SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA YVESA BOTA,

predstavljeni 7. julija 2009 [1]

1. Sodišče je s tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe znova pozvano, naj natančneje opredeli pravno ureditev in obseg prepovedi diskriminacije na podlagi starosti v pravu Skupnosti. Tako ima Sodišče priložnost, da razjasni obseg sodbe z dne 22. novembra 2005 v zadevi Mangold [2].

2. Natančneje, Sodišče bo v tej zadevi podrobneje opredelilo pravno ureditev splošnega načela prepovedi diskriminacije zaradi starosti in vlogo, ki jo ima to načelo v primeru, v katerem se je iztekel rok za prenos Direktive Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu [3]. Zlasti bo treba opredeliti vlogo in pristojnosti nacionalnega sodišča v zvezi z nacionalnimi predpisi, ki so diskriminatorni na podlagi starostnega merila, kadar dejstva v sporu o glavni stvari nastanejo po izteku roka za prenos Direktive 2000/78 in gre za spor med posameznikoma.

3. Ta predlog je bil vložen v okviru spora med S. Kücükdeveci in njenim nekdanjim delodajalcem, družbo Swedex GmbH & Co. KG (v nadaljevanju: Swedex), glede izračuna odpovednega roka, ki ga je treba uporabiti pri odpovedi njenega delovnega razmerja.

4. V sklepnih predlogih bom najprej pojasnil, zakaj je Direktiva 2000/78 v tej zadevi predpis, na katerega se je treba sklicevati pri ugotavljanju obstoja ali neobstoja diskriminacije na podlagi starosti.

5. Nato bom navedel, da je treba po mojem mnenju to direktivo razlagati tako, da nasprotuje nacionalni zakonodaji, na podlagi katere se delovna doba, ki jo je delavec imel pred dopolnjenim 25. letom starosti, ne upošteva pri izračunu trajanja zaposlitve, ki je podlaga za določanje odpovednega roka, ki ga mora delodajalec spoštovati v primeru odpovedi delovnega razmerja.

1 – Jezik izvirnika: francoščina.
2 – C-144/04, ZOdl., str. I-9981.
3 – UL L 303, str. 16.

6. Nazadnje bom navedel razloge, zaradi katerih menim, da je predložitveno sodišče, če svojega nacionalnega prava ne more razlagati skladno z Direktivo 2000/78, pristojno – na podlagi načela primarnosti prava Skupnosti in ob upoštevanju načela prepovedi diskriminacije zaradi starosti –, da zavrne uporabo nacionalnega prava, ki je v nasprotju s to direktivo, tudi v okviru spora med posameznikoma.

I – Pravni okvir

A – *Direktiva 2000/78*

7. V skladu s členom 1 Direktive 2000/78 je njen „namen […] opredeliti splošni okvir boja proti diskriminaciji zaradi vere ali prepričanja, hendikepiranosti, starosti ali spolne usmerjenosti pri zaposlovanju in delu, zato da bi v državah članicah uresničevali načelo enakega obravnavanja“.

8. Člen 2 te direktive določa:

„1. V tej direktivi ‚načelo enakega obravnavanja‘ pomeni, da ne obstaja nikakršna neposredna ali posredna diskriminacija zaradi katerega od razlogov iz člena 1.

2. V smislu odstavka 1:

(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 zaradi katerega od razlogov iz člena 1;

[…]

[…]“

9. Člen 3(1) navedene direktive se glasi:

„V mejah pristojnosti, ki so prenesene na Skupnost, se ta direktiva uporablja za vse osebe, bodisi v javnem bodisi v zasebnem sektorju, vključno z javnimi telesi, kar zadeva:

[…]

(c) zaposlitev in delovne pogoje, vključno z odpustitvijo in plačilom;

[…]“

10. Člen 6(1) Direktive 2000/78 določa:

„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.

Tako različno obravnavanje je lahko med drugim:

(a) določitev posebnih pogojev glede dostopnosti zaposlitve in poklicnega usposabljanja, zaposlitve in dela, vključno s pogoji glede odpustitve in plačila, za mlade osebe, starejše delavce in osebe, ki so dolžne skrbeti za druge, zato da se spodbuja njihovo poklicno vključenost ali jim zagotavlja varstvo;

(b) z določitvijo minimalnih pogojev glede starosti, delovnih izkušenj ali delovne

dobe glede dostopa do zaposlitve ali kakšnih ugodnosti, povezanih z zaposlenostjo;

(c) z določitvijo najvišje starosti za zaposlitev, ki temelji na zahtevah glede usposobljenosti za zadevno delovno mesto ali na potrebi po primerni dobi zaposlenosti pred upokojitvijo.“

11. V skladu s členom 18, prvi odstavek, Direktive 2000/78 bi morale države članice to direktivo v svoje pravne rede prenesti najpozneje do 2. decembra 2003. Vendar pa drugi odstavek tega člena določa:

„Da se upoštevajo posebne okoliščine, si države članice po 2. decembru 2003 po potrebi lahko vzamejo še dodatno obdobje treh let, torej v celoti 6 let, da izvedejo določbe te direktive v zvezi z diskriminacijo zaradi starosti ali hendikepiranosti. V tem primeru o tem takoj obvestijo Komisijo. […]“

12. Zvezna republika Nemčija je uporabila to možnost, tako da bi morala določbe Direktive 2000/78 v zvezi z diskriminacijo zaradi starosti ali hendikepiranosti prenesti najpozneje do 2. decembra 2006.

B – *Nacionalno pravo*

13. Člen 622 nemškega civilnega zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch, v nadaljevanju: BGB), naslovljen „Odpovedni roki v delovnih razmerjih“, določa:

„(1) Delovno razmerje delavca ali zaposlenega se lahko odpove s štiritedenskim odpovednim rokom, pri čemer odpoved nastopi 15. v mesecu ali ob koncu meseca.

(2) Če pogodbo o zaposlitvi odpove delodajalec, so odpovedni roki naslednji:

– en mesec z učinkom ob koncu meseca, če je delovno razmerje v ustanovi ali podjetju trajalo dve leti;

– dva meseca z učinkom ob koncu meseca, če je delovno razmerje trajalo pet let;

– trije meseci z učinkom ob koncu meseca, če je delovno razmerje trajalo osem let;

– štirje meseci z učinkom ob koncu meseca, če je delovno razmerje trajalo deset let;

[…]

Delovna doba, ki jo je imel delavec pred dopolnjenim 25. letom starosti, se ne upošteva pri izračunu trajanja zaposlitve[4].“

14. Členi 1, 2 in 10 splošnega zakona o enakem obravnavanju (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) z dne 14. avgusta 2006[5], s katerim je bila prenesena Direktiva 2000/78, določajo:

„Člen 1 – Namen zakona

Namen tega zakona je preprečiti ali odpraviti vsak slabši položaj na podlagi rase ali narodnosti, spola, vere ali prepričanja, invalidnosti, starosti ali spolne usmerjenosti.

Člen 2 – Področje uporabe

[…]

(4) Odpoved delovnega razmerja je urejena izključno z določbami o splošnem in posebnem varstvu pred odpovedjo delovnega razmerja.

4 – Zadnji stavek je v bistvu naveden že v členu 2(1) zakona o odpovednih rokih zaposlenih (Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten) z dne 9. julija 1926.

5 – BGBl. 2006 I, str. 1897.

[…]

Člen 10 – Zakonitost nekaterih razlik pri obravnavanju na podlagi starosti

Ne glede na člen 8 je različno obravnavanje, povezano s starostjo, dovoljeno, kadar je objektivno in razumno utemeljeno ter podprto z legitimnim ciljem. Načini uresničevanja tega cilja morajo biti primerni in nujni. Različno obravnavanje je lahko med drugim:

(1) določitev posebnih pogojev glede dostopnosti zaposlitve in poklicnega usposabljanja, zaposlitve in dela, vključno s pogoji glede plačila in odpovedi delovnega razmerja, za mlade osebe, starejše delavce in osebe, ki so dolžne skrbeti za druge, zato da se spodbuja njihovo poklicno vključevanje ali se jim zagotavlja varstvo;

[…]“

II – Spor o glavni stvari in vprašanji za predhodno odločanje

15. S. Kücükdeveci je rojena 12. februarja 1978. Od 4. junija 1996 ali od svojega 18. leta je bila zaposlena pri družbi Swedex.

16. Družba Swedex je zaposleni delovno razmerje odpovedala z dopisom z dne 19. decembra 2006, odpoved pa je ob upoštevanju zakonskega odpovednega roka nastopila 31. januarja 2007.

