil ta člen sposoben zagotoviti potrebno zvezo, bi v bistvu sam neposredno prepovedoval starostno diskriminacijo in bil tako v nasprotju s svojimi izrecnimi določbami. Kar zadeva Direktivo 2000/78, rok za prenos in dejansko sama narava direktive pomenita, da ni zagotovljena vez s pravom Skupnosti pred koncem tega obdobja. Učinki direktive v obdobju za njen prenos so omejeni na to, da preprečujejo državam članicam sprejetje nasprotnih določb. [55] Direktiva pa v tem obdobju ne razširi področja uporabe prava Skupnosti. Tak učinek bi spodkopal odločitev zakonodajalca. Nazadnje zadevna klavzula o starostni razliki v obravnavani zadevi, drugače kakor sporna nacionalna pravila v sodbi Mangold, ni prenesla določbe Skupnosti niti ni bila sprejeta v obdobju za prenos Direktive 2000/78.

68. Komisija zatrjuje nasprotno. Ugotavlja, da je Sodišče v položajih, ki se nanašajo na diskriminacijo na podlagi državljanstva glede svoboščin Pogodbe, razlagalo področje uporabe prava Skupnosti zelo široko, čeprav se strinja s tem, da obravnavana zadeva nima nikakršne zveze s svoboščinami ali tako diskriminacijo. Po njenem mnenju dejstvo, da je člen 13 ES pooblastitvena določba, temu členu ne preprečuje zagotavljanja potrebne vezi s pravom Skupnosti. Sodišče je

54 – Glej na primer zadevo Defrenne III, 149/77, Recueil, str. 1365, točki 27 in 30, in zadevo Kremzow, C-299/95, Recueil, str. I-2629, točka 15. O splošnem načelu enakosti in prepovedi diskriminacije glej zadevo Caballero, C-442/00, Recueil, str. I-11915, točki 30 in 32, in sodbo Chacón Navas, navedeno v opombi 18, točka 56. Glej tudi sodbo Mangold, navedeno v opombi 2, točka 75.

55 – Sodišče je v zadevi Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Recueil, str. I-7411, ugotovilo, da člen 10(2) ES in člen 249(3) ES zahtevata, da se morajo države članice v obdobju za prenos vzdržati sprejetja določb, ki bi lahko resno ogrozile cilj, ki ga določa ta direktiva (točka 45) (glej po analogiji zadevo Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, C-138/05, ZOdl., str. I-8339, točka 42 in točke od 60 do 63 mojih sklepnih predlogov v tej zadevi). Poleg tega nacionalna sodišča v obdobju za prenos ne smejo razlagati notranjega prava tako, da bi lahko po izteku roka za prenos resno ogrozila dosego cilja te direktive. Ta obveznost pa je omejena s splošnimi načeli prava, zlasti z načelom pravne varnosti in prepovedi retroaktivnosti, in ne more biti podlaga za razlago nacionalnega prava *contra legem* – zadeva Adeneler in drugi, C-212/04, ZOdl., str. I-6057, točke od 119 do 123.

v sodbi Saldanha [56] ugotovilo, da je na podlagi pooblastitvene določbe Pogodbe [57] nacionalna določba prešla v področje uporabe Pogodbe. [58]

69. Kot prvo moram poudariti, da splošna načela prava Skupnosti, čeprav so temeljna za pravilno delovanje prava ES, ne delujejo v abstraktnem smislu. [59] Nacionalni ukrepi se lahko presodijo predvsem na podlagi njihove skladnosti s temi splošnimi načeli le, kadar spadajo na področje uporabe prava Skupnosti. [60] Da bi šlo za tak primer, mora zadevna določba nacionalnega prava [61] na splošno spadati v eno od naslednjih treh kategorij: mora izvajati pravo Skupnosti (ne glede na stopnjo diskrecijske pravice, ki jo ima država članica, in ne glede na to, ali nacionalni ukrep presega tisto, kar je nujno potrebno za prenos); [62] mora se sklicevati na nekatere dovoljene izjeme na podlagi prava ES; [63] oziroma mora sicer spadati na področje uporabe prava Skupnosti, ker se za položaj uporablja posebno materialno pravilo prava ES. [64]

70. Zadevna nacionalna pravila v sodbi Mangold so bila ukrepi javnega prava, ki jih je posebej sprejela zadevna država članica (Nemčija), da bi izpolnila obveznost prava Skupnosti (prenos Direktive 1999/70). Rok za prenos te direktive se je bil že davno iztekel. Zato je obstajal okvir upoštevnih pravil prava Skupnosti – Direktiva 1999/70 in ukrepi za njeno izvajanje v nacionalno pravo –, za katera bi se lahko uporabilo splošno načelo enakega obravnavanja (skupaj z enakim obravnavanjem ne glede na starost).

56 – Zadeva C-122/96, Recueil, str. I-5325, točka 23.

57 – Člen 54(3)(g) Pogodbe ES (zdajčlen 44(2)(g) ES).

58 – Komisija se o Direktivi 2000/78 ni izrekla.

59 – Glej tudi T. Tridimas, The General Principles of EU Law (2. izd., 2006), str. od 36 do 42;in 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, str. od 23 do 35.

60 – Glej na primer zadevo Demirel proti Stadt Schwäbisch Gmünd, 12/86, Recueil, str. 3719, točka 28; in sodbo Kremzow, navedeno v opombi 54, točke od 15 do 19.

61 – Z „določbo nacionalnega prava“ imam v mislih pravilo javnega prava ali (če upoštevno pravilo javnega prava le prenaša normativne pristojnosti na kvazijavne ali -zasebne organe) pravilo, ki v bistvu izhaja iz javnega prava in katerega socialne in politične odločitve se lahko štejejo, da izražajo smernice, ki jih določijo javni organi držav članic (glej podrobno presojo Sodišča v zadevi Foster proti British Gas, C-188/89, Recueil, str. I-3313, točka 22, ki določa pogoje, v katerih se organ šteje za del „države“ pri vertikalnih neposrednih učinkih).

62 – Glej na primer zadevo Eridania proti Ministry for Agriculture and Forestry, 230/78, Recueil, str. 2749, točka 31; zadevo Zuckerfabrik Franken proti Nemčiji, 77/81, Recueil, str. 681, točke od22 do 28; združeni zadevi Klensch, 201/85 in 202/85, Recueil, str. 3477, točki 10 in 11; zadevo Wachauf proti Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, 5/88, Recueil, str. 2609, točke od 17 do 22; in združeni zadevi Booker Aquaculture in Hydro Seafood, C-20/00 in C-64/00, Recueil, str. I-7411, točke od88 do 93.

63 – Glej na primer zadevo ERT, C-260/89, Recueil, str. I-2925, točke od41 do 45, in zadevo Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags – und vertriebs GmbH proti Bauer Verlag, C-368/95, Recueil, str. I-3689, točka 24.

