SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE JULIANE KOKOTT,
predstavljeni 30. septembra 2010[1]

I – Uvod

1. Ali je združljivo s temeljnimi pravicami Unije, če se pri sklepanju zasebnih zavarovalnih pogodb kot dejavnik tveganja uporablja spol zavarovanca? To je v bistvu vprašanje, s katerim se mora ukvarjati Sodišče v obravnavanem postopku za sprejetje predhodne odločbe. Pri tem se prvič ukvarja z materialnopravnimi določbami Direktive 2004/113/ES[2], ki spada med tako imenovane direktive proti diskriminaciji[3], o katerih je v zadnjem času potekala zelo kontroverzna razprava.

2. Člen 5(2) Direktive 2004/113 državam članicam dovoljuje, da pri zavarovalnih premijah in dajatvah upoštevajo razlike na podlagi spola, če je spol odločilen dejavnik tveganja, kar se lahko potrdi z ustreznimi in natančnimi aktuarskimi in statističnimi podatki. Številne države članice so navedeno izjemo uporabile za enega ali več zavarovalnih tipov.

3. Belgijsko ustavno sodišče zdaj sprašuje, ali je ta določba Direktive združljiva s pravom Unije višje stopnje, povedano natančneje, s prepovedjo diskriminacije na podlagi spola, ki je ena od temeljnih pravic. Ozadje tega predloga za sprejetje predhodne odločbe je tožba za razglasitev ničnosti belgijskega zakona o prenosu Direktive 2004/113, ki so jo pri ustavnem sodišču vložile zveza potrošnikov Association Belge des Consommateurs Test-Achats (v nadaljevanju: Test-Achats) in dve fizični osebi.

1 – Jezik izvirnika: nemščina.

2 – Direktiva Sveta 2004/113/ES z dne 13. decembra 2004 o izvajanju načela enakega obravnavanja moških in žensk pri dostopu do blaga in storitev ter oskrbi z njimi (UL L 373, str. 37, v nadaljevanju: Direktiva 2004/113).

3 – K direktivam proti diskriminaciji spadajo poleg tega 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); Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu (UL L 303, str. 16) ter Direktiva 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija 2006 o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu (UL L 204, str. 23).

II – Pravni okvir

A – *Pravo Unije*

4. Pravni okvir tega primera na ravni prava Unije je določen s temeljnimi pravicami, ki veljajo na ravni Unije, na katere se sklicuje člen 6 Pogodbe o Evropski uniji. Te temeljne pravice, ki so izražene zlasti v Listini Evropske unije o temeljnih pravicah[4], pomenijo merilo za preizkus veljavnosti člena 5(2) Direktive 2004/113.

Pogodba o Evropski uniji

5. Do začetka veljavnosti Lizbonske pogodbe 1. decembra 2009 je Pogodba o Evropski uniji, kot je bila spremenjena z Amsterdamsko pogodbo, vsebovala ta člen 6 (v nadaljevanju: člen 6 EU):

„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, podpisana v Rimu 4. novembra 1950, in ki kot splošna načela prava Skupnosti izhajajo iz skupnih ustavnih tradicij držav članic.

[…]“

6. V različici, kot izhaja iz Lizbonske pogodbe, člen 6 Pogodbe o Evropski uniji (v nadaljevanju: prečiščena različica PEU) določa:

„1. Unija priznava pravice, svoboščine in načela iz Listine Evropske unije o temeljnih pravicah z dne 7. decembra 2000, prilagojene 12. decembra 2007 v Strasbourgu, ki ima enako pravno veljavnost kot Pogodbi.

[…]

3. Temeljne pravice, kakor jih zagotavlja Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin in kakor izhajajo iz ustavnega izročila, skupnega državam članicam, so kot splošna načela del prava Unije.“

4 – Listina Evropske unije o temeljnih pravicah je bila najprej svečano razglašena 7. decembra 2000 v Nici (UL C 364, str. 1) in nato ponovno 12. decembra 2007 v Strasbourgu (UL C 303, str. 1, in UL 2010, C 83, str. 389).

Listina o temeljnih pravicah

7. Listina o temeljnih pravicah vsebuje pod naslovom III določbe o enakosti. Člen 20 Listine z naslovom „Enakost pred zakonom“ določa:

„Pred zakonom so vsi enaki.“

8. Člen 21(1) Listine vsebuje načelo prepovedi diskriminacije in določa:

„Prepovedana je vsakršna diskriminacija na podlagi spola, rase, barve kože, etničnega ali socialnega porekla, genetskih značilnosti, jezika, vere ali prepričanja, političnega ali drugega mnenja, pripadnosti narodnostni manjšini, premoženja, rojstva, invalidnosti, starosti ali spolne usmerjenosti.“

9. Poleg tega člen 23(1) Listine z naslovom „Enakost žensk in moških“ določa:

„Enakost žensk in moških se mora zagotoviti na vseh področjih, vključno z zaposlovanjem, delom in plačilom za delo.“

Direktiva 2004/113

10. Direktiva 2004/113 temelji na členu 13(1) ES (zdaj člen 19(1) PDEU). Njen namen je določen v členu 1:

„Namen te direktive je določiti okvir za boj proti diskriminaciji zaradi spola pri dostopu do blaga in storitev ter oskrbe z njimi, zato da bi v državah članicah uveljavili načelo enakega obravnavanja moških in žensk.“

11. Definicijo načela enakega obravnavanja v smislu Direktive 2004/113 vsebuje njen člen 4(1):

„Za namene te direktive načelo enakega obravnavanja moških in žensk pomeni, da:

(a) ni dopustna neposredna diskriminacija zaradi spola, vključno z manj ugodnim obravnavanjem žensk zaradi nosečnosti in materinstva;

(b) ni dopustna posredna diskriminacija zaradi spola.“

12. Člen 5 Direktive 2004/113 z naslovom „Aktuarski faktorji“ določa:

„1. Države članice zagotovijo, da v nobeni novi pogodbi, sklenjeni po 21. decembru 2007, uporaba spola kot faktorja pri izračunavanju premij in dajatev za namene zavarovanja in z njim povezanih finančnih storitev nima za posledico razlik v premijah in dajatvah oseb.

2. Ne glede na odstavek 1 se lahko države članice odločijo v [do] 21. decembra 2007 dovoliti sorazmerne razlike v premijah in dajatvah oseb, kadar se spol, na podlagi ustreznih in točnih aktuarskih in statističnih podatkov, uporablja kot odločilni faktor pri oceni tveganja. Zadevne države članice o tem obvestijo Komisijo in zagotovijo redno zbiranje, objavljanje in posodabljanje točnih podatkov, pomembnih za uporabo spola kot odločilnega aktuarskega faktorja. Države članice svojo odločitev pregledajo pet let po 21. decembru 2007, upoštevajoč poročilo Komisije iz člena 16, in posredujejo Komisiji izid pregleda.

3. Stroški, povezani z nosečnostjo in materinstvom, v nobenem primeru ne smejo imeti za posledico razlik v premijah in dajatvah med osebami.

Države članice lahko izvajanje ukrepov, potrebnih za uskladitev s tem odstavkom, odložijo za največ dve leti po 21. decembru 2007. V tem primeru zadevne države članice nemudoma obvestijo Komisijo.“

13. Dodatno je treba opozoriti na preambulo Direktive 2004/113, ki v 1., 4., 18. in 19. uvodni izjavi določa:

„(1) Evropska unija skladno s členom 6 Pogodbe o Evropski uniji temelji na načelih svobode, demokracije, spoštovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter pravne države, načelih, ki so skupna državam članicam, in spoštuje temeljne pravice, kakršne zagotavlja Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin in ki kot splošna

načela prava Skupnosti izhajajo iz skupnih ustavnih tradicij držav članic.

[…]

(4) Enakost moških in žensk je eno temeljnih načel Evropske unije. Člena 21 in 23 Listine o temeljnih pravicah Evropske unije prepovedujeta vsakršno diskriminacijo zaradi spola in zahtevata, da se enakost moških in žensk zagotovi na vseh področjih.