17. S. Kücükdeveci je s tožbo, vloženo 9. januarja 2007, izpodbijala odpoved svojega delovnega razmerja pred Arbeitsgericht Mönchengladbach (Nemčija). V podporo tožbi je zlasti navedla, da odpoved nastopi šele 30. aprila 2007, ker se na podlagi člena 622(2), prva poved, točka 4, BGB odpovedni rok po 10 letih zaposlitve v podjetju podaljša na štiri mesece z učinkom ob koncu meseca.

18. Po njenem mnenju člen 622(2), zadnji stavek, BGB – ker določa, da se delovna doba, ki jo je delavec imel pred 25. letom starosti, ne upošteva pri izračunu odpovednega roka – pomeni diskriminacijo na podlagi starosti, ki je v nasprotju s pravom Skupnosti. Zato naj bi bilo treba uporabo te nacionalne določbe zavrniti.

19. Ker je Arbeitsgericht Mönchengladbach ugodilo tožbi S. Kücükdeveci, se je družba Swedex odločila vložiti pritožbo zoper to odločbo pri Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Nemčija).

20. To sodišče v predložitveni odločbi opozarja, da čeprav lahko ureditev varstva zaposlitve posredno vpliva na ravnanje delodajalcev glede zaposlovanja, ni dokazano, da se s pragom 25 let dejansko zasledujejo in uresničujejo cilji politike zaposlovanja in trga dela.

21. Po mnenju navedenega sodišča povezovanje podaljšanja odpovednega roka z minimalno starostjo temelji predvsem na zasnovi socialne in družinske politike nemškega zakonodajalca ter na stališču, da starejši delavci močneje čutijo posledice brezposelnosti zaradi družinskih in ekonomskih obveznosti ter manjše poklicne prilagodljivosti in mobilnosti. V členu 622(2), zadnji stavek, BGB naj bi se odražala presoja zakonodajalca, da se mladi delavci na splošno lažje in hitreje prilagodijo izgubi zaposlitve, glede na njihovo starost pa se lahko od njih upravičeno pričakujeta večja prilagodljivost in mobilnost. V skladu s ciljem varstva starejših in dlje zaposlenih delavcev člen 622(2) BGB nesporno določa, da se delovna doba pred 25. letom starosti ne upošteva in da so delavci šele od te starosti postopoma upravičeni do daljših odpovednih rokov na podlagi trajanja zaposlitve v podjetju.

22. Predložitveno sodišče ni prepričano, da je člen 622(2), zadnji stavek, BGB protiustaven. Po drugi strani dvomi o skladnosti te določbe s pravom Skupnosti.

23. Natančneje, predložitveno sodišče glede na utemeljitev Sodišča v zgoraj navedeni sodbi Mangold ter v njej navedene „presoj[e] v povezavi s strukturo konkretnega trga delovne sile in položaja zadevnega posameznika“ dvomi, da je mogoče neenako obravnavanje objektivno utemeljiti na podlagi splošnih načel prava Skupnosti ali z vidika člena 6(1) Direktive 2000/78.

24. Poleg tega meni, da iz sodne prakse Sodišča izhaja, da ta direktiva ne more neposredno vplivati na spor o glavni stvari. Opozarja tudi – ob opiranju na nedavni sodbi Sodišča, s katerima je bila poudarjena in

natančneje opredeljena obveznost skladne razlage, ki velja za nacionalna sodišča [6] –, da ostaja pogoj, da mora biti nacionalne predpise mogoče razlagati. Predložitveno sodišče na podlagi meril, v skladu s katerimi je treba pri razlagi zakonodajne določbe upoštevati ne le njeno besedilo, ampak tudi njeno sistematično uvrstitev v zadevni regulativni okvir in cilje, ki jih v skladu s prepoznavno željo zakonodajalca zasleduje ureditev, katere del je ta določba, [7] meni, da člena 622(2), zadnji stavek, BGB, katerega besedilo je nedvoumno, ni mogoče razlagati.

25. Zato se sprašuje, kakšne posledice mora nacionalno sodišče pripisati morebitni neskladnosti te določbe s prepovedjo diskriminacije zaradi starosti, ki je splošno načelo prava Skupnosti.

26. Predložitveno sodišče v zvezi s tem poudarja dejstvo, da nemška ustava nacionalna sodišča zavezuje, da uporabljajo veljavne zakonske predpise. Dvomi, da je mogoče zgoraj navedeno sodbo Mangold razumeti tako, da imajo nacionalna sodišča, kadar uporabljajo primarno pravo Skupnosti, pooblastilo za zavrnitev uporabe nacionalnih predpisov, ki so v nasprotju s tem pravom. V tem primeru naj bi namreč obstajalo tveganje razhajanj med sodnimi praksami sodišč držav članic, ki se lahko odločijo zavrniti ali sprejeti nacionalno zakonodajo glede na to, ali se jim zdi v nasprotju s primarnim pravom Skupnosti ali ne. Predložitveno sodišče zaradi teh premislekov predlaga Sodišču, naj pojasni, ali je želelo z zgoraj navedeno sodbo Mangold izključiti možnost, da morajo nacionalna sodišča na podlagi svojega nacionalnega prava vložiti predlog za sprejetje predhodne odločbe, preden dovolijo, da se nacionalni zakonski predpis ne uporabi zaradi kršitve primarnega prava Skupnosti. Nazadnje predložitveno sodišče navaja, da se ob neuporabi neskladnega nacionalnega prava, ki se zahteva z zgoraj navedeno sodbo Mangold, postavlja vprašanje zaščite zaupanja posameznikov v uporabo veljavnih zakonov, ki je še toliko pomembnejše, kadar se dvomi o njihovi združljivosti s splošnimi načeli prava Skupnosti.

27. V teh okoliščinah je Landesarbeitsgericht Düsseldorf prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje postavilo ti vprašanji:

„1. (a) Ali nacionalna zakonodaja, ki določa, da se odpovedni roki, ki jih mora delodajalec spoštovati, postopoma podaljšujejo glede na trajanje zapo-

6 – Sodbi z dne 5. oktobra 2004 v združenih zadevah Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, ZOdl., str. I-8835, točka 119) ter z dne 4. julija 2006 v zadevi Adeneler in drugi (C-212/04, ZOdl., str. I-6057, točka 124).

7 – Predložitveno sodišče v zvezi s tem navaja sodbo Bundesverfassungsgericht z dne 7. junija 2005 in sodbo Sodišča z dne 7. decembra 2006 v zadevi SGAE (C-306/05, ZOdl., str. I-11519, točka 34).

slitve, pri čemer se ne upošteva delovna doba, ki jo je delavec imel pred dopolnjenim 25. letom, krši prepoved diskriminacije na podlagi starosti, ki jo določa pravo Skupnosti, zlasti primarno pravo Skupnosti oziroma Direktiva 2000/78 […]?

(b) Ali se za razlog, ki upravičuje dejstvo, da je delodajalec pri odpovedi pogodbe o zaposlitvi mladih delavcev dolžan spoštovati zgolj osnovni odpovedni rok, lahko šteje to, da se upošteva njegov gospodarski interes za fleksibilno upravljanje zaposlenih – ta interes bi bil namreč z daljšimi odpovednimi roki ogrožen – in to, da se mladim delavcem odrekajo stabilnost zaposlitve in s tem povezane ugodnosti (kar starejšim delavcem daljši odpovedni roki omogočajo) na primer zato, ker se glede na njihovo starost in/ali njihove manjše socialne, družinske in zasebne obveznosti od njih upravičeno pričakujejo večja prilagodljivost ter poklicna in osebna mobilnost?

2. Če je odgovor na točko (a) prvega vprašanja pritrdilen in na točko (b) nikalen:

Ali je sodišče države članice, ki odloča o sporu med posamezniki, dolžno zavrniti uporabo zakonodaje, ki je v nasprotju s pravom Skupnosti, ali pa mora sodišče dejstvo, da uporabniki prava zaupajo v uporabo veljavnih nacionalnih zakonov, upoštevati tako, da se uporaba zavrne šele po odločitvi Sodišča glede zadevnega predpisa oziroma glede vsebinsko podobnega predpisa?“

III – Analiza

A – *Prvo vprašanje – (a) in (b)*

28. S prvim vprašanjem se želi pravzaprav izvedeti, ali je treba pravo Skupnosti razlagati v smislu, da nasprotuje nacionalnim predpisom, na podlagi katerih se delovna doba delavca pred 25. letom starosti ne upošteva v izračunu odpovednega roka v primeru odpovedi delovnega razmerja. Pred odgovorom na to vprašanje je treba, kot predlaga predložitveno sodišče, opredeliti, na kateri predpis Skupnosti se je treba sklicevati v tej zadevi, in sicer ali gre za načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, ki je po mnenju Sodišča splošno načelo prava Skupnosti [8], ali za Direktivo 2000/78.