64 – Glej na primer zadevo Karner, C-71/02, ZOdl., str. I-3025, točke od48 do 53 (potencialno oviranje trgovine znotraj Skupnosti); zadevo Komisija proti Združenemu kraljestvu, 804/79, Recueil, str. 1045, točke od23 do 30 (države članice, ki delujejo kot skrbniceSkupnosti na področju, ki je v izključni pristojnosti Skupnosti); in združene zadeve Garage Molenheide in drugi proti Belgiji C-286/94, C-340/95, C-401/95 in C-47/96, Recueil, str. I-7281, točke od 45 do 48 (ukrepi, ki jih sprejmejo države članice ob izvrševanju pristojnosti v zvezi z DDV).

71. S tega vidika je lažje razumeti ključne točke sodbe Sodišča v zadevi Mangold. Sodišče je po ugotovitvi, da splošno načelo enakosti vključuje prepoved starostne diskriminacije,[65] najprej spomnilo na svojo dolžnost, da mora „predložitvenemu sodišču posredovati vse elemente razlage, ki jih to potrebuje za presojo združljivosti [nacionalne] ureditve s takim načelom“, ko „[ta] ureditev preide na področje uporabe prava Skupnosti“.[66] Zadevna nacionalna pravila so bila „ukrep prenosa Direktive 1999/70“.[67] Zato spadajo na področje uporabe prava Skupnosti in tudi zagotavljajo nekaj, na kar bi bilo mogoče opreti splošno načelo enakosti – v tem primeru prepoved (samovoljne) starostne diskriminacije.

72. Ker so splošna načela temeljnega pomena za celoten sistem prava Skupnosti, je nato ugotovilo, da „spoštovanje splošnega načela enakega obravnavanja, zlasti ne glede na starost, kot tako ne [bi moglo] biti odvisno od izteka roka, ki države članice zavezuje za prenos [Direktive 2000/78]“.[68] Njen „namen je [bil le] opredeliti splošni okvir boja proti diskriminaciji zaradi starosti“.[69] V posebnih okoliščinah zadeve Mangold pa je bilo mogoče uporabiti splošno načelo brez podrobnejše opredelitve nacionalnih pravil za izvajanje Direktive 1999/70. Zato je bila naloga nacionalnega sodišča, da uporabi temeljno načelo v zadevi, o kateri je odločalo, in da po potrebi razveljavi pravila nacionalnega prava, da se zagotovi učinkovito varstvo.[70]

73. V obravnavani zadevi *ne* obstaja ustrezno posebno materialno pravilo, ki bi urejalo položaj, v katerem bi se bilo mogoče opreti na splošno načelo enakosti. V nasprotju z zadevo Mangold ne obstajajo nacionalna pravila za izvajanje direktive, katere rok za prenos se je že iztekel. Ne obstaja nobena upoštevna določba Pogodbe ali druga sekundarna zakonodaja Skupnosti. Obstajata le člen 13 ES[71] (ki je pooblastitvena določba brez neposrednega učinka) in Direktiva 2000/78 (katere

65 – Točka 74.

66 – Oba navedka iz točke 75.

67 – *Ibid*.

68 – Točka 76.

69 – *Ibid*.

70 – Točki 77 in 78. Pravilo učinkovitega varstva, na katerose sklicujem v tej zadevi, sega v zadevo Simmenthal, 106/77, Recueil, str. 629, in je bilo potrjeno v zadevi Factortame, C-213/89, Recueil, str. I-2433.

71 – V nasprotju s tem, kar trdi Komisija, se položaj v obravnavani zadevi razlikuje od tistega v sodbi Saldanha, navedeni v opombi. V tej zadevi je Sodišče razsodilo, da pravila, ki v okviru prava družb težijo k varstvu interesov delničarjev, sodijo v področje uporabePogodbe in zato velja zanje prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva. To je bilo zato, ker člen 44(2)(g) ES „pooblašča Svet in Komisijo, da za namene uveljavljanja svobode ustanavljanja usklajujeta, kolikor je to potrebno, zaščitne ukrepe, ki jih od družb ali podjetij iz drugega odstavka člena [48 ES] za zaščito interesov družbenikov in tretjih zahtevajo države članice, zato da bi te zaščitne ukrepe izenačili v vsej Skupnosti“ (točka 23). To navedbo je treba razlagati v okviru celotnega poglavja Pogodbe ES o svobodi ustanavljanja (naslov III, poglavje 2), kot tudi, do izreka sodbe Saldanha (1997), širokega zakonodajnega okvira direktiv – glej na splošno V. Edwards, EC Company Law (1999), in zlasti o področju uporabe člena 44(2)(g) ES str. od 5 do 9.Ta položaj se očitno razlikuje od tistega v obravnavani zadevi.

rok za prenos je v času dejanskega stanja v postopku v glavni stvari še tekel in se zato ne uporablja).

74. V teh okoliščinah se ni mogoče sklicevati na splošno načelo enakosti, da bi se *ustvarilo* veljavno materialno pravilo prava Skupnosti in da bi se ugotovilo, kako se slednje uporablja.

75. Zato menim, da ne obstaja posebno materialno pravilo prava Skupnosti, ki bi lahko bilo podlaga za uporabo splošnega načela enakosti za položaj, ki je pripeljal do vprašanja za predhodno odločanje. V tem smislu bi odgovorila na vprašanje 1(b).

76. Moja presoja tega vprašanja bi bila enaka, če bi v nasprotju s tem, kar sem navedla zgoraj, obstajalo posebno načelo prava Skupnosti, ki bi prepovedovalo diskriminacijo zaradi starosti (namesto splošnega načela enakega obravnavanja, ki vključuje enako obravnavanje ne glede na starost).

77. Po mojem mnenju zgornja presoja zadostuje za odgovor nacionalnemu sodišču. V nadaljevanju teh sklepnih predlogov bom zato podredno preučila vprašanji 2 in 3 (če bo Sodišče prišlo do drugačnega zaključka pri vprašanju 1).

Vprašanje 2

78. Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali se lahko prepoved starostne diskriminacije, ki jo je Sodišče ugotovilo v sodbi Mangold, uporablja horizontalno. [72]

72 – Neprimerno se mi zdi uporabljati izraz „neposredni učinek“ (vertikalni ali horizontalni) za opisovanje učinka splošnega načela prava Skupnosti. „Neposredni učinek“ v členu Pogodbe ali določbi direktive pomeni, da se lahko posameznik sklicuje na jasno, določno in nepogojno pravno besedilo Skupnosti, da bi se razveljavila nasprotujoča določba nacionalnega prava (ali da bi se zapolnila praznina). Nasprotno se splošno načelo prava Skupnosti uporablja za vrsto pravnih pravil in vpliva na njihovo razlago. Včasih to lahko pomeni, da je določena razlaga nedopustna. Vendar splošno načelo kot tako ne nadomešča veljavnega zakonodajnega besedila. Po mojem mnenju zato ne „učinkuje neposredno“, čeprav nedvoumno lahko, in včasih dejansko, vpliva na pravilno pravno presojo.

Ali se lahko splošna načela prava Skupnosti uporabljajo horizontalno?