[…]

(18) Aktuarski faktorji, ki se nanašajo na spol, se široko uporabljajo pri zagotavljanju zavarovanj in drugih, z njimi povezanih finančnih storitev. Da bi dosegli enako obravnavanje moških in žensk, uporaba spola kot aktuarskega faktorja ne sme imeti za posledico razlik v premijah in dajatvah med osebami. Da bi se izognili nenadnemu prilagajanju trga, naj se ta predpis uporablja samo za nove pogodbe, sklenjene po datumu prenosa te direktive.

(19) Pri določenih vrstah tveganj so lahko med spoloma razlike. V nekaterih primerih je spol lahko eden od odločilnih dejavnikov pri oceni zavarovanega tveganja, ne pa nujno edini. Države članice lahko za pogodbe o zavarovanju teh vrst tveganja sklenejo dovoliti izjeme od predpisanih enakih premij in dajatev za oba spola, kolikor lahko zagotovijo zanesljivost, stalno ažurnost in javno razpoložljivost aktuarskih in statističnih podatkov, ki so podlaga za izračune. Izjeme so dopustne le na področjih, za katera nacionalna zakonodaja še ni predvidela predpisa o enakih pogojih za oba spola. Države članice naj pet let po prenosu te direktive ponovno preučijo upravičenost teh izjem in pri tem upoštevajo zadnje aktuarske in statistične podatke ter poročilo Komisije, pripravljeno tri leta po datumu prenosa te direktive."

B – *Nacionalno pravo*

14. V belgijskem pravu je upoštevan zakon z dne 21. decembra 2007[5], s katerim je bila prenesena Direktiva 2004/113.[6] S tem

5 – Zakon o spremembi zakona z dne 10. maja 2007 o boju proti diskriminaciji na podlagi spola med ženskami in moškimi na področju zavarovanja (Moniteur belge št. 373 z dne 31. decembra 2007, str. 66175).

6 – Ta cilj izhaja iz člena 2 zakona z dne 21. decembra 2007.

zakonom je bila novelirana določba zakona, sprejeta le nekaj mesecev prej, in sicer člen 10 zakona z dne 10. maja 2007 o boju proti diskriminaciji med ženskami in moškimi[7], ki je začela učinkovati 20. decembra 2007, in sicer tako:[8]

„Člen 10(1) Z odstopanjem od člena 8 se lahko določi sorazmerno neposredno razlikovanje na podlagi spola pri določanju zavarovalnih premij in dajatev, kadar je spol odločilen dejavnik pri oceni tveganja na podlagi ustreznih in točnih aktuarskih in statističnih podatkov.

To odstopanje se uporablja samo za pogodbe o življenjskem zavarovanju v smislu člena 97 zakona z dne 25. junija 1992 o pogodbah o osebnem in škodnem zavarovanju.

(2) Stroški, povezani z nosečnostjo in materinstvom, od 21. decembra 2007 nikakor ne smejo povzročiti razlik v zavarovalnih premijah in dajatvah.

7 – Moniteur belge št. 159 z dne 30. maja 2007, str. 29031.

8 – Sprememba je bila uvedena s členom 3 zakona z dne 21. decembra 2007; začetek veljavnosti izhaja iz člena 5 navedenega zakona.

(3) Komisija za bančni, finančni in zavarovalniški nadzor aktuarske in statistične podatke iz odstavka 1 zbira, objavi najpozneje do 20. junija 2008 in jih nato posodobi vsaki dve leti ter jih objavi na svoji spletni strani. Ti podatki se posodabljajo vsaki dve leti.

Komisija za bančni, finančni in zavarovalniški nadzor je pooblaščena, da od institucij, podjetij in zadevnih oseb zahteva podatke za ta namen. Komisija natančno določi, katere podatke je treba poslati ter kako in v kakšni obliki.

(4) Komisija za bančni, finančni in zavarovalniški nadzor Evropski komisiji najpozneje do 21. decembra 2009 pošlje podatke, ki jih ima na podlagi tega člena. Te podatke ob vsaki posodobitvi pošlje Evropski komisiji.

(5) Zakonodajni odbori pred 1. marcem 2011 ocenijo izvajanje tega člena na podlagi podatkov iz odstavkov 3 in 4, poročila Evropske komisije iz člena 16 Direktive 2004/113/ES in položaj v drugih državah članicah Evropske unije.

Ocenjevalna komisija v dveh letih opravi to oceno na podlagi poročila, predloženega zakonodajnim odborom.

Kralj z odlokom, obravnavanim v svetu ministrov, določi natančnejša pravila o sestavi in imenovanju ocenjevalne komisije ter obliki in vsebini poročila.

Komisija bo poročala predvsem o posledicah tega člena za razmere na trgu in preučila tudi druga merila delitve, poleg tistih, ki so povezana s spolom.

(6) Ta določba ne velja za zavarovalne pogodbe, sklenjene v okviru dopolnilnega sistema socialne varnosti. Za te pogodbe velja izključno člen 12."

15. Poleg tega vsebuje člen 4 zakona z dne 21. decembra 2007 to določbo:

„Dokler Komisija za bančni, finančni in zavarovalniški nadzor ne objavi ustreznih in točnih aktuarskih in statističnih podatkov iz člena 10(3) zakona z dne 10. maja 2007 o boju proti diskriminaciji med ženskami in moškimi, [nadomeščenega z obravnavanim zakonom], je pri določanju zavarovalnih premij in dajatev dovoljeno neposredno razlikovanje na podlagi spola, če je objektivno utemeljeno z zakonitim ciljem ter če so sredstva za doseganje tega cilja ustrezna in potrebna. Komisija za bančni, finančni in zavarovalniški nadzor bo te podatke objavila najpozneje do 20. junija 2008."

III – Postopek v glavni stvari

16. Pri ustavnem sodišču Kraljevine Belgije je bila vložena tožba za razglasitev ničnosti zakona z dne 21. decembra 2007. Navedeno tožbo so junija 2008 vložile Test-Achats kot zveza potrošnikov z nepridobitnim ciljem in dve fizični osebi.

17. Tožeče stranke iz postopka v glavni stvari v bistvu zatrjujejo, da zakon z dne 21. decembra 2007 ni združljiv z načelom enakega obravnavanja moških in žensk. Kršil naj bi člene 10, 11 in 11a belgijske ustave v povezavi s členom 13 ES, Direktivo 2004/113, člene 20,

21 in 23 Listine o temeljnih pravicah, člen 14 EKČP[9], člen 26 Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah[10] in Mednarodno konvencijo o boju proti vsaki obliki diskriminacije žensk[11].

18. Ustavno sodišče ugotavlja, da sporni zakon uporablja izjemo na podlagi člena 5(2) Direktive 2004/113, tako da se očitki tožečih strank nanašajo tudi na to določbo Direktive. Ob upoštevanju teh okoliščin ustavno sodišče meni, da je treba pred odločitvijo o ničnostni tožbi presoditi veljavnost člena 5(2) Direktive 2004/113. Ustavno sodišče izrecno priznava, da je za presojo tega vprašanja o veljavnosti pristojno le Sodišče, ki mu je ustavno sodišče kot nacionalno sodišče, zoper odločitev katerega po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva, zadevo dolžno predložiti na podlagi člena 234(3) ES (zdaj člen 267(3) PDEU).

IV – Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

19. Belgijsko ustavno sodišče je s sodbo z dne 18. junija 2009 Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:[12]

1. Ali je člen 5(2) Direktive 2004/113/ES […] združljiv s členom 6(2) [EU] in zlasti z načeloma enakosti in prepovedi diskriminacije, zagotovljenima s to določbo?

2. Če je odgovor na prvo vprašanje nikalen, ali člen 5(2) te direktive prav tako ni združljiv s členom 6(2) [EU], če je njegova

9 – Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju: EKČP, podpisana v Rimu, 4. novembra 1950). EKČP ima v skladu z ustaljeno sodno prakso poseben pomen pri ugotavljanju standarda temeljnih pravic, ki ga mora zagotavljati Evropska unija; glej med drugim sodbo Sodišča z dne 26. junija 2007 v zadevi Ordre des barreaux francophones et germanophone in drugi (C-305/05, ZOdl., str. I-5305, točka 29 in tam navedena sodna praksa); glej tudi člen 6(2) EU oziroma člen 6(3) prečiščene različice PEU.

10 – V podpis predložen 19. decembra 1966, velja od 23. marca 1976 (UNTS zvezek 999, str. 171).