8 – Zgoraj navedena sodba Mangold (točka 75).

1. Na kateri predpis Skupnosti se je treba sklicevati?

29. Po mojem mnenju bi morala biti v primeru, kot se obravnava v sporu o glavni stvari, Direktiva 2000/78 predpis, na katerega se je treba sklicevati, da se ugotovi obstoj ali neobstoj diskriminacije zaradi starosti, ki je prepovedana s pravom Skupnosti.

30. Naj najprej opozorim, da je namen Direktive 2000/78, kot izhaja iz njenega naslova in njene preambule ter vsebine in namena, ustvariti splošni okvir za zagotovitev enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu vsem osebam, tako da se jim zagotavlja učinkovito varstvo pred diskriminacijo zaradi katerega od razlogov iz člena 1, ki vključuje starost. [9]

31. Poudariti je treba, da so dejstva v sporu o glavni stvari nastala po izteku roka, do katerega bi morala Zvezna republika Nemčija prenesti to direktivo, to je po 2. decembru 2006.

32. Poleg tega ni po mojem mnenju nobenega dvoma, da zadevni nacionalni predpisi spadajo na področje uporabe navedene direktive. Naj v zvezi s tem opozorim, da se v skladu s členom 3(1)(c) Direktive 2000/78 ta „uporablja za vse osebe, bodisi v javnem bodisi v zasebnem sektorju […], kar zadeva […] zaposlitev in delovne pogoje, vključno z odpustitvijo in plačilom“. Ker je člen 622 BGB določba, s katero se ureja ena od okoliščin, v katerih lahko nastopi odpoved delovnega razmerja, je treba ta člen obravnavati, kot da spada na področje uporabe te direktive.

33. Analiza, v okviru katere bom ugotavljal, ali je člen 622(2), zadnji stavek, BGB v nasprotju s prepovedjo diskriminacije zaradi starosti, ki je določena s pravom Skupnosti, bo torej temeljila predvsem na določbah Direktive 2000/78, v katerih je opredeljeno, kaj je treba šteti za različno obravnavanje na podlagi starosti, ki je v nasprotju s pravom Skupnosti. Ta direktiva je tako podroben okvir, ki omogoča razkrivanje obstoja ali neobstoja diskriminacije, povezane s starostjo, pri zaposlovanju in delu.

34. Zato ne vidim nobenega razloga, da bi se načelu prepovedi diskriminacije na podlagi starosti dajal samostojen obseg in da bi se razlagalo samo to načelo, saj bi tako stališče privedlo do velikega tveganja, da se Direktivi 2000/78 odvzame polni učinek. Vendar to ne pomeni, da v moji analizi tega predloga za sprejetje predhodne odločbe splošno načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti

9 – Sodba z dne 16. oktobra 2007 v zadevi Palacios de la Villa (C-411/05, ZOdl., str. I-8531, točka 42).

ne bo imelo nobene vloge. Ker je to načelo neločljivo povezano z Direktivo 2000/78, katere glavni namen je olajšati njegovo izvajanje, ga bo treba, kot bom pojasnil v okviru odgovora na drugo vprašanje, upoštevati pri ugotavljanju, ali in v katerih okoliščinah se je mogoče sklicevati na Direktivo 2000/78 v okviru spora med posamezniki.

35. Zdaj, ko je bilo to pojasnjeno, je treba preučiti, ali je treba Direktivo 2000/78 in zlasti njen člen 6(1) razlagati tako, da nasprotuje nacionalnim predpisom, kot je člen 622(2), zadnji stavek, BGB.

2. Ali Direktiva 2000/78 nasprotuje členu 622(2), zadnji stavek, BGB?

36. Najprej ugotavljam, da se – ker se s členom 622(2), zadnji stavek, BGB delovna doba, ki so jo imeli delavci pred starostjo 25 let, izključuje iz izračuna trajanja zaposlitve, ki omogoča določanje odpovednega roka v primeru odpovedi delovnega razmerja – s to določbo uvaja različno obravnavanje, ki neposredno temelji na starosti in je predvideno v členu 2(1) in (2)(a) Direktive 2000/78. Dejansko člen 622(2), zadnji stavek, BGB neposredno določa manj ugodno obravnavanje odpuščenih delavcev, ki so s svojim delodajalcem sklenili delovno razmerje pred 25. letom starosti, v primerjavi z odpuščenimi delavci, ki so tako razmerje sklenili po tej starosti. Poleg tega se s tem ukrepom v slabši položaj postavljajo mladi delavci v primerjavi s starejšimi, saj so prvi lahko izključeni, kot dokazuje primer S. Kücükdeveci, iz varovalnega mehanizma postopnega podaljševanja odpovednih rokov za odpoved delovnega razmerja glede na trajanje zaposlitve v podjetju.

37. Vendar je iz prvega pododstavka člena 6(1) Direktive 2000/78 razvidno, da tako različno obravnavanje na podlagi starosti ne pomeni diskriminacije, prepovedane s členom 2 te direktive, „če ga [države članice] 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“. Ti legitimni cilji, ki so cilji socialne politike [10], lahko tako upravičujejo različno obravnavanje, povezano s starostjo, za kar je v členu 6(1), drugi pododstavek, Direktive 2000/78 navedenih več primerov.

10 – Sodba z dne 5. marca 2009 v zadevi Age Concern England (C-388/07, ZOdl., str. I-1569, točka 46).

38. Zastopnik Zvezne republike Nemčije je med obravnavo predstavil splošni okvir, v katerem je bil uveden prag 25 let. Iz njega izhaja, da je nemški zakonodajalec leta 1926 uvedel sistem postopnega podaljševanja odpovednih rokov za odpoved delovnega razmerja glede na njegovo trajanje. Namen uvedbe praga 25 let, od katerega naprej se upošteva delovna doba, je bil delodajalce delno razbremeniti tega postopnega podaljševanja odpovednih rokov. Zdi se, da gre za določbo, ki je olajšala politični kompromis za sprejetje glavnega ukrepa, in sicer navedenega podaljševanja. Poleg tega se zdi, da je bil namen te določbe omogočiti delodajalcem večjo prožnost, kadar želijo mladim delavcem odpovedati delovno razmerje, pri čemer je ta prožnost v zvezi z mladimi delavci nekako odtehtala breme, ki je bilo naloženo delodajalcem s postopnim podaljševanjem odpovednih rokov glede na trajanje delovnega razmerja. Z drugimi besedami, nemški zakonodajalec naj bi poskušal vzpostaviti ravnovesje med povečevanjem varstva delavcev glede na trajanje zaposlitve v podjetju in interesom delodajalcev za prožno upravljanje zaposlenih.

39. Poleg tega pojasnila, ki jih je zagotovilo predložitveno sodišče, omogočajo opredelitev okoliščin, v katerih je bil sprejet člen 622(2) BGB. Na splošno naj bi bil namen tega člena povečati varstvo starejših delavcev pred brezposelnostjo. Nemški zakonodajalec je izhajal iz predpostavke, da brezposelnost starejše delavce prizadene huje kot mlade, ker imajo prvi družinske in ekonomske obveznosti, ki jih drugi na splošno nimajo, in da je poleg tega poklicna mobilnost starejših delavcev manjša. Zdi se, da so imeli v obdobju sprejetja izpodbijane določbe, to je na začetku 20. stoletja, delavci, predvsem moški, navado ustvarjati družine pri tridesetih. Ker pred to starostjo mladi delavci na splošno niso imeli družinskih obveznosti, naj bi zanje zadostovalo varstvo z uporabo osnovnega odpovednega roka. Poleg tega naj bi se mladi delavci lažje in hitreje prilagajali izgubi zaposlitve.

40. Navedeno je bilo še, da naj bi bilo prag 25 let mogoče analizirati v smislu, da se z njim zasleduje legitimni cilj politike zaposlovanja in trga dela, ker naj bi bil njegov učinek zmanjšanje visoke stopnje brezposelnosti mladih delavcev z ustvarjanjem pogojev, ki lahko olajšajo zaposlovanje te starostne skupine. Drugače povedano, dejstvo, da morajo delodajalci spoštovati samo osnovni odpovedni rok, naj bi jih spodbujalo k zaposlovanju več mladih delavcev.

41. Ali je mogoče z vidika teh pojasnil sklepati, da se s členom 622(2), zadnji stavek, BGB, s katerim se predvideva neupoštevanje delovne dobe delavca pred 25. letom starosti, zasleduje legitimni cilj v smislu člena 6(1) Direktive 2000/78, to je cilj socialne politike?