80. Vprašanje je, ali se *katero koli* splošno načelo Skupnosti uporablja ali bi se lahko uporabljalo *horizontalno*.

79. V skladu z ustaljenim pravom Skupnosti se je mogoče sklicevati na splošna pravna načela *vertikalno* nasproti državi. Tako je na primer Sodišče razsodilo, da je pravo Skupnosti nasprotovalo različnim nacionalnim ukrepom, ker niso bili v skladu s splošnim načelom enakega obravnavanja [73] ali s posebnimi pojavnimi oblikami tega načela, kot so prepoved diskriminacije zaradi državljanstva v različnih okoliščinah, [74] spoštovanje temeljnih pravic, [75] načelo varstva legitimnih pričakovanj [76] in načelo sorazmernosti. [77]

81. Sodišče je v sodbi Bostock razsodilo, da načelo enakega obravnavanja v položaju, ki je izhajal iz Skupnostne ureditve mlečnih kvot, ni moglo povzročiti retroaktivne spremembe razmerja med strankama najemne pogodbe, med drugim, z neposrednim učinkom. [78] V sodbi Otto je razsodilo, da varstvo proti priznanju kršitve skupnostnih pravil o konkurenci, kot del posameznikovih pravic obrambe, ne velja v razmerju med dvema zasebnima subjektoma. [79]

82. Menim, da ti sodbi nujno ne ugotavljata, da splošnih načel prava Skupnosti ni mogoče nikoli uporabljati horizontalno. Če bi se v zadevi Bostock uporabilo načelo enakega

73 – Glej na primer sodbi Klensch in Wachauf, obe navedeni v opombi 62 (obe se nanašata na skupno ureditev trga za mleko in mlečne izdelke); zadeve, ki jih je navedel generalni pravobranilec Tizzano v opombi 27 sklepnih predlogov v zadevi Mangold, navedeni v opombi 2; in sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott, predstavljene 13. decembra 2007 v zadevi Marks & Spencer C-309/06 (vračila DDV).

74 – Glej na primer zadevo Gravier, 293/83, Recueil, str. 593 (dostop do poklicnega usposabljanja); zadevo Blaizot, 24/86, Recueil, str. 379 (dostop do univerzitetne izobrazbe); zadevo Komisija proti Belgiji, 42/87, Recueil, str. 5445 (dodatki za šolanje); združeni zadevi Phil Collins, C-92/92 in C-326/92, Recueil, str. I-5145 (pravice intelektualne lastnine); in zadevoData Delecta, C-43/95, Recueil, str. I-4661 (sodni postopki).

75 – Glej na primer zadeve Johnston, 222/84, Recueil, str. 1651 (učinkovit sodni nadzor v okviru „delovnih pogojev“ kot upravičenost različnega obravnavanja moških in žensk); Wachauf, navedeno v opombi 62 (lastninska pravica v okviru skupne ureditve trga za mleko in mlečne izdelke); in zadevo-Carpenter, C-60/00, Recueil, str. I-6279 (pravica do spoštovanja družinskega življenja v okviru morebitnih omejitev svobode opravljanja storitev).

76 – Glej na primer zadevo Marks & Spencer, C-62/00, Recueil, str. I-6325 (legitimna pričakovanja v okviru novega nacionalnega zastaralnega roka, v katerem je mogoče zahtevati povračilo zneskov, plačanih v nasprotju s pravom Skupnosti).

77 – Glej na primer združene zadeve Testa, 41/79, 121/79 in 796/79, Recueil, str. I-1979 (diskrecijska pravica države članice, da podaljša rok za upravičenost do dajatev za brezposelnost na podlagi člena 69(2) Uredbe št. 1408/71; in Garage Molenheide, navedeno v opombi 64.

78 – Zadeva C-2/92, Recueil, str. I-955, točka 24. Za komentar sodbe Bostock in na splošno glede uporabe splošnih načel za posameznike glej Tridimasa, navedeno v opombi 59, str. od 47 do 50.

79 – Zadeva C-60/92, Recueil, str. I-5683, točka 16.

obravnavanja, bi se omogočilo retroaktivno učinkovanje nacionalnega predpisa (in tako kršila druga temeljna načela).[80] Namen načela, na katero se sklicuje sodba Otto, je varstvo posameznika proti upravnim ali kazenskim sankcijam. Kadar postopki med posamezniki ne bi mogli, niti posredno, povzročiti takih posledic, bi bilo varstvo brezpredmetno.[81]

83. Če se ta splošna načela uporabljajo vertikalno, omogočajo posameznikom, da uveljavijo temeljne pravice nasproti državi. Vendar, če se sklicevanje na take pravice omeji na vertikalne položaje, to lahko povzroči enako (včasih umetno) razlikovanje med javnim in zasebnim sektorjem, kot je po navadi v primeru direktiv.[82]

84. Poleg tega je Sodišče včasih priznalo, da se lahko splošno načelo enakega obravnavanja uporablja horizontalno, kadar je vključeno v materialni člen Pogodbe. Tako je v sodbi Walrave in Koch razsodilo, da prepoved diskriminacije zaradi državljanstva iz sedanjih členov 12 ES, 39 ES in 49 ES ni veljala le za ukrepe javnih organov, ampak tudi za pravila zasebnih organizacij, katerih namen je kolektivno urediti pridobitno delo in opravljanje storitev, in da se je pravilo prepovedi diskriminacije uporabljalo pri presoji vseh pravnih razmerij znotraj Skupnosti.[83] Sodba Walrave in Koch se je nanašala na zasebno združenje, ki je imelo regulativno funkcijo in ki ga je bilo zato mogoče enačiti z izrazom države. Sodišče je šlo dlje v sodbi Angonese, ki se je nanašala na dostop do zaposlitve v zasebni banki, in razsodilo, da „je treba šteti, da se prepoved diskriminacije zaradi državljanstva, določena v [členu 39 ES,] uporablja za posameznike“.[84]

85. Sodišče je v sodbi Mangold uporabilo splošno načelo enakega obravnavanja (skupaj

80 – Glej točko 37 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Gulmanna.

81 – Glej sodbo Otto, navedeno v opombi 79, točka 17.

82 – Nekatere, vendar ne vse, utemeljitve za in proti horizontalnemu učinku direktiv se lahko uporabljajo za splošna načela. Za razpravo o teh utemeljitvah glej S. Prechal, Directives in EC Law (2. izd., 2005), str. od 255 do 261.

83 – Zadeva 36/74, Recueil, str. 1405, točki 17 in 18. Glej tudi zadevo Viking, C-438/05, ZOdl., str. I-10779, točke od 33 do 38 in od 57 do 66; in zadevo Laval, C-341/05, ZOdl., str. I-11767, točke od 86 do 111, v kateri je Sodišče razsodilo, da se člena 43 ES in 49 ES uporabljata med sindikalnimi in zasebnimi podjetji. V zadevi Viking se ni izrecno sklicevalo na prepoved diskriminacije iz člena 43 ES. V zadeviLaval pa je opozorilo na svojo sodno prakso, v skladu s katero se „člen 12 ES, ki povzema splošno načelo prepovedi diskriminacije zaradi državljanstva, samostojno uporablja le v položajih, ki jih ureja pravo Skupnosti, za katere pa Pogodba ne določa posebnega pravila prepovedi diskriminacije […]. Kar pa zadeva svobodno opravljanje storitev, je to načelo izvedeno in konkretizirano v členu 49 ES […]“ (točki 54 in 55).