11 – V podpis predložena 18. decembra 1979, velja od 3. septembra 1981 (UNTS zvezek 1249, str. 13).

12 – Sodba št. 103/2009, Az. 4486, dostopna na spletni strani belgijskega ustavnega sodišča pod http://www.const-court.be/de/common/home.html (nazadnje obiskana 1. septembra 2010).

uporaba omejena samo na pogodbe o življenjskem zavarovanju?

20. V postopku pred Sodiščem so poleg Test-Achats pisna stališča podale belgijska, irska, francoska, litovska in finska vlada ter vlada Združenega kraljestva, kot tudi Svet Evropske unije in Evropska komisija. Obravnave z dne 1. junija 2010 so se udeležili Test-Achats, belgijska in irska vlada, vlada Združenega kraljestva ter tudi Svet in Komisija.

V – Presoja

21. Člen 5(2), ki je predmet preizkusa, je določba Direktive 2004/113, ki je prvotni predlog direktive Komisije[13] sploh ni vseboval. Celo več: Komisija se je v obrazložitvi svojega predloga direktive po podrobni preučitvi v obravnavanem primeru sporne problematike odločno izrekla proti temu, da se pri zavarovalnih premijah in dajatvah omogoči razlikovanje glede na spol, in je tako razlikovanje izrecno štela za nezdružljivo z načelom enakega obravnavanja.[14]

22. Toliko bolj preseneča, da Komisija v obravnavanem postopku poudarjeno zagovarja tezo, da člen 5(2) Direktive 2004/113 ne pomeni nikakršne kršitve načela enakega obravnavanja moških in žensk, temveč je naravnost izraz tega načela. Komisija svoje nenadne spremembe stališča tudi po poizvedbi ni mogla sprejemljivo obrazložiti.

23. Močno dvomim, da bi bil lahko člen 5(2) Direktive 2004/113 – v obliki, ki jo je izbral Svet – sploh izraz načela enakega obravnavanja, in sicer prepovedi, da se različna dejanska stanja ne obravnavajo enako. Predpis, ki ima tak namen, bi moral veljati v vseh državah članicah. Dejansko pa naj bi se po mnenju zakonodajalca Unije člen 5(2) Direktive 2004/113 uporabljal le „na področjih, za katera nacionalna zakonodaja še ni predvidela predpisa o enakih pogojih za oba spola“.[15] Predpis ima

13 – Predlog Direktive Sveta o izvajanju načela enakega obravnavanja moških in žensk pri dostopu do blaga in storitev ter oskrbi z njimi (COM(2003) 657 konč.).

14 – Predlog Komisije, naveden v opombi 13, str. 7 in naslednje, zlasti str. 9 spodaj.

15 – Glej 19. uvodno izjavo Direktive 2004/113, četrti stavek.

torej za posledico, da se lahko v nekaterih državah članicah moške in ženske glede določenega zavarovalnega proizvoda obravnava različno, medtem ko se morajo v drugih državah članicah glede tega zavarovalnega proizvoda obravnavati enako. Težko verjamem, da naj bi bil tak pravni položaj izraz načela enakega obravnavanja v pravu Unije.

1. Splošno

26. Evropska unija je unija, ki temelji na pravu; ne institucije ne države članice se ne morejo izogniti nadzoru skladnosti svojih aktov s „temeljno ustavno listino“ Unije, kot je določena v pogodbah.[16]

A – *Prvo vprašanje*

27. Pogoj za zakonitost vseh aktov Unije je spoštovanje temeljnih in človekovih pravic.[17] Unija temelji na načelih svobode, spoštovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter pravne države (člen 6(1) EU[18]). Unija spoštuje temeljne pravice, kakršne zagotavlja EKČP in ki kot splošna načela prava Unije izhajajo iz skupnih ustavnih tradicij držav članic (člen 6(2) EU[19]).

24. Belgijsko ustavno sodišče s prvim vprašanjem sprašuje o veljavnosti člena 5(2) Direktive 2004/113. V bistvu želi izvedeti, ali je ta določba združljiva z načelom enakega obravnavanja in nediskriminacije.

28. Temeljne pravice, ki se zagotavljajo na ravni Unije, so danes združene v Listini Evropske unije o temeljnih pravicah, ki ima od začetka veljavnosti Lizbonske pogodbe enako pravno veljavnost kot pogodbe (člen 6(1) prečiščene

25. Medtem ko Test-Achats meni, da člen 5(2) Direktive 2004/113 pomeni kršitev tega načela, pa imajo v postopku udeležene države članice in institucije Unije skupaj nasprotno stališče.

16 – Sodbi Sodišča z dne 23. aprila 1986 v zadevi Les Verts proti Parlamentu (294/83, Recueil, str. 1339, točka 23) in z dne 3. septembra 2008 v združenih zadevah Kadi in Al Barakaat International Foundation proti Svetu in Komisiji (v nadaljevanju: sodba Kadi, C-402/05 P in C-415/05 P, ZOdl., str. I-6351, točka 281).

17 – V tem smislu sodba Kadi, navedena v opombi 16, točka 285.

18 – Ta določba zdaj v bistvu ustreza členu 2 prečiščene različice PEU.

19 – Ta določba zdaj v bistvu ustreza členu 6(3) prečiščene različice PEU.

različice PEU)[20]. Tudi pred začetkom veljavnosti Lizbonske pogodbe, ko Listina še ni imela zavezujočih pravnih učinkov, primerljivih s primarnim pravom, se lahko uporablja kot vir spoznanja za varstvo temeljnih pravic na ravni Unije[21]; navedeno nazadnje velja pri preizkusu pravnega akta, v katerem se je zakonodajalec Unije skliceval na Listino, kot se je v obravnavanem primeru zgodilo v 4. uvodni izjavi Direktive 2004/113.[22]

29. Splošno načelo enakega obravnavanja in nediskriminacije je izraženo v členu 20 Listine o temeljnih pravicah, ki določa, da so pred zakonom vsi enaki. V obravnavanem primeru pa gre za načelo enakega obravnavanja in nediskriminacije moških in žensk, ki ga je Sodišče že zgodaj priznalo kot temeljno načelo prava Unije[23] ter je zdaj kot temeljna pravica posebej urejeno v členu 21(1) in členu 23(1) Listine o temeljnih pravicah. V nadaljevanju se bom ukvarjala samo s tem načelom. Ker za obravnavani postopek ni bistvene razlike med pojmi „načelo enakega obravnavanja“, „načelo nediskriminacije“ in „prepoved diskriminacije“, jih bom uporabljala kot sinonime.

30. Dejstvo, da zakonodajalec Unije v členu 5(2) Direktive 2004/113 ne razlikuje glede na spol zavarovancev, temveč za to samo pooblašča države članice, ne vpliva na preizkus združljivosti te določbe s pravom višje stopnje. Zakonodajalec Unije namreč ne sme dati državam članicam pooblastila za sprejetje ukrepov, ki bi pomenili kršitev temeljnih pravic Unije, in naloga Sodišča je, da to preizkusi.[24]

20 – Glej tudi sodbi Sodišča z dne 19. januarja 2010 v zadevi Kücükdeveci (C-555/07, ZOdl., str. I-365, točka 22) in z dne 1. julija 2010 v zadevi Knauf Gips proti Komisiji (C-407/08 P, ZOdl., str. I-6375, točka 91).

21 – V tem smislu sodbe Sodišča z dne 13. marca 2007 v zadevi Unibet (C-432/05, ZOdl., str. I-2271, točka 37); z dne 11. decembra 2007 v zadevi International Transport Workers' Federation in Finnish Seamen's Union (C-438/05, ZOdl., str. I-10779, točki 43 in 44); z dne 18. decembra 2007 v zadevi Laval un Partneri (C-341/05, ZOdl., str. I-11767, točki 90 in 91) in z dne 14. februarja 2008 v zadevi Dynamic Medien (C-244/06, ZOdl., str. I-505, točka 41).

22 – V tem smislu sodba Sodišča z dne 27. junija 2006 v zadevi Parlament proti Svetu (v nadaljevanju: sodba Familienzusammenführung, C-540/03, ZOdl., str. I-5769, točka 38).