42. Po mojem mnenju je treba razlikovati med ukrepom postopnega podaljševanja odpovednega roka za odpoved delovnega razmerja glede na trajanje zaposlitve v podjetju in ukrepom določitve minimalne starosti 25 let za upravičenost do tega podaljševanja.

43. Podaljšan odpovedni rok ima jasen namen zaščititi delavce, za katere nemški zakonodajalec meni, da so manj prilagodljivi in imajo manjše možnosti za prerazporeditev, potem ko so bili v nekem podjetju zaposleni dlje časa. Če se delodajalec odloči delovno razmerje odpovedati delavcu, ki je bil v njegovem podjetju zaposlen dlje časa, podaljšan odpovedni rok zagotovo olajša prehod tega delavca na novo delovno mesto, zlasti glede iskanja nove zaposlitve. To varstvo odpuščenega delavca, ki se povečuje glede na trajanje zaposlitve v podjetju, je po mojem mnenju mogoče šteti za ukrep, s katerim se zasleduje cilj politike zaposlovanja in trga dela v smislu člena 6(1) Direktive 2000/78.

44. Po drugi strani je težje opredeliti legitimni cilj v smislu navedene določbe, ko gre za neupoštevanje delovne dobe delavca pred 25. letom starosti.

45. Kar najprej zadeva trditev, da ima tak ukrep pozitiven učinek na zaposlovanje mladih delavcev, se mi zdi, da to drži le teoretično. Po drugi strani je gotovo, da kratki odpovedni roki neugodno vplivajo na iskanje nove zaposlitve pri mladih delavcih. Zato uvedba praga 25 let, od katerega naprej je mogoče izvajati sistem podaljševanja odpovednih rokov, po mojem mnenju ne spodbuja poklicnega vključevanja mladih delavcev v smislu člena 6(1), drugi pododstavek, točka (a), Direktive 2000/78.

46. Glavni cilj tega ukrepa, kot izhaja iz njegovega splošnega okvira, je omogočiti delodajalcem prožnejše upravljanje kategorije zaposlenih, ki jo sestavljajo mladi delavci, za katere je nemški zakonodajalec menil, da so manj potrebni varstva v primeru odpovedi delovnega razmerja kot starejši delavci. Zato je težava v tem, kako ugotoviti, ali je mogoče ta interes delodajalcev za prožnejše upravljanje neke kategorije delavcev šteti za del ciljev socialne politike iz člena 6(1) Direktive 2000/78, kot so tisti, povezani s politiko zaposlovanja in trgom dela.

47. V zgoraj navedeni sodbi Age Concern England je Sodišče navedlo, da se zato, ker so v splošnem interesu, ti legitimni cilji razlikujejo od povsem individualnih razlogov, značilnih za delodajalca, kot je zmanjšanje stroškov ali izboljšanje konkurenčnosti, pri tem pa vseeno ni mogoče izključiti tega, da bi nacionalno pravilo zaradi uresničevanja nave-

denih legitimnih ciljev delodajalcem priznalo določeno mero prožnosti. [11] Iz tega sklepam, da Sodišče ne izključuje, da se lahko nacionalni ukrep, povezan s politiko zaposlovanja in trgom dela, kaže v zagotavljanju „določene mere prožnosti“ delodajalcem. Vendar se mi zdi težko dopustiti, da bi bila lahko ta prožnost, zagotovljena delodajalcem, sama po sebi legitimen cilj. Sodišče je namreč natančno navedlo, da so „legitimni“ cilji v smislu člena 6(1) Direktive 2000/78 „v splošnem interesu“. Zdi se, da ukrep, s katerim je predvideno neupoštevanje delovne dobe delavca pred 25. letom starosti in ki na koncu pomeni izključitev kategorije delavcev, v tem primeru najmlajših, iz sistema varstva pred odpovedjo delovnega razmerja, nima te razsežnosti splošnega interesa.

48. Poleg tega dvomim o upoštevnosti ene od predpostavk, na katerih temelji člen 622(2), zadnji stavek, BGB, in sicer da se mladi delavci lažje in hitreje prilagodijo izgubi zaposlitve kot drugi delavci. Pomembnost brezposelnosti mladih v naših družbah izpodbija to predpostavko, ki je bila mogoče utemeljena leta 1926, danes pa ne drži več.

49. Zaradi teh razlogov menim, da se z ukrepom, s katerim je predvideno neupoštevanje delovne dobe, ki jo je imel delavec pred 25. letom starosti, pri izračunu odpovednih rokov za odpoved delovnega razmerja, ne zasleduje legitimnega cilja v smislu člena 6(1) Direktive 2000/78.

50. Vsekakor menim – čeprav bi Sodišče sklepalo, da se s tem ukrepom zasleduje legitimni cilj socialne politike, kot so tisti, povezani s politiko zaposlovanja in trgom dela –, da tak ukrep presega to, kar je primerno in nujno za doseganje tega cilja.

51. Seveda imajo države članice nedvomno na voljo široko diskrecijsko pravico pri svoji izbiri, ne le glede sledenja določenemu cilju na področju socialne in zaposlovalne politike, temveč tudi pri sprejemanju ukrepov za njegovo uresničevanje. [12] Vendar je Sodišče navedlo še, da zgolj s splošnimi trditvami o tem, da je ukrep lahko del politike zaposlovanja, delovnega trga ali poklicnega usposabljanja, še ni izkazano, da cilj zadevnega ukrepa lahko upravičuje odstopanje od načela prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, niti ni mogoče na podlagi teh trditev razumno sklepati, da so izbrani načini uresničevanja tega cilja primerni in nujni. [13] Tako tudi ob predpostavki, da se s členom 622(2), zadnji stavek, BGB zasleduje cilj olajševanja zapo-

11 – Točka 46.

12 – Zgoraj navedena sodba Palacios de la Villa (točka 68).

13 – Zgoraj navedena sodba Age Concern England (točka 51).

slovanja mladih delavcev in s tem poklicnega vključevanja te kategorije delavcev, ni nobenega oprijemljivega elementa, s katerim bi bilo mogoče podpreti to trditev ali dokazati, da je s tem ukrepom ta cilj mogoče doseči. Primernost in nujnost navedenega ukrepa po mojem mnenju torej nista dokazani.

52. Poleg tega uporaba člena 622(2), zadnji stavek, BGB vodi v stanje, v katerem so vsi delavci, ki so sklenili delovno razmerje pred 25. letom starosti in so bili kot S. Kücükdeveci odpuščeni kmalu zatem, ko so dosegli to starost, na splošno izključeni, ne glede na njihov osebni in družinski položaj ter stopnjo izobrazbe, iz pomembnega dela varstva delavcev v primeru odpovedi delovnega razmerja. Ta splošna izključitev, določena leta 1926, je bila poleg tega ohranjena, ne da bi bilo dokazano, po mojem mnenju, da je tako določen starostni prag še vedno prilagojen sodobnemu gospodarskemu in socialnemu položaju te kategorije delavcev.

53. Zato Sodišču predlagam, naj razsodi, da je treba člen 6(1) Direktive 2000/78 razlagati tako, da nasprotuje nacionalni zakonodaji, kakršna se obravnava v postopku v glavni stvari in s katero je na splošno predvideno neupoštevanje delovne dobe, ki so jo imeli delavci pred 25. letom starosti, pri izračunu odpovednih rokov v primeru odpovedi delovnega razmerja.

B – *Drugo vprašanje*

54. Z drugim vprašanjem želi predložitveno sodišče pravzaprav izvedeti, kakšne posledice naj pripiše neskladnosti člena 622(2), zadnji stavek, BGB z Direktivo 2000/78. Zlasti ga zanima, ali mora zavrniti uporabo te nacionalne določbe, ko odloča o sporu med posamezniki. Poleg tega, ali mora to sodišče predložiti Sodišču predlog za sprejetje predhodne odločbe, preden lahko zavrne uporabo nacionalne določbe, ki je v nasprotju s pravom Skupnosti?

55. Zadnje vprašanje po mojem mnenju ne zahteva obširne razprave. Že od sodbe z dne 9. marca 1978 v zadevi Simmenthal [14] je namreč jasno, da je nacionalno sodišče kot sodišče Skupnosti občega prava zavezano, da v celoti uporabi pravo Skupnosti in da varuje pravice posameznika, ki mu jih priznava pravo Skupnosti, pri čemer ne sme uporabiti nobene nacionalne določbe, ki je v nasprotju s pravom Skupnosti. Ta dolžnost nacionalnega sodišča, da zavrne nacionalne določbe, ki pomenijo oviro za polni učinek predpisov Skupnosti, nikakor ni pogojena s predhodno vložitvijo predloga za sprejetje predhodne odločbe pri Sodišču, saj bi sicer v večini primerov možnost predložitve vprašanj, ki jo imajo nacionalna sodišča na podlagi člena 234, drugi odstavek, ES, postala splošna obveznost.