84 – Zadeva C-281/98, Recueil, str. I-4139, točka 36.

z enakim obravnavanjem ne glede na starost) v zasebnem sporu med posamezniki, čeprav je bil urejen z nacionalnimi pravili javnega prava, ki so bila sprejeta za izpolnitev obveznosti prava Skupnosti (Direktiva 1999/70). Zato se mi zdi, da moramo biti previdni pri izključevanju možnosti, da se lahko splošno načelo prava Skupnosti v določenih okoliščinah uporablja horizontalno.

Horizontalna uporaba v obravnavani zadevi?

86. Navedla se že, da po mojem mnenju položaj, ki je pripeljal do vprašanj, predloženih v predhodno odločanje, ne spada na področje uporabe prava Skupnosti. [85]

87. V teh okoliščinah menim, da splošnega načela enakosti, in še posebej enakega obravnavanja ne glede na starost, kot ga je ugotovilo Sodišče v sodbi Mangold, ni mogoče uporabljati horizontalno. S tem *dopuščam*, da se lahko tako načelo uporablja (vertikalno in horizontalno), kolikor gre za poseben okvir prava Skupnosti. [86]

88. Vendar kadar ne obstaja tak okvir, kot v obravnavani zadevi, ni ničesar, na kar bi bilo mogoče opreti splošno načelo enakosti in še posebej enakega obravnavanja ne glede na starost. Zato ga ni mogoče uporabljati (vertikalno in horizontalno), razen če in dokler zakonodajalec Skupnosti ne sprejme potrebnih podrobnih ukrepov na podlagi člena 13 ES in do izteka katerega koli roka za prenos. Ko se bo to zgodilo, se bo splošno načelo – kot je navedel generalni pravobranilec Mazák [87] – prej uporabljalo pri razlagi izvedbene zakonodaje kot delovalo samostojno.

89. Tako je za natančen način, na katerega se država članica odloči uporabiti izjemo od prepovedi starostne diskriminacije iz člena 6(1) Direktive 2000/78, v teh okoliščinah seveda določen nadzor Sodišča na podlagi splošnega načela enakosti in še posebej enakega obravnavanja ne glede na starost. Ta nadzor zagotavlja, da socialne in politične odločitve, ki jih sprejme država članica,

85 – Glej točke od 67 do 75.

86 – Glej razpravo v točkah od 69 do 76 zgoraj. Po mojem mnenju je v zadevi Mangold šlo za tak primer.

87 – V točki 136 sklepnih predlogov v zadevi Palacios de la Villa, navedeni v opombi 20.

padejo med izjeme in zato v okvir diskrecijske pravice držav članic. [88]

90. Strinjam se tudi z Združenim kraljestvom, da ni primerno pričakovati od zasebnega delodajalca, da brez navodil sprejme socialne in politične odločitve, ki stojijo za izjemo iz člena 6(1). Država članica je izključno pristojna sprejeti te odločitve in prevzeti odgovornost zanje.

91. Takoj dodajam, da ko država članica prenese Direktivo 2000/78, bo za pravila, ki jih sprejme s svojo zakonodajo, in uporabo teh pravil s strani posameznega delodajalca v okviru njegovih sporazumov zasebnega prava z zaposlenimi, veljal sodni nadzor nacionalnih sodišč in po potrebi Sodišča. Iz člena 3(1) Direktive 2000/78 nedvomno izhaja, da se bo splošno načelo enakosti in še posebej enakega obravnavanja ne glede na starost, ki deluje prek Direktive, uporabljalo „za vse osebe, bodisi v javnem bodisi v zasebnem sektorju, vključno z javnimi telesi, kar zadeva […] (c) zaposlitev in delovne pogoje, vključno s […] plačilom“.

92. Na podlagi te presoje se bo z iztekom roka za prenos Direktive 2000/78 [89] dejansko mogoče sklicevati „horizontalno“ na splošno načelo enakosti in še posebej enakega obravnavanja ne glede na starost *prek* Direktive 2000/78brez potrebe po katerem koli drugem elementu, na podlagi katerega bi bilo mogoče spraviti delovno razmerje v področje uporabe prava Skupnosti. Odločitve, ki so jih države članice sprejele pri prenosu te direktive, bo treba presoditi ob upoštevanju tega.

93. Zato predlagam, naj (če bo potrebno) Sodišče pri odgovoru na drugo vprašanje nacionalnega sodišča razsodi tako, da splošnega načela enakosti in še posebej enakega obravnavanja ne glede na starost ni mogoče

88 – Države članice imajo „nesporno široka pooblastila pri izbiri ukrepov, s katerimi lahko uresničijo svoje cilje na področju socialne politike in zaposlovanja“ – glej sodbi Mangold, navedeno v opombi 2, točka 63, in Palacios de la Villa, navedeno v opombi 20, točka 68. Sodišče je v zadevi Mangold ugotovilo, da zadevni ukrepi niso ustrezali načelu sorazmernosti (točka 65). V zadevi Palacios de la Villa pa je menilo, da ni bilo nerazumno, da so nacionalni organi presodili, da je lahko sporni ukrep nujen in primeren (točka 72).

89 – Za Nemčijo se je iztekel 2. decembra 2006; glej točko 12.

uporabljati med zasebnimi delodajalci po eni strani in delavci ali upokojenci ter njihovimi preživelimi družinskimi člani po drugi strani kot podlago za izpodbijanje pravila zasebnega prava, ki ni bilo sprejeto za izpolnitev obveznosti prava Skupnosti, ali da bi se izkoristila izjema na podlagi prava Skupnosti in kadar ne obstaja materialno pravilo prava Skupnosti, ki se sicer uporablja.

Vprašanje 3

Presoja na podlagi splošnega načela prepovedi starostne diskriminacije

Vprašanje 3(a)

94. Predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali taka določba, kot je klavzula o starostni razliki v sistemu poklicnega pokojninskega zavarovanja, spada na področje uporabe splošnega načela enakosti in še posebej enakega obravnavanja ne glede na starost.

95. Obstajata dve možnosti za presojo tega vprašanja. Po eni strani, katere vrste s starostjo povezane diskriminacije zajema splošno načelo enakosti in še posebej enakega obravnavanja ne glede na starost? Po drugi strani, kaj je imel zakonodajalec Skupnosti namen zajeti z načelom enakega obravnavanja ne glede na starost, ki je določeno v Direktivi 2000/78?

96. Prvo vprašanje je, ali splošno načelo zajema relativno in absolutno starost. Odgovor na to vprašanje je odvisen od tega, kaj se razume pod „diskriminacijo zaradi relativne starosti“. Pojem je mogoče razumeti tako, da zajema le manj ugodno obravnavanje A (posameznika), ker je za določeno število let starejši (ali mlajši) od B (drugega posameznika) ali C (skupine posameznikov). Bolj splošno, lahko bi ga bilo mogoče razumeti tudi tako, da zajema manj ugodno obravnavanje E in F (dveh posameznikov skupaj), ker je starostna razlika med njima kot para večja ali manjša od starostne razlike med drugimi primerljivimi pari posameznikov (G in H, I ter J in tako naprej).