23 – Sodbi Sodišča z dne 8. aprila 1976 v zadevi Defrenne (v nadaljevanju: sodba Defrenne II, 43/75, Recueil, str. 455, točka 12) in z dne 15. junija 1978 v zadevi Defrenne (v nadaljevanju: sodba Defrenne III, 149/77, Recueil, str. 1365, točki 26 in 27).

24 – V tem smislu sodba Familienzusammenführung, navedena v opombi 22, zlasti točke 76, 84, 90 in 103.

2. Bistven pomen načela enakega obravnavanja moških in žensk

31. Sodišče v ustaljeni sodni praksi poudarja bistven pomen načela enakega obravnavanja moških in žensk.[25] Ta pomen je na pomembnih mestih poudarjen tudi v pogodbah, ob sprejetju Direktive 2004/113 na primer v členu 2 ES in členu 3(2) ES, danes v členu 2 prečiščene različice PEU, členu 3(3)(2) prečiščene različice PEU, členu 8 PDEU in členu 10 PDEU.

32. Kljub temu so nekateri udeleženci postopka poskušali zmanjšati pomen tega načela za obravnavani primer. Vendar nobeden od argumentov s tem ciljem ne prepriča.

33. Prvič, v nasprotju s tem, kar se zdi mnenje Sveta in Komisije, namreč iz pravne podlage člena 13(1) ES, na katerem temelji Direktiva 2004/113, ne izhaja, da je imel zakonodajalec Unije pri vsebinski določitvi ukrepov za boj proti diskriminacijam proste roke.

34. Gotovo gre pri členu 13(1) ES za določbo, po kateri „lahko“ Svet sprejme „ukrepe“ za boj proti diskriminaciji. Zato ima nedvomno določeno diskrecijsko pravico glede smotrnosti, stvarnega področja uporabe in vsebine protidiskriminatornih predpisov, ki jih mora sprejeti. V mejah prepovedi samovolje bi tako lahko Svet načeloma s področja uporabe Direktive 2004/113 v celoti izvzel tudi posamezne storitve, kot so na primer zavarovanja.

35. Z Direktivo 2004/113, in sicer z njenim členom 5, pa se je Svet namerno odločil za sprejetje protidiskriminatornih predpisov na področju zavarovanja. Taki predpisi morajo brez omejitve vzdržati preizkus na podlagi merila prava Unije višje stopnje, zlasti merila temeljnih pravic Unije. Povedano z besedami člena 13(1) ES (zdaj člena 19(1) PDEU), biti morajo „ustrezni“ za boj proti diskriminaciji in ne smejo voditi do diskriminacije. Svet se ne more izogniti temu preizkusu samo s sklicevanjem na to, da bi lahko ostal tudi pasiven.

36. Drugič; pomen načela enakega obravnavanja moških in žensk v obravnavanem primeru se ne more zmanjšati s sklicevanjem na to, da ne gre za „absolutno pravico“, to je za

25 – Glej v osnovi sodbi Sodišča z dne 26. februarja 1986 v zadevi Marshall (152/84, Recueil, str. 723, točka 36) in v zadevi Beets-Proper (262/84, Recueil, str. 773, točka 38), nadalje sodbe Sodišča z dne 24. februarja 1994 v zadevi Roks in drugi (C-343/92, Recueil, str. I-571, točka 36); z dne 6. aprila 2000 v zadevi Jørgensen (C-226/98, Recueil, str. I-2447, točka 39); z dne 20. marca 2003 v zadevi Kutz-Bauer (C-187/00, Recueil, str. I-2741, točka 60) in z dne 23. oktobra 2003 v združenih zadevah Schönheit in Becker (C-4/02 in C-5/02, Recueil, str. I-12575, točka 85).

neomejeno temeljno pravico. Čeprav se lahko temeljne pravice praviloma omejijo, se morajo vseeno upoštevati kot merilo za preizkus zakonitosti pravnih aktov.[26]

37. Seveda je lahko neenako obravnavanje med spoloma v določenih okoliščinah upravičeno. *Neposredna* diskriminacija na podlagi spola – ki je edina vrsta diskriminacije, ki se presoja v obravnavanem primeru – je dopustna samo v ozkih mejah in mora biti skrbno utemeljena. Zakonodajalec Unije nikakor ne more poljubno dopuščati izjem od načela enakega obravnavanja in tako razvrednotiti prepoved diskriminacije.

38. K temu dodajam, da prepoved diskriminacije na podlagi spola glede svoje vsebine ne potrebuje drugačne konkretizacije s strani zakonodajalca Unije. Dejstvo, da zakonodajalec Unije včasih sprejema ukrepe sekundarnega prava za spodbujanje enakega obravnavanja moških in žensk in za boj proti obstoječim diskriminacijam med njimi – kar *bi* ob upoštevanju ciljev pogodb[27] tudi *moral* storiti –, ne zmanjšuje pomena načela enakega obravnavanja kot temeljne pravice in ustavnega načela Evropske unije, temveč celo poudarja njegovo pomembno vlogo na vseh področjih.

39. Če zakonodajalec Unije sprejme „ukrepe“ v smislu člena 13(1) ES (zdaj člen 19(1) PDEU) za boj proti diskriminaciji ter za spodbujanje enakosti moških in žensk, mora to storiti skladno s cilji načela enakega obravnavanja spolov, določenega v primarnem pravu.

3. Preizkus združljivosti člena 5(2) Direktive 2004/113 z načelom enakega obravnavanja moških in žensk

40. Člen 5(2) Direktive 2004/113 državam članicam dopušča, da pod tam določenimi

26 – Glede načela enakega obravnavanja glej sodbi Sodišča z dne 14. junija 1990 v zadevi Weiser (C-37/89, Recueil, str. I-2395, točki 13 in 14) in z dne 11. septembra 2007 v zadevi Lindorfer proti Svetu (C-227/04 P, ZOdl., str. I-6767, točka 51); v enakem smislu glede temeljne pravice spoštovanja družinskega življenja tudi sodba Familienzusammenführung, navedena v opombi 22, zlasti točke 76, 90 in 103.

27 – Glede tega glej zgoraj navedene določbe pogodb, točka 31 teh sklepnih predlogov.

pogoji dovolijo razlike v zavarovalnih premijah in dajatvah, ki se nanašajo na spol. S tem predpis dovoljuje razlike v zavarovalnih pogodbah, neposredno povezane s spolom zavarovanca.[28]

41. Navedeno ne pomeni nujno, da člen 5(2) Direktive 2004/113 omogoča neposredno diskriminacijo zaradi spola, ki je v pravu Unije prepovedana. Skladno z ustaljeno sodno prakso[29] namreč načelo enakega obravnavanja oziroma nediskriminacije, katerega samo poseben izraz je prepoved diskriminacije na podlagi spola, naj se primerljivi položaji ne obravnavajo različno in naj se različni položaji ne obravnavajo enako, razen če je taka obravnava objektivno utemeljena[30].

42. Preizkusiti je torej treba, ali se lahko položaji, v katerih so moški in ženske glede zavarovalnih storitev, s pravnega vidika pomembno razlikujejo.

43. Značilnosti položajev in njihovo primerljivost je treba zlasti utemeljiti in presojati ob upoštevanju predmeta in namena ureditve, s katerim je uvedeno zadevno razlikovanje. Poleg tega je treba upoštevati načela in cilje področja, s katerega izhaja zadevna ureditev.[31]

44. Kot je poudarilo več udeležencev postopka pred Sodiščem, naj bi se s členom 5(2) Direktive 2004/113 upoštevale posebnosti na področju zavarovanja. Zavarovalnice ponujajo storitve, pri katerih se ob sklenitvi pogodbe ne more z gotovostjo trditi, ali, kdaj in v kolikšnem obsegu jih bo zavarovanec koristil. Da bi se to tveganje lahko izračunalo in bi se proizvodi prilagodili glede na tveganje, je treba pri aktuarskih izračunih premij in dajatev nujno upoštevati napovedi.

28 – Včasih lahko gre tudi za spol upravičenca iz zavarovalne pogodbe, ki ni nujno hkrati tudi sklenitelj zavarovanja. Zaradi poenostavitve pa bom v nadaljevanju govorila samo o zavarovancu.