14 – 106/77, Recueil, str. 629.

56. Po drugi strani je prvi del vprašanja predložitvenega sodišča zahtevnejši in nima očitnega odgovora v sodni praksi Sodišča.

57. Kljub temu je Sodišče že večkrat jasno odgovorilo na vprašanje, ali se je mogoče sklicevati na direktivo, ki jo je država članica slabo prenesla ali je sploh ni, v okviru spora med posamezniki. Tako je Sodišče ustaljeno razsojalo, da direktiva sama za posameznika ne more ustvarjati obveznosti in da se torej nanjo kot tako proti njemu ni mogoče sklicevati. Iz tega izhaja, da celo jasne, natančne in nepogojne določbe direktive, ki posameznikom daje pravice ali jim nalaga obveznosti, kot take ni mogoče uporabiti v okviru spora, ki poteka izključno med posamezniki. [15] Sodišče tako zavrača priznanje, da ima Skupnost pristojnost, da uzakonja obveznosti za posameznike s takojšnjim učinkom, medtem ko ima tako pristojnost samo, kadar je pooblaščena za sprejemanje uredb, [16] saj bi bil to korak, katerega posledica bi bila izenačitev direktiv z uredbami. S tem stališčem se spoštuje posebna narava direktive, s katero se *per definitionem* obveznosti neposredno ustvarjajo samo za države članice, na katere je direktiva naslovljena, posameznikom pa se lahko nalagajo samo posredno z nacionalnimi ukrepi za prenos. [17]

58. Sodišče je to odločno zavrnitev horizontalnega neposrednega učinka direktiv odtehtalo s poudarjanjem obstoja drugih rešitev, s katerimi je mogoče ugoditi posamezniku, ki meni, da je bil oškodovan zaradi neprenosa ali slabega prenosa direktive.

59. Prva pomožna rešitev za neobstoj horizontalnega neposrednega učinka direktiv je obveznost nacionalnega sodišča, da povsod, kjer je to mogoče, razlaga nacionalno pravo ob upoštevanju besedila in cilja zadevne direktive, da bi doseglo rezultat, ki ga slednja zasleduje. [18] Načelo skladne razlage zahteva, naj nacionalna sodišča ob upoštevanju celotnega nacionalnega prava in ob uporabi načinov razlage, ki jih nacionalno pravo priznava, naredijo vse v svoji pristojnosti, da bi zagotovila polni učinek zadevne direktive in dosegla rešitev v skladu z njenim ciljem. [19]

60. Sodišče je v zgoraj navedeni sodbi Pfeiffer in drugi glede spora med posamezniki opredelilo pristop, ki mu mora slediti nacionalno sodišče, s čimer je še nekoliko bolj zabrisalo mejo med možnostjo sklicevanja na skladno razlago in možnostjo sklicevanja na direktivo,

15 – Sodba z dne 7. junija 2007 v zadevi Carp (C-80/06, ZOdl., str. I-4473, točka 20 in navedena sodna praksa).

16 – Sodba z dne 14. julija 1994 v zadevi Faccini Dori (C-91/92, Recueil, str. I-3325, točka 24).

17 – Glej Simon, D., *La directive européenne,* Dalloz, 1997, str. 73.

18 – Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Pfeiffer in drugi (točka 113 in navedena sodna praksa) ter sodbo z dne 23. aprila 2009 v združenih zadevah Angelidaki in drugi (od C-378/07 do C-380/07, ZOdl., str. I-3071, točka 197).

19 – Zgoraj navedena sodba Angelidaki in drugi (točka 200).

da bi se izključila uporaba neskladnega nacionalnega prava. Sodišče je namreč navedlo, da mora sodišče, če nacionalno pravo z uporabo postopkov razlage, ki jih priznava, v nekaterih okoliščinah omogoča razlago določbe notranjega prava tako, da ne pride do konflikta z drugo normo notranjega prava ali da se v ta namen zmanjša obseg te določbe z njeno uporabo le, če je združljiva z navedeno normo, uporabiti iste postopke z namenom skušati doseči rezultat, ki ga zasleduje direktiva. [20]

61. Vendar je jasno, da je obveznost nacionalnega sodišča, da se pri razlagi in uporabi upoštevnih pravil nacionalnega prava sklicuje na vsebino direktive, omejena s splošnimi pravnimi načeli, zlasti z načeloma pravne varnosti in prepovedi retroaktivnosti, in ne more biti podlaga za razlago nacionalnega prava *contra legem.* [21]

62. Druga pomožna rešitev v zvezi z neobstojem horizontalnega neposrednega učinka direktiv se lahko uporabi prav v primeru, v katerem rezultata, določenega z direktivo, ni mogoče doseči z razlago. S pravom Skupnosti se namreč državam članicam nalaga, naj povrnejo škodo, ki so jo povzročile posameznikom zaradi neprenosa te direktive, če so izpolnjeni trije pogoji. Prvič, cilj zadevne direktive mora biti, da se dodelijo pravice posameznikom. Drugič, vsebina teh pravic mora biti določljiva na podlagi določb navedene direktive. Tretjič, obstajati mora vzročna zveza med kršitvijo obveznosti države članice in nastalo škodo. [22]

63. Nazadnje, tretja pomožna rešitev je ločitev horizontalnega neposrednega učinka direktiv in možnosti sklicevanja nanje, da bi se izključilo neskladno nacionalno pravo, tudi v okviru spora med posamezniki. Ta rešitev pomeni, da se je, če neobstoječega ali pomanjkljivega nacionalnega prava ni mogoče nadomestiti z direktivami, da bi se obveznosti naložile neposredno posamezniku, mogoče vsaj sklicevati nanje, da bi se izključilo neskladno nacionalno pravo, pri čemer nacionalno sodišče za rešitev spora med posamezniki uporabi samo nacionalno pravo, iz katerega so bile odstranjene določbe, ki so v nasprotju z direktivo.

64. Vendar Sodišče te ločitve neposrednega učinka „nadomestitve“ z direktivami in možnosti uveljavljanja izključitve na podlagi

20 – Zgoraj navedena sodba Pfeiffer in drugi (točka 116).

21 – Zgoraj navedena sodba Angelidaki in drugi (točka 199 in navedena sodna praksa).

22 – *Ibidem* (točka 202 in navedena sodna praksa).

teh direktiv nikoli ni na splošno in izrecno potrdilo. [23] Obseg tretje pomožne rešitve torej za zdaj ostaja zelo omejen. [24]

65. Skratka, zdajšnja usmeritev sodne prakse glede učinka direktiv v sporu med posamezniki je taka: Sodišče še naprej nasprotuje priznanju horizontalnega neposrednega učinka direktiv in zdi se, da po njegovem mnenju glavni pomožni rešitvi – to sta obveznost skladne razlage in odgovornost držav članic za kršenje prava Skupnosti – v večini primerov zadoščata, da se zagotovi polni učinek direktiv in hkrati zadovolji posameznike, ki menijo, da so bili oškodovani zaradi nepravilnega ravnanja držav članic.

66. Odgovor predložitvenemu sodišču bi zato lahko zajemal tradicionalno navajanje sodne prakse, ki sem jo pravkar izpostavil, s pripombo, da mora nacionalno sodišče uporabiti vsa orodja, ki jih ima na voljo, da zagotovi skladno razlago svojega nacionalnega prava s ciljem, ki ga zasleduje Direktiva 2000/78, in če taka razlaga ni mogoča, poziv S. Kücükdeveci, naj vloži odškodninsko tožbo zoper Zvezno republiko Nemčijo zaradi nepopolnega prenosa te direktive.

67. Vendar Sodišču ne predlagam te poti iz naslednjih razlogov.

68. Prvič, kot upravičeno poudarja Landesarbeitsgericht Düsseldorf, obveznost skladne razlage velja samo, če je zadevno nacionalno zakonodajo mogoče razlagati. Predložitveno sodišče meni, da v primeru člena 622(2), zadnji stavek, BGB ni tako. Torej Sodišču postavlja vprašanje nacionalno sodišče, ki

23 – Za splošno pojasnilo razlike med tema učinkoma prava Skupnosti glej zlasti točke od 24 do 90 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Légerja v zadevi Linster (sodba z dne 19. septembra 2000, C-287/98, Recueil, str. I-6917) in Simon, D., „Synthèse générale", *Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne, Actes du colloque des 4 et 5 décembre 2000,* La Documentation française, Pariz, 2001, str. 321, kjer je navedeno, da „če Sodišče nekaterim določbam prava Skupnosti ne pripiše neposrednega učinka, je to preprosto zato, ker nacionalna sodišča teh določb *ne morejo* uporabiti, ne da bi se pri tem oddaljila od svoje sodne naloge in zavzela vlogo nacionalnega zakonodajalca, ki ima v tem primeru diskrecijsko pravico, ki je sodišče ne more uporabiti brez kršenja temeljnih načel delitve oblasti" (str. 332). Z možnostjo sklicevanja na izključitev se z ničimer ne ogroža uveljavljanje te diskrecijske pravice. Gre samo za nadzor nad tem, da država članica pri tem uveljavljanju ne prekorači meja te diskrecijske pravice.