97. Po mojem mnenju zajema diskriminacija zaradi relativne starosti oba navedena položaja. Pri obeh se starost uporablja kot merilo za upravičenost različnega neugodnega obravnavanja in ne vidim sprejemljivega razloga za razlikovanje med njima. Po enaki logiki pridem do ugotovitve, da ni razloga za izključitev diskriminacije na podlagi relativne starosti iz področja uporabe splošnega načela enakosti in še posebej enakega obravnavanja ne glede na starost. Starost osebe, čeprav izražena prej relativno kot absolutno, je še vedno podlaga za odločitev, ki ima zanjo neugoden učinek.

98. Ta presoja rešuje tudi vprašanje, ali spada v prepoved le diskriminacija, ki izhaja iz klavzule o starostni razliki, ki škoduje *umrlemu zaposlenemu*, oziroma ali vanjo spada tudi diskriminacija, ki škoduje *preživelemu zakoncu* (v tej zadevi B. Bartsch). Diskriminacija (v primerjavi s pari z manjšo starostno razliko) izhaja iz njihovih skupnih značilnosti in je očitno povezana s starostjo. Očitno je, da je oseba, kot je B. Bartsch, ki je *več* kot 15 let mlajša od svojega umrlega zakonca, manj ugodno obravnavana, kot če bi bila v primerljivem položaju (namreč vdove), vendar bi bila *manj* kot 15 let mlajša od svojega umrlega zakonca. Tako obravnavanje neposredno diskriminira med različnimi kategorijami vdov zaposlenih glede pridobitve ali izključitve pokojninskih pravic. Neugodni učinek izhaja neposredno iz uporabe s starostjo povezanega merila (več kot 15-letna starostna razlika) za določitev pokojnine. Na B. Bartsch neugodno vpliva tako, da ji ni bila priznana pravica do pokojnine. Na osebno avtonomijo [90] M. H. Bartscha je neugodno vplivala nezmožnost sprejetja ustreznih ukrepov za njegovega zakonca po njegovi smrti in kaznovanje izvrševanja njegove pravice, da izbere zakonca, ki je več kot 15 let mlajši od njega.

99. Analogna uporaba sodne prakse Sodišča v zvezi z neposredno diskriminacijo na podlagi spola bi pripeljala do ugotovitve, da je vsako obravnavanje, ki razlikuje neposredno zaradi starosti, prepovedano, ker neposredne diskriminacije ni mogoče objektivno upravičiti (glej na primer sodbo Dekker). [91] Kljub temu je zakonodajalec Skupnosti v Direktivi 2000/78 jasno predvidel, da *bi* bilo mogoče nekatere kategorije takega obravnavanja objektivno upravičiti. [92] Po mojem mnenju to potrjuje presojo, ki sem jo predlagala glede odgovora na vprašanje 2.

90 – O pomenu izbire za osebno avtonomijo glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Poiaresa Madura v zadevi Coleman, navedene v opombi 43, točke od 9 do 11, in v opombah navedena dela.

91 – Zadeva C-177/88, Recueil, str. I-3941, točka 12. Glej tudi E. Ellis, EU Anti-Discrimination Law (2. izdaja, 2005, str. od 111 do 113).

92 – Glej točke od 109 do 110 spodaj.

Presoja na podlagi Direktive 2000/78

100. V skladu s členom 3(1) se Direktiva uporablja „za vse osebe, bodisi v javnem bodisi v zasebnem sektorju, vključno z javnimi telesi, kar zadeva […] (c) zaposlitev in delovne pogoje, vključno s […] plačilom“. V skladu z ustaljeno sodno prakso vdovska pokojnina spada v pojem „plačila“ na podlagi člena 141 ES kot izplačilo ugodnosti, ki izhaja iz delovnega razmerja umrlega zakonca. [93]

101. Pogodba o zaposlitvi je ustvarila delovno razmerje med M. H. Bartschom in družbo BSH. Vdovska pokojnina je „plačilo“ na podlagi člena 141 ES in zato „plačilo“ za namene člena 3(1) Direktive 2000/78. Po izteku roka za prenos Direktive 2000/78 bi se morala veljavnost klavzule o starostni razliki presojati na podlagi Direktive.

102. Zdi se mi, da se na podlagi Direktive glede vprašanja, katere vrste s starostjo povezane diskriminacije so zajete, uporabljajo enake utemeljitve, kot bi se uporabile pri presoji na podlagi splošnega načela. Potrjujejo jih številne posebne značilnosti Direktive.

103. Prvič, iz uvodne izjave 25 jasno izhaja, da je starostna diskriminacija v smislu Direktive širok pojem. To je tudi v skladu z splošnimi razlagalnimi načeli, ki narekujejo, da je treba pojem diskriminacije iz člena 2 razlagati široko, utemeljitve in izjeme na podlagi člena 2(2)(b)(i) in člena 6 pa ozko. Če bi člen 2 razlagali tako, da se uporablja samo za absolutne starosti (delodajalec obravnava 50-letnika manj ugodno kot 40-letnika), bi bilo treba načelo iz tega člena razlagati ozko. Sodišče ni razlagalo na ta način spolne diskriminacije [94] ali katere koli temeljne svoboščine, ki temelji na Pogodbi.

93 – Glej zadevo Menauer, C-379/99, Recueil, str. I-7275, točka 18, in navedena sodna praksa; in zadevo K. B., C-117/01, ZOdl., str. I-541, točka 26.

94 – Tako spolna diskriminacija vključuje diskriminacijo, ki izhaja iz spremembe spola. Glej zadevo P. proti S., C-13/94, Recueil, str. I-2143, točke od 17 do 20; in zadevo Richards, C-423/04, ZOdl., str. I-3585, točka 24. Sodišče je v zadevi Grant, navedeni v opombi 21, točka 42, (ki je nastala pred začetkom veljavnosti Amsterdamske pogodbe in zato pred vključitvijo člena 13 v Pogodbo ES) menilo, da ni razširilo razlik v obravnavanju na podlagi spolne usmerjenosti posameznika.

104. Drugič, kot poudarja Komisija, če bi razlagali člen 2 tako, da se uporablja samo za absolutne starosti, bi se bilo lažje izogniti prepovedi diskriminacije, ki jo vsebuje. Preudaren delodajalec lahko zaobide prepoved s preoblikovanjem svoje dejanske diskriminatorne prakse glede na relativno, ne absolutno, starost.