29 – Sodbe Sodišča z dne 13. decembra 1984 v zadevi Sermide (106/83, Recueil, str. 4209, točka 28); z dne 6. decembra 2005 v združenih zadevah ABNA in drugi (C-453/03, C-11/04, C-12/04 in C-194/04, ZOdl., str. I-10423, točka 63); z dne 16. decembra 2008 v zadevi Arcelor Atlantique et Lorraine in drugi (v nadaljevanju: sodba Arcelor, C-127/07, ZOdl., str. I-9895, točka 23) in z dne 7. julija 2009 v zadevi S.P.C.M. in drugi (C-558/07, ZOdl., str. I-5783, točka 74).

30 – Nič drugega ne določa Direktiva 2004/113 v členu 2(a), v katerem neposredno diskriminacijo opredeli tako: „[K]adar se ena oseba zaradi spola obravnava manj ugodno, kakor se obravnava, se je obravnavala ali bi se obravnavala oseba drugega spola v primerljivi situaciji.“ Tudi v ostalih direktivah proti diskriminaciji so ustrezne opredelitve pojmov (glej člen 2(2)(a) Direktive 2000/43, člen 2(2)(a) Direktive 2000/78 in člen 2(1)(a) Direktive 2006/54).

31 – Sodba Arcelor, navedena v opombi 29, točka 26.

45. Pri življenjskih zavarovanjih in pokojninskih zavarovanjih je na primer pomembna napovedana življenjska doba zavarovanca, pri obveznih zavarovanjih motornih vozil verjetnost, s katero bo zavarovanec v cestnem prometu povzročil nesrečo, in pri zasebnem zdravstvenem zavarovanju verjetnost, s katero bo zavarovanec koristil določene medicinske storitve.

46. Praviloma se pri tem pred vsem drugim ne opravi individualna napoved za posameznega zavarovanca, temveč se upoštevajo empirični podatki. To je zlasti posledica tega, da so natančne napovedi o zavarovalnem tveganju, povezanim s posameznikom, težke, če ne celo nemogoče. Zaradi tega je načeloma dopustno, da se pri oceni tveganja namesto – ali poleg – individualne obravnave izvede skupinska obravnava.

47. Kakšne primerljive skupine se lahko v ta namen oblikujejo, je nazadnje vedno odvisno od okvirnih pogojev, ki jih določa vsakokratna zakonodaja. Pri določanju takih okvirnih pogojev, ki vsebuje politične, gospodarske in socialne odločitve ter zapletene presoje in ocene, ima Svet v okviru izvrševanja pooblastil, ki jih ima, široko diskrecijsko pravico.[32]

Na to so upravičeno opozorili številni udeleženci postopka. Svet v okviru svoje diskrecijske pravice lahko in mora upoštevati tudi svojevrstne posebnosti na področju zavarovanj.

48. Vendar ta diskrecijska pravica Sveta ni neomejena. Zlasti ne sme njena uporaba pripeljati do tega, da bi se izpodkopalo kakšno temeljno načelo prava Unije.[33] Med temeljna načela prava Unije ne nazadnje spadajo posebne prepovedi diskriminacije, določene v členu 21(1) Listine o temeljnih pravicah.

49. Zato na primer Svet ne sme rase ali narodnosti neke osebe določiti kot razlog za razlikovanje na področju zavarovanja.[34] V Uniji prava, ki je razglasila spoštovanje človekovega dostojanstva, človekovih pravic, enakosti in

32 – Ustaljena sodna praksa, glej v opombi 29 navedeni sodbi Arcelor, točka 57, in S.P.C.M. in drugi, točka 42, ter sodba z dne 8. junija 2010 v zadevi Vodafone in drugi (C-58/08, ZOdl., str. I-4999, točka 52).

33 – Sodba Sodišča z dne 9. septembra 2003 v zadevi Rinke (C-25/02, Recueil, str. I-8349, točka 39). V enakem smislu, sicer glede ukrepov držav članic na področju socialne politike, sodba Sodišča z dne 9. februarja 1999 v zadevi Seymour-Smith in Perez (C-167/97, Recueil, str. I-623, točki 74 in 75); sodba Kutz-Bauer, navedena v opombi 25, točke od 55 do 57; sodbe Sodišča z dne 11. septembra 2003 v zadevi Steinicke (C-77/02, Recueil, str. I-9027, točka 63) in z dne 18. januarja 2007 v zadevi Confédération générale du travail in drugi (C-385/05, ZOdl., str. I-611, točki 28 in 29). Podobno je Sodišče ravnalo v nekaterih zgodnejših sodbah glede prepovedi diskriminacije na podlagi starosti; glej sodbi Sodišča z dne 22. novembra 2005 v zadevi Mangold (C-144/04, ZOdl., str. I-9981, točke od 63 do 65) in z dne 18. junija 2009 v zadevi Hütter (C-88/08, ZOdl., str. I-5325, točke od 45 do 50) ter sodbo Kücükdeveci, navedena v opombi 20, točke od 38 do 42.

34 – Zato Direktiva 2000/43, s katero je Svet določil okvir prava Unije za boj proti diskriminaciji na podlagi rase ali narodnosti, ne vsebuje izjeme za upoštevanje aktuarskih podatkov.

nediskriminacije kot najvišja načela[35], gotovo ne bi bilo primerno, če bi bilo na primer na področju zdravstvenega zavarovanja različno tveganje pri kožnem raku povezano z barvo kože zavarovanca, zaradi česar bi moral plačevati ali višjo ali nižjo premijo.

50. Prav tako ni primerno, da se zavarovalna tveganja navezujejo na spol zavarovanca. Ni objektivnega razloga za domnevo, da prepoved diskriminacije na podlagi spola v pravu Unije nudi slabše varstvo kot prepoved diskriminacije na podlagi rase ali narodnosti. Tako kot rasa in narodnost je namreč tudi spol značilnost, ki je neločljivo povezana z osebo zavarovanca in na katero ta nima nobenega vpliva.[36] Poleg tega spol osebe, v nasprotju z njeno starostjo[37], ni predmet naravnih sprememb.

51. Zato je popolnoma logično, da je Svet v členu 5(1) Direktive 2004/113 načeloma prepovedal uporabo spola kot dejavnika pri izračunavanju zavarovalnih premij in dajatev. Celo stroški v povezavi z nosečnostjo in materinstvom, čeprav lahko zaradi očitnih bioloških razlogov nastopijo samo pri ženskah[38], na podlagi člena 5(3) Direktive 2004/113 nikakor ne smejo imeti za posledico različnih premij in dajatev za moške in ženske zavarovance.

52. Vendar Svet v členu 5(2) Direktive 2004/113 dopušča, da se spol upošteva pri izračunavanju zavarovalnih premij in dajatev, če se na podlagi ustreznih in natančnih aktuarskih in statističnih podatkov uporablja kot odločilen dejavnik pri oceni tveganja. Sporna določba – v nasprotju s členom 5(3) Direktive 2004/113 – ne upošteva očitnih bioloških razlik med zavarovanci, ampak se nanaša bolj na primere, v katerih se lahko različna zavarovalna tveganja v vsakem primeru *statistično* povežejo s spolom.

53. V postopku pred Sodiščem sta se za to v glavnem navajala ta primera: ženske imajo

35 – Člen 2 PEU, kot je bila spremenjena z Lizbonsko pogodbo; podobno že prej člen 6(1) EU.

36 – V obravnavani zvezi ne bom upoštevala redkega primera spremembe spola.

37 – Sicer je tudi starost značilnost, ki je neločljivo povezana z osebo, vendar gre vsak človek v svojem življenju skozi različne starostne stopnje. Če se zavarovalne premije in dajatve izračunavajo različno glede na starost, navedeno ne pomeni nujno slabšega položaja za zavarovanca kot osebo. Vsakdo lahko v svojem življenju glede na starost uživa prednosti zanj bolj ali manj ugodnih zavarovalnih proizvodov.

38 – Upoštevanje moških zavarovancev za financiranje stroškov v zvezi z nosečnostjo in materinstvom je upravičeno po načelu vzročnosti: sicer lahko zanosijo samo ženske, vendar je pri vsaki nosečnosti udeležen tudi moški.

s statističnega vidika daljšo pričakovano življenjsko dobo kot moški, težke prometne nesreče pa s statističnega vidika pogosteje povzročajo moški kot ženske. Poleg tega se v zvezi z zasebnimi zdravstvenimi zavarovanji včasih navaja, da ženske s statističnega vidika koristijo več zdravstvenih storitev kot moški.[39]

54. Sodišče doslej še ni izrazilo jasnega stališča glede vprašanja, ali pri oblikovanju zavarovalnih proizvodov razlike med osebami, ki so samo s statističnega vidika povezane z njihovim spolom, lahko ali celo morajo pripeljati do različne obravnave moških in ženskih zavarovancev.