24 – Sodbi z dne 30. aprila 1996 v zadevi CIA Security International (C-194/94, Recueil, str. I-2201) in z dne 26. septembra 2000 v zadevi Unilever (C-443/98, Recueil, str. I-7535) se pogosto navajata v smislu, da se z njima priznava možnost sklicevanja na izključitev na podlagi direktiv v okviru spora med posamezniki. Sodišče je namreč menilo, da nacionalno sodišče, tudi v okviru spora med posamezniki, ne sme uporabiti tehničnega pravila, ki ni bilo priglašeno v skladu z Direktivo Sveta 83/189/EGS z dne 28. marca 1983 o postopku za posredovanje informacij na področju tehničnih standardov (UL L 109, str. 8), kar je po mnenju Sodišča „bistvena kršitev postopka" (zgoraj navedeni sodbi CIA Security International, točka 48, in Unilever, točka 50). To odstopanje od svoje tradicionalne sodne prakse je utemeljilo z dejstvom, da „v Direktivi 83/189 nikjer ni opredeljen vsebinski obseg pravnega pravila, na podlagi katerega mora nacionalno sodišče rešiti spor, o katerem odloča. Z njim se ne podeljujejo pravice niti nalagajo obveznosti za posameznike" (zgoraj navedena sodba Unilever, točka 51).

navaja, da je besedilo te določbe nedvoumno in da – čeprav je za doseganje cilja Direktive 2000/78 storilo vse, kar je bilo v njegovi pristojnosti – te določbe ne more razlagati skladno s ciljem te direktive. V teh okoliščinah menim, da poziv predložitvenemu sodišču, naj stori nekaj, za kar meni, da tega glede na stanje njegovega nacionalnega prava ne more storiti, ni zadovoljiv.

69. Drugič, odgovor, s katerim bi se S. Kücükdeveci predlagala odškodninska tožba zoper Zvezno republiko Nemčijo, bi imel predvsem to slabost, da bi S. Kücükdeveci izgubila tožbo, skupaj s tem povezanimi finančnimi posledicami, čeprav je bil ugotovljen obstoj diskriminacije zaradi starosti, ki je v nasprotju z Direktivo 2000/78, in da bi morala vložiti novo tožbo. Taka rešitev bi bila po mojem mnenju v nasprotju s pravico do učinkovitega pravnega varstva, ki jo imajo na podlagi člena 9 Direktive 2000/78 osebe, ki menijo, da jim je bila storjena krivica, ker zanje ni bilo uporabljeno načelo enakega obravnavanja. S tega vidika učinkovit boj proti diskriminaciji, ki je v nasprotju s pravom Skupnosti, pomeni, da lahko pristojno nacionalno sodišče osebam, ki se obravnavajo manj ugodno, prizna – nemudoma in ne da bi moralo oškodovance pozvati k vložitvi odškodninske tožbe zoper državo – enake ugodnosti, kot so tiste, do katerih so upravičene osebe, ki se obravnavajo ugodneje. [25] Zato menim, da se Sodišče ne bi smelo zadovoljiti z odgovorom, osredotočenim na obstoj odškodninske tožbe zoper državo zaradi nepopolnega prenosa te direktive.

70. Sodišču predlagam, naj glede boja proti diskriminaciji, ki je v nasprotju s pravom Skupnosti, sledi bolj ambicioznemu pristopu, ki poleg tega nikakor ne bi bil neposredno v nasprotju s tradicionalno sodno prakso Sodišča v zvezi z neobstojem horizontalnega neposrednega učinka direktiv. To stališče, ki temelji pretežno na posebnosti direktiv o boju proti diskriminaciji in na hierarhiji predpisov v pravnem redu Skupnosti, obsega mnenje, da direktiva, ki je bila sprejeta z namenom olajšati izvajanje splošnega načela enakosti in prepovedi diskriminacije, ne more zmanjšati njegovega obsega. Zato bi moralo Sodišče, kot je to storilo glede splošnega načela prava Skupnosti, priznati, da se je na direktivo, katere namen je boj proti diskriminaciji, mogoče sklicevati v okviru spora med posamezniki, da bi se zavrnila uporaba nacionalnih predpisov, ki so v nasprotju z njo.

71. Poleg tega je to stališče po mojem mnenju edino, ki je usklajeno s tem, kar je Sodišče razsodilo v zgoraj navedeni sodbi Mangold. V tej sodbi je Sodišče menilo, da nacionalnih predpisov, s katerimi se dopušča neomejeno

25 – Glej zlasti sodbo z dne 17. januarja 2008 v zadevi Velasco Navarro (C-246/06, ZOdl., str. I-105, točka 38).

sklepanje pogodb o zaposlitvi za določen čas z delavci, starejšimi od 52 let, razen če je podana tesna zveza s predhodno pogodbo o zaposlitvi za nedoločen čas z istim delodajalcem, ni mogoče utemeljiti s členom 6(1) Direktive 2000/78. Glavna težava, ki jo je imelo Sodišče, je bila ugotoviti, kakšne posledice mora nacionalno sodišče pripisati tej razlagi v primeru, v katerem gre za spor med posamezniki, rok za prenos te direktive pa se na dan sklenitve sporne pogodbe o zaposlitvi še ni iztekel.

72. Ko je odpravilo ti težavi, je Sodišče na podlagi svoje sodne prakse iz zgoraj navedene sodbe Simmenthal sklenilo, da nacionalno sodišče, ki odloča v sporu v zvezi z načelom prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, v okviru svojih pristojnosti varuje pravice, ki jih pravo Skupnosti zagotavlja posamezniku, in zagotavlja njihov polni učinek s tem, da ne uporabi nobene določbe nacionalnega prava, ki je v nasprotju z njim. [26] Sodišče je tako priznalo možnost sklicevanja na to načelo v okviru spora med posamezniki, da bi se izključila uporaba diskriminatorne nacionalne zakonodaje.

73. Sodišče je to ugotovitev izpeljalo iz presoje, da okoliščina, da se na dan sklenitve pogodbe rok za prenos Direktive 2000/78 še ni iztekel, ne more izpodbiti ugotovitve, da zadevna nacionalna zakonodaja ni skladna s členom 6(1) Direktive 2000/78. Najprej se je oprlo na sodno prakso iz sodbe z dne 18. decembra 1997 v zadevi Inter-Environnement Wallonie [27], iz katere izhaja, da v obdobju za prenos neke direktive države članice ne smejo sprejeti nobenih določb, ki bi lahko resno ogrozile cilj, ki ga določa ta direktiva. [28]

74. Poleg tega je Sodišče poudarilo, da Direktiva 2000/78 sama ni posvečena načelu enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu. Po členu 1 te direktive je njen namen namreč „opredeliti splošni okvir boja proti diskriminaciji zaradi vere ali prepričanja, hendikepiranosti, starosti ali spolne usmerjenosti“, pri čemer načelo prepovedi teh oblik diskriminacije, kot je to razvidno iz uvodnih izjav 1 in 4 navedene direktive, izvira iz različnih mednarodnih pogodb in ustavnih običajev, skupnih državam članicam. [29] Iz tega je Sodišče sklepalo, da je treba načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti obravnavati kot splošno načelo prava Skupnosti. [30]

26 – Zgoraj navedena sodba Mangold (točki 77 in 78).

27 – C-129/96, Recueil, str. I-7411.

28 – Točka 45. Glej tudi zgoraj navedeno sodbo Mangold (točka 67).

29 – Zgoraj navedena sodba Mangold (točka 74).

30 – *Ibidem* (točka 75).