105. Zato razlagam Direktivo v smislu, da prepoveduje diskriminacijo na podlagi absolutne in relativne starosti. Pri presoji splošnega načela sem predlagala, da bi „diskriminacija zaradi relativne starosti“ zajemala diskriminatorno obravnavanje, ki škoduje umrlemu zaposlenemu, in diskriminatorno obravnavanje, ki škoduje preživelemu družinskemu članu. [95] Ne morem si predstavljati, da bi bilo treba načelo iz člena 2 Direktive 2000/78, katerega namen je „uresničevati“ načelo enakega obravnavanja, [96] v zvezi s tem razlagati ožje kot splošno načelo.

106. Zato izhajam iz tega, da lahko taka klavzula o starostni razliki, kot je obravnavana v postopku v glavni stvari pred nacionalnim sodiščem, pomeni neposredno diskriminacijo v smislu člena 2(2)(a) Direktive 2000/78 [97] M. H. Bartscha in preživelega zakonca, B. Bartsch. Treba pa je spomniti, da se rok za prenos te direktive v nemško nacionalno pravo v času dejanskega stanja še ni iztekel.

Vprašanje 3(b)

107. Predložitveno sodišče sprašuje, ali je mogoče diskriminacijo upravičiti z delodajalčevim interesom, da se omejijo tveganja, ki se prevzamejo s prostovoljnim sistemom pokojninskega zavarovanja (in njegovo željo količinsko bolj opredeliti ta tveganja), če določba, kot je klavzula o starostni razliki, povzroča različno obravnavanje. [98] Vendar se mi zdi, da ko se tveganje količinsko opredeli, ne gre več za „tveganje“, temveč za prihodnjo obveznost, za katero je mogoče sprejeti ukrepe. Zdi se tudi očitno, da bo aktuarska presoja količinsko opredelila obveznosti, ki lahko izhajajo iz „starostnih razlik“. Zato izhajam iz tega, da predložitveno sodišče v bistvu želi vedeti, ali je diskriminacijo mogoče upravičiti z delodajalčevim interesom pri določanju splošne omejitve stroškov, ki breme-

95 – Glej točko 98.

96 – Člen 1 Direktive 2000/78.

97 – Na podlagi te določbe se šteje, da gre za *neposredno* diskriminacijo, „kadar je, je bila ali bi bila oseba obravnavana manj ugodno kakor neka druga v primerljivi situaciji“ med drugimzara distarosti. Posredna diskriminacija je opredeljena v členu 2(2)(b). Glej točko 109.

98 – Glej točko 17 zgoraj.

nijo sistem prostovoljnega pokojninskega zavarovanja.

108. Direktiva 2000/78 zagotavlja primeren analitični okvir za presojo tega vprašanja. Če bi dogodki, ki so pripeljali do obravnavanih vprašanj, predloženih v predhodno odločanje, nastali pred iztekom roka za prenos Direktive 2000/78, ali bi bilo mogoče upravičiti klavzulo o starostni razliki v takem zasebnem dopolnilnem sistemu pokojninskega zavarovanja, kot ga je upravljala družba BSH?

109. Direktiva 2000/78 opredeljuje neposredno in posredno diskriminacijo v členu 2. Člen 2(2) se v dveh delih začne na enak način: „[… S]e šteje, da gre za neposredno diskriminacijo, kadar […]“ V členu 2(2)(a) je opredeljena neposredna diskriminacija, brez nadaljnje navedbe, da bi jo bilo mogoče načeloma upravičiti. Nasprotno, v členu 2(2)(b) je določeno, da „se šteje, da gre za posredno diskriminacijo, kadar je zaradi kakšne navidez nevtralne določbe, merila ali prakse neka oseba […] določene starosti […] v slabšem položaju, razen če tako določbo, merilo ali prakso objektivno upravičuje legitimni cilj in je način uresničevanja tega cilja primeren in nujen […]“ Drugače povedano, če je zadoščeno določbi iz člena 2(2)(b), se šteje, da ni prišlo do posredne diskriminacije (sicer pa je). Na prvi pogled se zdi, da to predlaga (*a contrario*), da diskriminacije iz člena 2(2)(a) *ni* mogoče objektivno upravičiti. Očitno pa se prekrivajo pojmi iz člena 2(2)(b) in formulacija (široke) utemeljitve starostne diskriminacije na podlagi objektivnih razlogov, ki je določena v členu 6.

110. V členu 6(1) Direktive 2000/78 je urejena izključno upravičenost posebne vrste različnega obravnavanja: diskriminacija zaradi starosti. Začne se takole: „Ne glede na člen 2(2) lahko države članice predvidijo […]“. Zakonodajalec v tem primeru ne razlikuje med členom 2(2)(a) (neposredna diskriminacija) in členom 2(2)(b) (posredna diskriminacija). Državam članicam je prej dopuščeno, da zagotovijo, da katero koli različno obravnavanje, ki spada v člen 2(2), „ne predstavlja diskriminacije, če ga v kontekstu nacionalnega prava objektivno in razumno utemeljujejo z legitimnim ciljem […] in če so načini uresničevanja tega cilja primerni in nujni“. Nekateri „legitimni cilji“ so izrecno navedeni („vključno z legitimnimi cilji zaposlovalne politike, delovnega trga in poklicnega usposabljanja“), kar pa pomeni (glede na uporabo besede „vključno“), da seznam ni izčrpen. Pododstavki (a), (b) in (c) po tem uvodnem stavku (ponovno neizčrpno) določajo nekatere vrste različnega obravnavanja, ki deloma

vključujejo neposredno diskriminacijo,[99] deloma posredno diskriminacijo[100] zaradi starosti. V členu 6(2) so določene nekatere vrste s starostjo povezanega različnega obravnavanja za sisteme poklicnega socialnega zavarovanja.

111. Prav bi bilo povedati, da večina posebnih primerov „sprejemljivega“ različnega obravnavanja iz člena 6(1) vključuje *neposredno* uporabo starosti kot merila za odločitev („starejši delavci“, „minimalni pogoji glede starosti“, „najvišja starost za zaposlitev“).[101] Merilo za odločitev zato ni „navidez nevtralna določba, merilo ali praksa“ (kot je določeno v členu 2(2)(b) v okviru opredelitve posredne diskriminacije). Pogostokrat gre prej za jasno in preprosto različno obravnavanje zaradi starosti.

112. Edini logični sklep, ki sledi, je, da Direktiva 2000/78 izrecno dopušča *posebne* vrste različnega obravnavanja *neposredno* na podlagi starosti, *pod pogojem*, da so „objektivno in razumno utemeljeni z legitimnim ciljem[,…] in če so načini uresničevanja tega cilja primerni in nujni“. To presojo potrjuje sodba Sodišča v zadevi Palacios de la Villa,[102] ki se je nanašala na klavzulo o obvezni upokojitvi v nacionalni zakonodaji.[103] V uvodni izjavi 14 Direktive 2000/78 je določeno, da „[t]a direktiva ne vpliva[104] na nacionalne določbe, ki urejajo upokojitveno starost“. Nobena materialna določba iz Direktive pa iz svojega področja uporabe ne izključuje klavzule o upokojevanju. Sodišče je ugotovilo, da je taka klavzula spadala v Direktivo in pomenila neposredno starostno diskriminacijo.[105] Kljub temu je odločilo, da je ustrezala cilju, ki je lahko na podlagi člena 6(1) Direktive razumno in objektivno utemeljeval različno obravnavanje zaradi starosti.[106]

113. Klavzula o starostni razliki jasno ni vključena v nobenega od posebnih primerov

99 – Na primer določitev najvišje starosti za zaposlitev v nekaterih primerih (člen 6(1)(c)).