55. Sodišče je v sodbah Neath in Coloroll Pension Trustees sicer upoštevalo, da je bila različna pričakovana življenjska doba moških in žensk pri financiranju pokojninskih sistemov, spornih v obravnavnem primeru, eden od temeljnih aktuarskih faktorjev.[40] Vendar se Sodišče ni opredelilo glede združljivosti tega dejavnika s prepovedjo diskriminacije na podlagi spola v pravu Unije. Nasprotno, štelo je, da *se* načelo enakega plačila iz člena 119(1) Pogodbe EGS (zdaj člen 157(1) PDEU) *ne uporabi*, ker so bili od aktuarskega faktorja odvisni samo pokojninski prispevki delodajalcev, ne pa tudi prispevki delavcev; tako po mnenju Sodišča takrat ni bilo prizadeto nobeno plačilo v smislu prava Unije.[41]

56. Vendar pa je Sodišče v sodbah Neath in Coloroll Pension Trustees *obiter dictum* navedlo, da morajo *prispevki delavcev*, ki spadajo na področje uporabe člena 119(1) Pogodbe EGS, glede pokojninskih sistemov za moške in ženske delavce enako visoki, ker so sestavni del plačila.[42]

57. Če sploh, potem torej iz sodne prakse v sodbah Neath in Coloroll Pension Trustees

39 – Zlasti naj bi se ženske udeležile več preventivnih pregledov in naj bi jemale več zdravil.

40 – Sodbi Sodišča z dne 22. decembra 1993 v zadevi Neath (C-152/91, Recueil, str. I-6935, točka 24) in z dne 28. septembra 1994 v zadevi Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Recueil, str. I-4389, točka 73).

41 – V opombi 40 navedeni sodbi Neath, točke od 26 do 34, in Coloroll Pension Trustees, točke od 75 do 85.

42 – V opombi 40 navedeni sodbi Neath, točka 31, drugi stavek, in Coloroll Pension Trustees, točka 80, drugi stavek.

izhaja, da prepoved diskriminacije na podlagi spola, določena v pravu Unije, nasprotuje uporabi razlik med moškimi in ženskami, ki se pojavljajo le statistično, z vidika zavarovalnih tveganj.

58. Tako sklepanje bi se moralo kot vodilo uporabiti tudi za obravnavani primer.

59. V okviru področja uporabe prepovedi diskriminacije na ravni prava Unije lahko sicer, skladno z ustaljeno sodno prakso, statistični podatki potrjujejo obstoj *posredne diskriminacije.*[43] Vendar kolikor je znano, Sodišče doslej še ni nikoli sprejelo statistike kot edine navezne okoliščine in s tem kot utemeljen razlog za *neposredno neenako obravnavanje*.

60. Ta zadržanost Sodišča bi bila lahko povezana z veliko pomembnostjo, ki jo ima prepoved diskriminacije na podlagi spola v pravu Unije. Neposredno neenako obravnavanje na podlagi spola, razen posebnih spodbujevalnih ukrepov v korist pripadnikov zapostavljenih skupin („affirmative action“)[44], je dopustno samo, če se lahko z gotovostjo ugotovi, da obstajajo upoštevne razlike med moškimi in ženskami, ki zahtevajo tako obravnavo.

61. Vendar take gotovosti ni, če se zavarovalne premije in dajatve izračunavajo različno za moške in ženske izključno ali kar najbolj na podlagi statističnih podatkov. V tem primeru se pavšalno domneva, da so različna pričakovana življenjska doba moških in ženskih zavarovancev, njihova različna nagnjenost k tveganju v cestnem prometu in uporabi zdravstvenih storitev, ki se kažejo samo v statistikah, v bistvu posledica razlik med spoloma.

62. Vendar kot je trdila Test-Achats – ne da bi ji kdo nasprotoval –, imajo pri ocenjevanju

43 – Glej sodba Sodišča z dne 13. julija 1989 v zadevi Rinner-Kühn (171/88, Recueil, str. 2743, točki 11 in 12); v opombi 33 navedena sodba Steinicke, točki 56 in 57, ter sodbi Sodišča z dne 13. januarja 2004 v zadevi Allonby (C-256/01, Recueil, str. I-873, točki 75 in 81) in z dne 12. oktobra 2004 v zadevi Wippel (C-313/02, ZOdl., str. I-9483, točka 43).

44 – Glej člen 3(3)(2) prečiščene različice PEU, člen 8 PDEU in člen 157(4) PDEU.

navedenih zavarovalnih tveganj dejansko pomembno vlogo številni drugi dejavniki. Tako na primer v obravnavanem primeru na pričakovano življenjsko dobo zavarovancev, ki je posebej pomembna v tej zadevi, močno vplivajo gospodarske in socialne razmere ter življenjske navade vsakega posameznika (na primer vrsta in obseg izvajane poklicne dejavnosti, družinsko in socialno okolje, prehranjevalne navade, uživanje poživil[45] in/ali drog, prostočasne dejavnosti, športno udejstvovanje).

63. Ob upoštevanju družbenih sprememb in s tem povezane izgube pomena tradicionalnih pogledov na vloge se vplivi dejavnikov, povezani s posameznikovim ravnanjem, na zdravje in pričakovano življenjsko dobo neke osebe ne morejo več nesporno povezovati z njegovim spolom. Če se navežemo na samo nekaj pravkar navedenih primerov: tako ženske kot moški danes opravljajo zahtevne in včasih izjemno stresne poklicne dejavnosti, pripadniki obeh spolov uživajo veliko poživil ter tudi vrsta in obseg športnega udejstvovanja oseb nista odvisna samo od tega, ali gre za pripadnike enega ali drugega spola.

64. Iz uvodnih izjav Direktive 2004/113 ne izhaja, da bi Svet v kakršni koli meri upošteval te okoliščine.[46]

65. Vendar Svet ne upraviči zapletenosti problematike, če v členu 5(2) Direktive 2004/113 preprosto dovoli, da se razlike med zavarovanci še naprej izključno ali predvsem nanašajo na spol zavarovanca, čeprav se za to vzpostavijo določene ovire („odločilni faktor“; „sorazmerne razlike“; „ustrezni in točni podatki“, ki se redno objavljajo in posodabljajo).

66. Seveda se lahko razlikovanje na podlagi spola pri zavarovalnih proizvodih zelo preprosto udejanji. Pravilen opis in ocenjevanje gospodarskih in socialnih razmer ter življenjskih navad zavarovancev je zelo zapleteno in se tudi težje preizkuša, zlasti ker se lahko ti dejavniki s časom spremenijo. Vendar praktične težave ne upravičujejo, da se v določeni meri zaradi udobnosti kot merilo razlikovanja upošteva spol zavarovanca.

45 – Zlasti tobak, alkoholne pijače, kava in čaj.

46 – Glej zlasti 19. uvodno izjavo Direktive 2004/113.

67. Z načelom enakega obravnavanja moških in žensk ni združljivo, če se spol neke osebe upošteva tako rekoč kot *nadomestno merilo* za druge znake razlikovanja. Na ta način namreč ni mogoče zagotoviti, da so različne zavarovalne premije in dajatve za moške in ženske zavarovance izključno posledica objektivnih dejavnikov, ki nimajo nič skupnega z diskriminacijo na podlagi spola.

68. Samo finančni preudarki, kot na primer nevarnost zvišanja premij za del zavarovancev ali celo za vse zavarovance, ki so jih poudarili nekateri udeleženci postopka, ne morejo biti objektiven razlog, po katerem bi bilo dovoljeno neenako obravnavanje na podlagi spola.[47] Poleg tega se zdi primerno domnevati, da bi brez klavzule o izjemi, kot je določena v členu 5(2) Direktive 2004/113, sicer bile za nekatere zavarovance premije višje kot zdaj; na drugi strani pa bi se načeloma morale pojaviti nižje premije za zavarovance drugega spola. Nobeden od udeležencev postopka ni navedel, da uvedba tako imenovane tarife, enake za oba spola, pomeni resno nevarnost za finančno ravnovesje zasebnih zavarovalnih sistemov.