75. Sodišče je nato uporabilo svojo sodno prakso, na podlagi katere mora, če nacionalni predpisi spadajo na področje uporabe prava Skupnosti in mu je bilo predloženo vprašanje za predhodno odločanje, predložitvenemu sodišču posredovati vse elemente razlage, ki jih to potrebuje za presojo skladnosti teh predpisov s takim načelom. Zadevna nacionalna določba je v resnici spadala na področje uporabe prava Skupnosti kot ukrep prenosa Direktive Sveta 1999/70/ES z dne 28. junija 1999 o okvirnem sporazumu o delu za določen čas, sklenjenem med ETUC, UNICE in CEEP [31]. Zato je Sodišče presodilo, da spoštovanje splošnega načela enakega obravnavanja, zlasti na podlagi starosti, 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. [32]

76. Znano je, da je bila zgoraj navedena sodba Mangold predmet številnih kritik. Če upoštevam glavni doprinos te sodbe, in sicer da spoštovanje splošnega načela prava Skupnosti, kot je načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, ne more biti odvisno od izteka roka, do katerega so morale države članice prenesti Direktivo 2000/78, in da mora zato nacionalno sodišče zagotoviti polni učinek tega načela, tako da ne uporabi nobene neskladne določbe nacionalnega prava, kar velja tudi za spore med posamezniki, menim, da je treba te kritike omiliti.

77. Tako se najprej glede obstoja načela prepovedi diskriminacije na podlagi starosti kot splošnega načela prava Skupnosti nagibam k mnenju, da dejstvo, da Sodišče poudarja tako načelo, pomeni razvoj tega prava, ki je razviden na eni strani iz navedbe starosti kot prepovedanega merila diskriminacije v členu 13(1) ES in na drugi strani iz potrditve prepovedi diskriminacije na podlagi starosti kot temeljne pravice, kot je razvidno iz člena 21(1) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah [33]. Seveda bi bilo razlogovanje Sodišča brez dvoma prepričljivejše, če bi bilo podprto s temi elementi, ki presegajo le mednarodne instrumente in ustavne prakse, ki so skupne državam članicam, ki večinoma ne poznajo posebnega načela prepovedi diskriminacije zaradi starosti. Vendar se mi zdi pomembno poudariti, da Sodišče z opozarjanjem na obstoj takega splošnega načela prava Skupnosti ravna v skladu z željo, ki so jo izrazile države članice in institucije Skupnosti, po učinkovitem boju proti diskriminaciji, povezani s starostjo. S tega vidika ni presenetljivo, da ima načelo prepovedi diskriminacije

31 – UL L 175, str. 43. Glej zgoraj navedeno sodbo Mangold (točka 75 in navedena sodna praksa).

32 – Zgoraj navedena sodba Mangold (točka 76).

33 – Ta listina je bila prvič slovesno razglašena 7. decembra 2000 v Nici (UL C 364, str. 1), zatem pa še drugič 12. decembra 2007 v Strasbourgu (UL C 303, str. 1).

na podlagi starosti kot poseben izraz splošnega načela enakosti in prepovedi diskriminacije ter kot temeljna pravica vzvišen status splošnega načela prava Skupnosti.

78. Nadalje se mi posledice, ki jih je Sodišče v zgoraj navedeni sodbi Mangold pripisalo obstoju takega načela, zdijo skladne s sodno prakso, ki jo je Sodišče postopno razvilo glede splošnega načela enakosti in prepovedi diskriminacije.

79. Sodišče tako že dolgo meni, da splošno načelo enakosti spada med temeljna načela prava Skupnosti. [34] To načelo zahteva, da se primerljivi položaji ne obravnavajo različno, razen če je razlikovanje objektivno utemeljeno. [35] Pojavlja se kot del številnih temeljnih pravic, katerih spoštovanje zagotavlja Sodišče. [36]

80. Navedeno načelo ima kot splošno načelo prava Skupnosti številne funkcije. Sodišču Skupnosti omogoča, da zapolni morebitne pravne praznine določb primarnega ali sekundarnega prava. Poleg tega je instrument za razlago, s katerim je mogoče pojasniti pomen in obseg določb prava Skupnosti [37], ter sredstvo za nadzor nad veljavnostjo aktov Skupnosti [38].

81. Poleg tega spoštovanje splošnega načela enakosti in prepovedi diskriminacije zavezuje države članice tudi, kadar izvajajo predpise Skupnosti. Zato morajo države članice te predpise, kolikor je mogoče, uporabljati v skladu z zahtevami v zvezi z varstvom temeljnih pravic v pravnem redu Skupnosti. [39] Kot sem že navedel, Sodišče v zvezi s tem meni, da mora, če nacionalni predpisi spadajo na področje uporabe prava Skupnosti in mu je bilo predloženo vprašanje za predhodno odločanje, predložitvenemu sodišču posredovati vse elemente razlage, ki jih to potrebuje za presojo združljivosti teh predpisov s temeljnimi pravicami, katerih spoštovanje zagotavlja Sodišče. [40] Če se glede na to razlago izkaže, da

34 – Sodba z dne 19. oktobra 1977 v združenih zadevah Ruckdeschel in drugi (117/76 in 16/77, Recueil, str. 1753, točka 7).

35 – Glej zlasti sodbi z dne 25. novembra 1986 v združenih zadevah Klensch in drugi (201/85 in 202/85, Recueil, str. 3477, točka 9) ter z dne 12. decembra 2002 v zadevi Rodríguez Caballero (C-442/00, Recueil, str. I-11915, točka 32 in navedena sodna praksa).

36 – Zgoraj navedena sodba Rodríguez Caballero (točka 32).

37 – Glej zlasti vpliv, ki ga je imelo načelo enakosti na določanje področja uporabe Direktive Sveta 76/207/EGS z dne 9. februarja 1976 o izvrševanju načela enakega obravnavanja moških in žensk v zvezi z dostopom do zaposlitve, poklicnega usposabljanja in napredovanja ter delovnih pogojev (UL L 39, str. 40) v sodbi z dne 30. aprila 1996 v zadevi P. proti S. (C-13/94, Recueil, str. I-2143, točke od 18 do 20).

38 – Glej zlasti sodbo z dne 10. marca 1998 v zadevi Nemčija proti Svetu (C-122/95, Recueil, str. I-973, točke od 54 do 72).

39 – Zgoraj navedena sodba Rodríguez Caballero (točka 30 in navedena sodna praksa).

40 – *Ibidem* (točka 31 in navedena sodna praksa).

so nacionalni predpisi v nasprotju s pravom Skupnosti, jih nacionalno sodišče ne sme uporabiti v skladu z načelom primarnosti prava Skupnosti.

82. Pri razlogovanju v zgoraj navedeni sodbi Mangold je Sodišče upoštevalo te različne elemente, ki izhajajo iz njegove sodne prakse, da bi zagotovilo učinkovitost splošnega načela enakosti neodvisno od izteka roka za prenos Direktive 2000/78. Tako razlogovanje je po mojem mnenju skladno s hierarhijo predpisov v pravnem redu Skupnosti.

83. Za prikaz tega, kako si Sodišče predstavlja razmerje med predpisom primarnega prava Skupnosti in predpisom sekundarnega prava Skupnosti, je zanimivo narediti primerjavo s tem, kako pojmuje razmerje med členom 119 Pogodbe EGS (pozneje člen 119 Pogodbe ES (členi od 117 do 120 Pogodbe ES so bili nadomeščeni s členi od 136 ES do 143 ES)), s katerim se uvaja načelo enakega plačila za moške in ženske, in Direktivo 75/117/EGS [41].

84. Tako je Sodišče v sodbi z dne 8. aprila 1976 v zadevi Defrenne [42] navedlo, da se z Direktivo 75/117 v nekaterih pogledih natančneje opredeljuje vsebinski obseg člena 119 Pogodbe in določajo razne določbe, ki so v bistvu namenjene izboljšanju sodnega varstva delavcev, ki bi bili lahko oškodovani zaradi neuporabe načela enakega plačila, določenega s tem členom. [43] Menilo je, da je cilj te direktive s sklopom ukrepov, ki jih je treba sprejeti na nacionalni ravni, spodbuditi pravilno uporabo člena 119 Pogodbe, pri čemer se s to direktivo ne sme zmanjšati učinkovitost tega člena. [44] V sodbi z dne 31. marca 1981 v zadevi Jenkins [45] je Sodišče v istem smislu pojasnilo, da člen 1 navedene direktive, ki je namenjen predvsem lažji dejanski uporabi načela enakega plačila iz člena 119 Pogodbe, z ničemer ne posega v vsebino ali obseg tega načela, opredeljenega v tem členu. [46] Sodišče je pred kratkim spomnilo na to sodno prakso v sodbi z dne 3. oktobra 2006 v zadevi Cadman [47].

85. Glede na to sodno prakso se mi zdi popolnoma logično, da je Sodišče v zgoraj navedeni sodbi Mangold menilo, da dejstvo, da se rok za prenos Direktive 2000/78 ni iztekel, ne more poseči v učinkovitost načela prepovedi diskriminacije na podlagi starosti, in da mora nacionalno sodišče za zagotovitev te učinkovitosti zavrniti uporabo neskladnih določb nacionalnega prava. Poleg tega okoliščina, da je bil spor o glavni stvari med posameznikoma, nikakor ni mogla izpodbiti

41 – Direktiva Sveta z dne 10. februarja 1975 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z uporabo načela enakega plačila za moške in ženske (UL L 45, str. 19).