100 – Na primer določitev minimalnih pogojev delovne dobe glede dostopa do nekaterih ugodnosti, povezanih z zaposlitvijo (člen 6(1)(a)). Delovna doba, čeprav „navidez nevtralno merilo“, lahko posredno deluje kot merilo, ki temelji na starosti.

101 – Primerjaj razpravo generalnega pravobranilca Jacobsa o dveh vrstah upravičenosti različnega obravnavanja zaradi spola in o njuni povezavi z neposredno in posredno diskriminacijo v točkah od 34 do 35 njegovih sklepnih predlogov v zadevi Schnorbus, C-79/99, Recueil, str. I-10997.

102 – Navedeni v opombi 20.

103 – Rok za prenos se je v sodbi Palacios de la Villa, navedeni v opombi 20, drugače kakor v obravnavani zadevi, seveda že iztekel. Glej točko 39 zgoraj.

104 – Angleška različica uporablja modalni glagol „shall“ (ki lahko izraža prepoved), kar je neobičajno za preambulo (ki ima pojasnilno naravo). Glej točko 10 Medinstitucionalnega sporazuma o skupnih smernicah za pripravo kakovostnih pravnih aktov Skupnosti (UL 1999, C 73, str. 1), na katerega sem se sklicevala v sklepnih predlogih v zadevi Heinrich, C-345/06, predstavljenih 10. aprila 2008, točke 28, 64 in 65.

105 – Točka 51.

106 – Točka 66.

iz člena 6(1)(a), (b) ali (c). Interes delodajalca pri določanju splošne omejitve stroškov, ki bremenijo sistem prostovoljnega pokojninskega zavarovanja,[107] spominja na dejavnike, ki stojijo za izjemo iz člena 6(2). Izjeme je treba v skladu s splošnim razlagalnim načelom razlagati ozko. Hkrati je očitno, da člen 6 ne vsebuje izčrpnega seznama dovoljenih izjem.

114. Če bi država članica že prenesla Direktivo 2000/78, bi (verjetno) sprejela nekatere politične odločitve. Če bi se odločila, da se bo sklicevala na člen 6(2) Direktive, da bi omogočila zasebnemu delodajalcu vključitev take določbe, kot je klavzula o starostni razliki, v svoj sistem poklicnega pokojninskega zavarovanja, bi moralo Sodišče, prvič, odločiti, ali je za uporabo klavzule o starostni razliki veljala izjema, in, drugič, (če je bilo tako) presoditi dejanski sistem na podlagi načela sorazmernosti.

115. Po eni strani imajo v dandanašnjem stanju prava Skupnosti države članice in v določenih primerih socialni partnerji na nacionalni ravni na voljo široko diskrecijsko pravico pri izbiri, ne le glede sledenja določenemu cilju na področju socialne in zaposlovalne politike, temveč tudi pri sprejemanju ukrepov za uresničevanje cilja.[108]

116. Po drugi strani je Sodišče vedno strogo presojalo pokojninske sisteme, ki kot v obravnavani zadevi *izključujejo* določene kategorije posameznikov, v nasprotju s tistimi sistemi, ki določajo razlikovalne dajatve. Zlasti je omejilo neretroaktivno veljavnost svoje sodbe Barber[109], tako da se ne uporablja za prvo vrsto sistemov.[110] Sodišče je bilo tudi previdno pri sprejemanju razlogov, ki

107 – Glej točko 107 zgoraj.

108 – Glej sodbo Palacios de la Villa, navedeno v opombi 20, točka 68. Glej tudi uvodno izjavo 25 Direktive 2000/78.

109 – Zadeva C-262/88, Recueil, str. I-1889. Omejitev *ratione temporis* te sodbe je bila vključena v Protokol (št. 17) o členu 141 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (1992).

110 – Glej na primer zadevo Vroege, C-57/93, Recueil, str. I-4541, točki od 27 do 28; zadevo Fisscher, C-128/93, Recueil, str. I-4583, točki od 49 do 50; zadevo Magorrian in Cunningham, C-246/96, Recueil, str. I-7153, točke od 27 do 29; in združeni zadevi Sievers in Schrage, C-270/97 in C-271/97, Recueil, str. I-929, točke od 39 do 41.

temeljijo na aktuarskih izračunih, za upravičenost različnega obravnavanja. [111]

117. Predložitveno sodišče trdi, da je klavzula o starostni razliki skladna z nacionalnim pravom, ker temelji na „utemeljenem razlogu“, namreč interesu delodajalca pri določanju splošne omejitve stroškov, ki bremenijo sistem prostovoljnega pokojninskega zavarovanja. [112] Dalje, ti preudarki so tesno povezani s klavzulo o starostni razliki. Omejitev stroškov temelji na demografskem merilu: mlajši kot so preživeli družinski člani glede na zaposlene, ki jim je bila zagotovljena poklicna pokojnina, daljše je obdobje, v katerem mora delodajalec v povprečju zagotavljati družinsko pokojnino.

118. Glede na široko diskrecijsko pravico, ki jo imajo države članice na področju socialne in zaposlovalne politike, sem pripravljena sprejeti, da lahko politična odločitev, ki jo sprejme država članica, da bi omogočila vključitev neke vrste klavzule o starostni razliki v zasebni sistem pokojninskega zavarovanja, načeloma ustreza legitimnemu cilju v smislu člena 6(1) Direktive 2000/78.

119. Po mojem mnenju pa sistem, ki je deloval tako – kot sistem družbe BSH – da je izključil vdovo v položaju B. Bartsch [113] iz kakršnih koli plačil iz sistema, verjetno ne bi ustrezal načelu sorazmernosti iz člena 6(1), ki zahteva, da so načini uresničevanja legitimnih ciljev „primerni in nujni“.

120. Prvič, iz odgovora, ki ga je podal zastopnik družbe BSH na obravnavi, jasno izhaja, da je morala družba, ko je prvotno vzpostavila pokojninski sistem, upoštevati samo vprašanje, kako razdeliti (razpoložljiva) sredstva.