69. Ob upoštevanju navedenega – tako kot že pred menoj generalni pravobranilec Van Gerven[48] – menim, da uporaba aktuarskih faktorjev, ki se nanašajo na spol, ni združljiva z načelom enakega obravnavanja moških in žensk.

70. Če povzamem, lahko Sodišču zato predlagam, naj člen 5(2) Direktive 2004/113 zaradi kršitve prepovedi diskriminacije na podlagi spola, ki je ena od temeljnih pravic, razglasi za ničen. S tako sodbo bi bilo Sodišče v dobri družbi: že pred več kot tridesetimi leti je vrhovno sodišče Združenih držav Amerike v zvezi s pokojninskimi zavarovanji razsodilo, da Civil Rights Act iz leta 1964 prepoveduje različno obravnavanje zavarovancev glede na njihov spol.[49]

47 – V tem smislu v opombi 25 navedeni sodbi Roks in drugi, točka 36, ter Schönheit in Becker, točka 85, in v opombi 33 navedena sodba Steinicke, točka 66, ter sodba Sodišča z dne 10. marca 2005 v zadevi Nikoloudi (C-196/02, ZOdl., str. I-1789, točka 53).

48 – Povezani sklepni predlogi generalnega pravobranilca Van Gervena, predstavljeni 28. aprila 1993 v združenih zadevah Ten Oever in drugi (C-109/91, C-110/91, C-152/91 in C-200/91, Recueil, str. I-4879, točke od 34 do 39). V sodbi Lindorfer proti Svetu (navedena v opombi 26), o kateri je razpravljalo nekaj udeležencev postopka, generalna pravobranilca Jacobs (sklepni predlogi, predstavljeni 27. oktobra 2005, točka 70) in Sharpston (sklepni predlogi, predstavljeni 30. novembra 2006, točka 46) vprašanja, ki je predmet spora v obravnavanem primeru, nista podrobneje preučila in nanj v bistvu nista odgovorila.

49 – Sodbi United States Supreme Court z dne 25. aprila 1978 v zadevi City of Los Angeles proti Manhart (435 U.S. 702 (1978)) in z dne 6. julija 1983 v zadevi Arizona Governing Comm. proti Norris (463 U.S. 1073 (1983)).

71. Razglasitev neveljavnosti Direktive 2004/113 v celoti pa ni potrebno. Ločena razglasitev ničnosti posamezne določbe direktive sicer ni dopustna, če je neločljivo povezana z ostalimi določbami direktive; delna razglasitev ničnosti te direktive bi namreč v takem primeru pomenila spremembo vsebine pravil, ki jih vsebuje, taka sprememba pa je le naloga zakonodajalca Unije.[50] Vendar v obravnavanem primeru na moje izrecno vprašanje nobeden od udeležencev postopka, zlasti Svet kot avtor Direktive 2004/113, ni zanikal, da je člen 5(2) ločljivi del te direktive in da se tako lahko ločeno razglasi za neveljavnega. Navedeno nazadnje potrjuje tudi okoliščina, da člen 5(2) prvotno sploh ni bil predviden in da je bil šele pozneje, v okviru zakonodajnega postopka, vključen v Direktivo 2004/113.

72. Če bo Sodišče člen 5(2) Direktive 2004/113 kljub temu štelo za veljavnega, bi bilo treba predpis kot določbo o izjemi razlagati ozko. Izpolnjevanje pogojev, ki so tam določeni za uporabo aktuarskih in statističnih podatkov, povezanih s spolom, bi morali pristojni nacionalni organi redno in strogo nadzorovati ob upoštevanju načela enakega obravnavanja moških in žensk.[51]

50 – Glej na primer sodbi Sodišča z dne 5. oktobra 2000 v zadevi Nemčija proti Parlamentu in Svetu (C-376/98, Recueil, str. I-8419, točka 117) in z dne 24. maja 2005 v zadevi Francija proti Parlamentu in Svetu (C-244/03, ZOdl., str. I-4021, točke 15, 19 in 20) ter v opombi 22 navedena sodba Familienzusammenführung, točki 27 in 28.

4. Časovna omejitev učinkov sodbe

73. Pogodbe ne določajo izrecno posledic, ki izhajajo iz razglasitve neveljavnosti v okviru postopka za sprejetje predhodne odločbe. Ker pa sta postopek za sprejetje predhodne odločbe za preučitev veljavnosti pravnega akta Unije in ničnostna tožba dve poti nadzora zakonitosti aktov organov Unije, predvideni in medsebojno dopolnjujoči se v pogodbah[52], se v skladu z ustaljeno sodno prakso posledice razglasitve neveljavnosti po analogiji določijo v skladu s pravili iz členov 264 PDEU in 266 PDEU, ki se uporabijo za sodbe, sprejete na podlagi ničnostnih tožb.[53]

51 – V tej zvezi je pomembno, da državam članicam ni treba samo razlagati nacionalnega prava v skladu s pravom Unije, ampak morajo tudi paziti, da se ne opirajo na tako razlago predpisa sekundarne zakonodaje, ki bi bila v nasprotju s temeljnimi pravicami, ki jih varuje pravni red Unije, ali z drugimi splošnimi načeli prava Unije (sodba Ordre des barreaux francophones et germanophone in drugi, navedena v opombi 9, točka 28).

52 – Sodbi Sodišča z dne 8. februarja 1996 v zadevi FMC in drugi (C-212/94, Recueil, str. I-389, točka 56) in z dne 25. julija 2002 v zadevi Unión de Pequeños Agricultores proti Svetu (C-50/00 P, Recueil, str. I-6677, točka 40).

53 – Sodbe Sodišča z dne 15. oktobra 1980 v zadevi Providence agricole de la Champagne (4/79, Recueil, str. 2823, točki 44 in 45); v zadevi Maïseries de Beauce (109/79, Recueil, str. 2883, točki 44 in 45) in v zadevi Roquette Frères (145/79, Recueil, str. 2917, točki 51 in 52) ter sodbe Sodišča z dne 29. junija 1988 v zadevi van Landschoot (300/86, Recueil, str. 3443, točka 24); z dne 8. novembra 2001 v zadevi Silos (C-228/99, Recueil, str. I-8401, točka 35) in z dne 22. decembra 2008 v zadevi Regie Networks (C-333/07, ZOdl., str. I-10807, točka 121).

74. Načelno ima torej sodba Sodišča, s katero se v postopku za sprejetje predhodne odločbe akt razglasi za neveljavnega, retroaktivni učinek, enako kot sodba, izdana na podlagi ničnostne tožbe.[54] Ugotovitev neveljavnosti je poleg tega za vsako nacionalno sodišče zadosten razlog, da zadevni pravni akt pri ukrepih, ki jih mora sprejeti, prav tako štejejo za neveljavnega.[55]

75. V skladu s pravnim namenom, izraženim v členu 264(2) PDEU, ima Sodišče seveda na izbiro, da odredi ohranitev nekaterih učinkov spornega pravnega akta, če se mu to zdi potrebno, pri čemer ima glede tega diskrecijsko pravico.[56]

76. To možnost je Sodišče v preteklosti izkoristilo zlasti takrat, kadar so to zahtevali nujni razlogi pravne varnosti, ki izhajajo iz celovite obravnave nasprotujočih si interesov[57], pri čemer je ne nazadnje upoštevalo tudi učinke morebitne razglasitve ničnosti ali neveljavnosti na pravice gospodarskih subjektov.[58] Ti razmisleki se lahko uporabijo tudi v tem primeru.

77. Kot je navedla zlasti vlada Združenega kraljestva, so bile od začetka veljavnosti Direktive 2004/113 sklenjene številne zavarovalne pogodbe – verjetno celo milijoni teh –, ki so temeljile na ocenah tveganj, ki se nanašajo na spol, pri čemer so udeleženci zaupali v veljavnost ustreznih nacionalnih predpisov v smislu člena 5(2) Direktive 2004/113.