42 – 43/75, Recueil, str. 455.
43 – Točka 54.
44 – Točka 60.
45 – 96/80, Recueil, str. 911.
46 – Točka 22.
47 – C-17/05, ZOdl., str. I-9583, točka 29.

dejstva, da splošno načelo prava Skupnosti zajema uveljavljanje izključitve, saj je Sodišče že večkrat naredilo pomembnejši korak, tako da je priznalo horizontalni neposredni učinek določb Pogodbe, v katerih je podrobno izraženo splošno načelo enakosti in prepovedi diskriminacije. [48]

86. Sodišče se mora zdaj odločiti, ali želi ohraniti enak pristop za primere, ki so ali bodo nastali po izteku roka za prenos Direktive 2000/78. Po mojem mnenju bi moral biti odgovor pritrdilen, saj bi zavzetje drugačnega stališča spodkopalo logiko, na kateri temelji zgoraj navedena sodba Mangold.

87. Ker je Direktiva 2000/78 instrument, katerega namen je olajšati dejansko uporabo načela prepovedi diskriminacije na podlagi starosti in zlasti izboljšati sodno varstvo delavcev, ki bi bili lahko oškodovani s kršenjem tega načela, ta direktiva ne more – tudi in še manj po izteku roka, v katerem so jo morale države članice prenesti – vplivati na obseg navedenega načela. V zvezi s tem bi bilo težko razumeti, da se posledice primarnosti prava Skupnosti zmanjšajo po izteku roka za prenos Direktive 2000/78. Vendar predvsem ne morem sprejeti, da se stopnja varstva posameznikov pred diskriminacijo, ki je v nasprotju s pravom Skupnosti, zmanjša po izteku takega roka, čeprav gre za predpis, katerega cilj je posameznike še bolj zaščititi. Zato menim, da bi moralo biti v sporu med posamezniki mogoče sklicevanje na Direktivo 2000/78, da bi se izključila uporaba nacionalne določbe, ki je v nasprotju s pravom Skupnosti.

88. Ohranitev takega pristopa v tem primeru ne bi pomenila, da bi moralo Sodišče ponovno preučiti sodno prakso, povezano z neobstojem horizontalnega neposrednega učinka direktiv. V tej zadevi gre namreč samo za izključitev ene nacionalne določbe, ki je v nasprotju z Direktivo 2000/78, in sicer člena 622(2), zadnji stavek, BGB, da se nacionalnemu sodišču omogoči uporaba preostalih določb tega člena, v tem primeru odpovednih rokov, izračunanih glede na trajanje delovnega razmerja. Tu torej ne gre za neposredno uporabo Direktive 2000/78 v zvezi s samovoljnim zasebnim ravnanjem, ki ni urejeno z nobenim posebnim nacionalnim predpisom, kot bi bila na primer odločitev delodajalca, da

48 – Glej zlasti sodbo z dne 12. decembra 1974 v zadevi Walrave in Koch (36/74, Recueil, str. 1405), zgoraj navedeno sodbo Defrenne in sodbo z dne 6. junija 2000 v zadevi Angonese (C-281/98, Recueil, str. I-4139). Poleg tega glej za nedavno potrditev horizontalnega neposrednega učinka določb Pogodbe, ki so povezane s temeljnimi svoboščinami, kot je člen 43 ES, sodbo z dne 11. decembra 2007 v zadevi International Transport Workers' Federation in Finnish Seamen's Union (C-438/05, ZOdl., str. I-10779, točke od 57 do 59 in navedena sodna praksa).

ne bo zaposloval delavcev, starejših od 45 let ali mlajših od 35 let. Samo tak primer bi privedel do vprašanja o primernosti tega, da se tej direktivi prizna pravi horizontalni neposredni učinek [49].

89. Če Sodišče poleg tega vztraja, da ne bo na splošno potrdilo ločitve neposrednega učinka „nadomestitve“ in možnosti uveljavljanja izključitve, mu po mojem mnenju posebnost direktiv o boju proti diskriminaciji omogoča, da sprejme rešitev, katere obseg je manjši in ki je hkrati lahko skladna z njegovo sodno prakso glede splošnega načela enakosti in prepovedi diskriminacije. S tega vidika je možnost sklicevanja na Direktivo 2000/78 v sporih med posamezniki večja zato, ker se z njo izvaja to načelo oziroma njegova razsežnost prepovedi diskriminacije na podlagi starosti.

90. Na koncu bi rad opozoril, da bodo po mojem mnenju Sodišču, ob upoštevanju vse večjega poseganja prava Skupnosti v razmerja med fizičnimi osebami, brez dvoma predloženi drugi primeri, v katerih se bo postavljalo vprašanje, ali se je v sporih med posamezniki mogoče sklicevati na direktive, ki prispevajo k zagotavljanju temeljnih pravic. Število teh primerov bo verjetno naraslo, če bo Listini Evropske unije o temeljnih pravicah v prihodnosti podeljena zavezujoča pravna moč, saj je nekaj temeljnih pravic, navedenih v tej listini, mogoče najti v pravnem redu Skupnosti v obliki direktiv [50]. S tega vidika mora po mojem mnenju Sodišče zdaj razmisliti, ali opredelitev pravic, zagotovljenih z direktivami, kot temeljnih pravic omogoča večjo možnost sklicevanja na te direktive v okviru spora med posamezniki ali ne. S to zadevo se Sodišču ponuja priložnost, da natančneje opredeli, kako želi odgovoriti na to pomembno vprašanje.

49 – Težavo bi bilo v tem primeru še težje rešiti, saj bi se Sodišče poleg velike ovire, povezane z naravo akta sekundarnega prava Skupnosti, kot je direktiva, srečalo tudi s splošnejšim vprašanjem, ali lahko prepoved diskriminacije velja za vse oblike razmerij med posamezniki. V zvezi s tem navajam, da je nujnost prepovedi nekaterih oblik diskriminacije, navedenih v določbah primarnega prava, Sodišče že privedla do tega, da je zanje priznalo najširšo mogočo uporabo, zlasti v okviru razmerja med posamezniki (glej zlasti zgoraj navedeni sodbi Defrenne (točka 39) in Angonese (točke od 34 do 36)). Poleg tega člen 3(1) Direktive 2000/78, v katerem je določeno, da se ta direktiva „uporablja za vse osebe, bodisi v javnem bodisi v zasebnem sektorju“, dokazuje, da je zakonodajalec Skupnosti zasnoval prepoved diskriminacije, kot da zajema delovna razmerja, urejena z zasebnim pravom. Poleg tega glej za preseganje okvira Skupnosti sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 13. julija 2004 v zadevi Pla in Puncernau proti Andori (*Zbirka odločb* 2004-VIII), v kateri je to sodišče, kot se zdi, priznalo, da se pravica do nediskriminacije, določena v členu 14 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki je bila podpisana v Rimu 4. novembra 1950, lahko uporabi v okviru razmerij med posamezniki, s čimer je odprlo pot preverjanju združljivosti povsem zasebnih aktov glede na ta člen (v zvezi s to navedbo glej Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'homme,* 9. iz., PUF, Pariz, 2008, str. 264).

50 – V zvezi s tem glej De Schutter, O., „Les droits fondamentaux dans l'Union européenne: une typologie de l'acquis“, *Classer les droits de l'homme,* 2004, str. 315. Avtor kot primere navaja pravico delavcev do obveščanja in posvetovanja v podjetju (člen 27), varstvo delavcev v primeru neupravičene odpustitve (člen 30), pravico do poštenih in pravičnih delovnih pogojev (člen 31), prepoved otroškega dela in varstvo mladih pri delu (člen 32), zagotavljanje možnosti za usklajevanje družinskega in poklicnega življenja (člen 33) ter pravico delavcev migrantov do socialne varnosti (člen 34(2)) (str. 346 in 347).

IV – Predlog

91. Glede na vse zgornje ugotovitve Sodišču predlagam, naj razsodi:

1. Člen 6(1) Direktive Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu je treba razlagati tako, da nasprotuje nacionalni zakonodaji, kot je tista, ki se obravnava v postopku v glavni stvari in s katero je na splošno predvideno neupoštevanje delovne dobe, ki so jo imeli delavci pred 25. letom starosti, pri izračunu odpovednih rokov v primeru odpovedi delovnega razmerja.

2. Nacionalno sodišče mora zavrniti uporabo te zakonodaje tudi v okviru spora med posamezniki.