111 – Sodišče je sodbi Lindorfer, navedeni v opombi 19, točka 56, razsodilo, da se na potrebo po dobrem finančnem upravljanju pokojninskega sistema ni mogoče sklicevati za utemeljitev potrebe po višjih aktuarskih vrednostih za ženske. Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Jacobsa v točkah od 49 do 69 in moje sklepne predloge v tej zadevi v točkah od 43 do 50. Sodišče je v zadevi Neath, C-152/91, Recueil, str. I-6935, in v zadeviColoroll, C-200/91, Recueil, str. I-4389, razsodilo, da neenakost prispevkov *delodajalcev* pri naložbenih shemah z vnaprej določenimi prejemki, ki je izhajala iz uporabe aktuarskih dejavnikov, ni sodila v (sedanji) člen 141 ES. Generalni pravobranilec Van Gerven je v sklepnih predlogih, ki jih je med drugim predstavilv teh zadevah (Recueil, str. I-4893), menil, da potreba po ohranjanju finančnega ravnotežja sistemov poklicnega pokojninskega zavarovanja ni mogla upravičiti razlike pri prispevkih *zaposlenih* in dajatvah, ki bi temeljile na aktuarskih dejavnikih. Primerjaj tudi zadevo ICI, C-264/96, Recueil, str. I-4695; zadevo St Gobain, C-307/97, Recueil, str. I-2651; zadevo X & Y, C-436/00, Recueil, str. I-10829; zadevo Hughes de Lasteyrie du Saillant, C-9/02, ZOdl., str. I-2409; in združeni zadevi Komisija proti Nizozemski, C-282/04 ter C-283/04, ZOdl., str. I-9141 (Sodišče je zavrnilo utemeljitev diskriminacije v nasprotju s členom 43 ES z izgubo davčnih prihodkov).

112 – Glej točko 107 zgoraj.

113 – Namreč, vdovo, ki je več kot 15 let mlajša od svojega umrlega moža, ki je umrl v času zaposlitve pri družbi BSH. Klavzula o starosti razliki se ne uporablja, če nekdanji zaposleni umre v času, ko je že v pokoju – glej točko 13.

121. Drugič, ni si težko zamisliti manj skrajnih načinov za omejitev stroškov, ki bremenijo prostovoljni sistem pokojninskega zavarovanja, kot je popolna izključitev preživelih družinskih članov. Na primer, mlajšim preživelim družinskim članom bi bilo mogoče izplačevati nižje dajatve, ki bi bile morda določene na podlagi progresivnih lestvic, ali da bi se dajatve začele izplačevati le, ko preživeli družinski član doseže določeno starost.

122. Tretjič, iz spisa, predloženega Sodišču, nikjer ne izhaja, da se preživelemu družinskemu članu izplača pokojnina le, če zaposleni umre v določeni starosti ali nad njo. Tako bo v položaju, v katerem sta zaposleni in zakonec enako stara ter zaposleni umre v starosti 40 let, preživeli zakonec prejel pokojnino. Nasprotno, preživeli zakonec, ki je 16 let mlajši od zaposlenega zakonca, ki umre v starosti 56 let, ne bo prejel ničesar. Vendar ne obstaja nobena upoštevna razlika med tema preživelima zakoncema (oba v starosti 40 let) glede njune pričakovane življenjske dobe in zato trajanja obdobja, v katerem bi lahko prejemala vdovsko pokojnino.

123. Pri presoji vprašanja 3(b) z vidika splošnega načela prepovedi diskriminacije, ki se uporablja za posebni razlog starosti, je težko razumeti, kako bi bilo mogoče upravičiti tako diskriminacijo zaradi starosti. Sistem v nobenem primeru ne bi ustrezal načelu sorazmernosti.

124. Zato predlagam, da, če bo potrebno, določbe, kot je zadevna klavzula o starostni razliki v postopku v glavni stvari, ni mogoče upravičiti z dejstvom, da ima delodajalec interes pri določanju splošne omejitve stroškov, ki bremenijo sistem prostovoljnega pokojninskega zavarovanja.

Vprašanje 3(c)

125. Predložitveno sodišče sprašuje, ali ima morebitna prepoved diskriminacije zaradi starosti neomejen retroaktivni učinek glede zakonodaje v zvezi s sistemi poklicnega pokojninskega zavarovanja ali je omejena za nazaj, in če je tako, kako?

126. Čeprav nacionalno sodišče v predložitvenem sklepu sprašuje, od katerega natančno določenega trenutka se začne uporabljati načelo prepovedi diskriminacije

in kako je treba uporabo tega načela uskladiti z legitimnimi pričakovanji, je očitno, da se vprašanje 3(c) dejansko nanaša na vprašanje, ali se lahko sodba v obravnavani zadevi časovno omeji. [114] Zato bom odgovorila na vprašanje na tej podlagi.

127. Sodišče omeji retroaktivnost sodbe le izjemoma in pod dvema pogojema. Prvič, obstajati mora sicer tveganje hudih gospodarskih posledic; drugič, posamezniki in nacionalni organi so bili vodeni k ravnanju, ki zaradi objektivne in precejšnje negotovosti glede obsega določb Skupnosti ni bilo v skladu s Skupnostno ureditvijo. [115] Oba pogoja morata biti izpolnjena hkrati.

128. Poleg tega Sodišče dovoli kakršno koli omejitev retroaktivnega učinka sodbe le z isto sodbo, s katero odloči o zahtevani razlagi. [116]

129. Po mojem mnenju v obravnavani zadevi ni treba omejiti retroaktivnega učinka sodbe.

130. Prvič, podatki, predloženi Sodišču (niti tisti iz predložitvenega sklepa niti tisti, ki jih je predložila družba BSH ali Nemčija [117]), ne zadoščajo za ugotovitev tveganja hudih gospodarskih posledic, če Sodišče ne bi časovno omejilo svoje sodbe.

131. Drugič, Sodišče v sodbi Mangold časovno ni omejilo svoje sodbe. In to je tista sodba, v kateri je bilo določeno načelo, ki bi se (v takem primeru) uporabljalo v tej zadevi.

132. Četudi bi se postavili na stališče, da gre za prvi primer, v katerem je moralo Sodišče presojati uporabo tega načela za sisteme poklicnega pokojninskega zavarovanja, ki se financirajo zasebno, še vedno ne bi bila izpolnjena prva dva (kumulativna) pogoja.

133. Sodbe v obravnavani zadevi zato ni treba časovno omejiti.

114 – Nemčija je izrecno zahtevala tako omejitev.

115 – Glej sodbo Richards, navedeno v opombi 94, točka 42, in zadevo Brzeziński, C-313/05, ZOdl., str. I-513, točka 57.

116 – Sodba Barber, navedena v opombi 109, točka 41; sodba Vroege, navedena v opombi 110, točka 31; zadeva Meilicke, C-292/04, ZOdl., str. I-1835, točki 36 in 37.

117 – Nemčija trdi, da bi taka sodba lahko vplivala na veliko število pogodb, vendar priznava, da nima nobenih statističnih podatkov, ki bi jih lahko predložila v utemeljitev te trditve.

Predlog

134. Zato predlagam, naj Sodišče pri odgovarjanju na vprašanja za predhodno odločanje razsodi:

(1) Države članice niso dolžne zagotavljati varstva na podlagi splošnega načela enakosti (skupaj z enakim obravnavanjem ne glede na starost), ki je vsebovano v pravu Skupnosti, če izpodbijano diskriminatorno obravnavanje ne spada na področje uporabe prava Skupnosti.

(2) Ni materialnega pravila prava Skupnosti, ki bi lahko bilo podlaga za uporabo splošnega načela enakosti (skupaj z enakim obravnavanjem ne glede na starost) za položaj, ki je pripeljal do vprašanj za predhodno odločanje.