78. Zaradi pravne varnosti je zato treba ohraniti učinke člena 5(2) Direktive 2004/113 z dveh vidikov.

79. Po eni strani se ne bi smelo dvomiti v razlikovanja, ki se nanašajo na spol, pri zavarovalnih premijah in dajatvah za preteklost. Razglasitev neveljavnosti člena 5(2) Direktive 2004/113 bi torej morala učinkovati samo za prihodnost.

54 – Sodba Sodišča z dne 26. aprila 1994 v zadevi Roquette Frères (C-228/92, Recueil, str. I-1445, točka 17) in v opombi 52 navedena sodba FMC in drugi, točka 55; glede retroaktivnih učinkov ničnostnih sodb glej sodbo Sodišča z dne 12. februarja 2008 v zadevi Centre d'exportation du livre français (v nadaljevanju: sodba CELF, C-199/06, ZOdl., str. I-469, točki 61 in 63).

55 – Sodba Sodišča z dne 13. maja 1981 v zadevi International Chemical Corporation (66/80, Recueil, str. 1191, točka 13) in sklep z dne 8. novembra 2007 v zadevi Fratelli Martini in Cargill (C-421/06, točka 54).

56 – Sodbi Sodišča z dne 27. februarja 1985 v zadevi Société des produits de maïs (112/83, Recueil, str. 719, točka 18) in z dne 15. januarja 1986 v zadevi Pinna (41/84, Recueil, str. 1, točka 26).

57 – Sodbi Pinna, navedena v opombi 56, točke od 26 do 28; in Silos, navedena v opombi 53, točka 36; sodba z dne 10. marca 1992 v združenih zadevah Lomas in drugi (C-38/90 in C-151/90, Recueil, str. I-1781, točka 24) in sodba Régie Networks, navedena v opombi 53, točka 122.

58 – Sodba Sodišča z dne 30. septembra 2003 v zadevi Nemčija proti Komisiji (C-239/01, Recueil, str. I-10333, točka 78); taki preudarki so tudi podlaga za sodbo Defrenne II, navedena v opombi 23, točke od 69 do 75; sodbo z dne 17. maja 1990 v zadevi Barber (C-262/88, Recueil, str. I-1889, zlasti točke od 40 do 45) in sodbo Régie Networks, navedena v opombi 53, točka 123, prvi stavek.

80. Po drugi strani bi bilo treba državam članicam določiti primerno obdobje, da določijo posledice neveljavnosti člena 5(2) Direktive 2004/113 v njihovem nacionalnem pravu. S tem bi se tudi zavarovalnicam določilo prehodno obdobje, v katerem bi se lahko pripravile na nove pogoje pravnega okvira in ustrezno prilagodile svoje proizvode. Ob upoštevanju tega, kar je zakonodajalec Unije določil v členu 5(1) Direktive 2004/113, menim, da je triletno prehodno obdobje primerno.[59] To obdobje bi začelo teči z razglasitvijo sodbe Sodišča v obravnavani zadevi.

81. Ob izteku tega prehodnega obdobja pa bi morale biti vse prihodnje zavarovalne premije, pri izračunavanju katerih se zdaj še delajo razlike, ki se nanašajo na spol, kakor tudi storitve, ki se financirajo iz novih premij, določene tako, da se ne upoštevajo razlike na podlagi spola. To mora veljati tudi za obstoječe zavarovalne pogodbe. Ne bi bilo upravičeno, da bi se diskriminiranim zavarovancem, ki so v preteklosti sklenili na primer pogodbo o življenjskem zavarovanju, trajno odrekla pravica do izravnave, ki jim pripada, zlasti ker lahko take pogodbe v številnih primerih trajajo še veliko let.[60] Vendar splošno načelo prepovedi retroaktivnosti, ki velja v pravu Unije, nikakor ne prepoveduje uporabe novega pravnega položaja za prihodnje učinke obstoječih dejanskih stanj.[61]

82. V skladu z ustaljeno sodno prakso časovna omejitev učinkov sodb ne bi smela veljati le za osebe, ki so pred razglasitvijo sodbe Sodišča v obravnavani zadevi vložile tožbo ali drugo ustrezno pravno sredstvo na podlagi veljavnega nacionalnega prava.[62]

59 – Datum 21. december 2007, na katerega se sklicuje člen 5(1) Direktive 2004/113, je natančno tri leta od začetka veljavnosti Direktive 2004/113, to je 21. decembra 2004 (dan objave navedene direktive v *Uradnem listu Evropske unije*, glej člen 18 Direktive).

60 – Skladno z navedenim tudi Sodišče v sodbi Barber (navedena v opombi 58, točka 44) ne izključuje popolnoma „pravnih razmerij, katerih učinki so bili v preteklosti že izčrpani“, iz učinkov sodbe. V enakem smislu je oblikovan tako imenovani „Protokol Barber“ (zdaj Protokol (št. 33) o členu 157 PDEU, UL 2010, C 83, str. 319), ki izključuje samo storitve „če in kolikor se nanašajo na obdobja zaposlitve pred 17. majem 1990“, torej pred dnem razglasitve sodbe Barber.

61 – Sodbe Sodišča z dne 5. decembra 1973 v zadevi SOPAD (143/73, Recueil, str. 1433, točka 8); z dne 29. januarja 2002 v zadevi Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, Recueil, str. I-1049, točka 50) in z dne 6. julija 2010 v zadevi Monsanto Technology (C-428/08, ZOdl., str. I-6765, točka 66).

62 – Sodbi Pinna, navedena v opombi 56, točka 30, in Régie Networks, navedena v opombi 53, točka 127; v enakem smislu sodbi Defrenne II, navedena v opombi 23, točka 75, in Barber, navedena v opombi 58, točka 44.

B – *Drugo vprašanje*

83. Belgijsko ustavno sodišče želi z drugim vprašanjem, ki je oblikovano ožje od prvega, izvedeti, ali obstajajo morebitni pomisleki glede združljivosti člena 5(2) Direktive 2004/113 s temeljnimi pravicami tudi, če je njegova uporaba omejena na *pogodbe o življenjskem zavarovanju*. Drugo vprašanje je postavilo zato, ker je belgijski zakonodajalec samo za to vrsto zavarovalnih pogodb sploh uporabil določbo o izjemi iz člena 5(2) Direktive 2004/113.

84. Drugo vprašanje se postavlja, če bo odgovor na prvo vprašanje, kot ga predlagam, nikalen, ker se domneva, da člen 5(2) Direktive 2004/113 pomeni kršitev prepovedi diskriminacije na podlagi spola. Zato je treba preučiti drugo vprašanje.

85. Vendar ne vidim ničesar, kar bi posebej pri pogodbah o življenjskem zavarovanju nujno podpiralo dejstvo, da se pri določanju zavarovalnih premij in dajatev dovoli upoštevanje spola. Pri življenjskih zavarovanjih je napovedana pričakovana življenjska doba zavarovanca osrednji dejavnik tveganja. Da se v obravnavanem primeru za oceno tveganja ne sme pavšalno upoštevati samo statistično dokazljivih razlik med moškimi in ženskimi zavarovanci, sem navedla že v povezavi s prvim vprašanjem.[63]

86. Iz nobenega argumenta, navedenega v obravnavnem postopku, ne izhaja, da je treba življenjska zavarovanja obravnavati drugače kot druge vrste zavarovanj, v katerih se tradicionalno opravi ocena tveganja na podlagi spola. Zato na podlagi informacij, ki jih ima na voljo Sodišče, ni razloga, da bi se drugo vprašanje vsebinsko presojalo drugače kot prvo. Na drugo vprašanje belgijskega ustavnega sodišča je torej treba odgovoriti pritrdilno.

63 – Glej k temu zlasti točke od 61 od 68 teh sklepnih predlogov.

VI – Predlog

87. Ob upoštevanju navedenih razmislekov Sodišču predlagam, naj na predlog za sprejetje predhodne odločbe belgijskega ustavnega sodišča odgovori:

1. Člen 5(2) Direktive 2004/113 ni veljaven.

2. Učinki določbe, ki je razglašena za neveljavno, se ohranijo do izteka treh let od razglasitve sodbe Sodišča v obravnavani zadevi. Navedeno ne velja v razmerju do oseb, ki so pred dnem razglasitve sodbe Sodišča v obravnavani zadevi vložile tožbo ali drugo ustrezno pravno sredstvo na podlagi veljavnega nacionalnega prava.