

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
NIILA JÄÄSKINENA,
predstavljeni 15. julija 2010¹

Kazalo

I	– Uvod	I - 3596
II	– Pravni okvir	I - 3597
	A – Pravo Unije	I - 3597
	1. Listina Evropske unije o temeljnih pravicah	I - 3597
	2. Pogodba ES	I - 3597
	3. Direktiva 2000/78	I - 3598
	B – Nacionalno pravo	I - 3599
	1. Temeljni zakon	I - 3599
	2. Zakon o registrirani partnerski skupnosti	I - 3600
	3. Veljavni predpisi dežele Land Hamburg o socialnem zavarovanju	I - 3600
	4. HmbZVG	I - 3601
	5. Prvi RGG	I - 3602
III	– Spor o glavni stvari	I - 3602
IV	– Predlog za sprejetje predhodne odločbe	I - 3604
V	– Analiza	I - 3607
	A – Uvod	I - 3607
	B – Vsebinsko področje uporabe Direktive 2000/78	I - 3609

1 – Jezik izvirnika: francoščina

RÖMER

1.	Člen 3(3) Direktive 2000/78	I - 3609
2.	Uvodna izjava 22 Direktive 2000/78	I - 3614
C	– Obstoje diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti v smislu Direktive 2000/78 ..	I - 3617
1.	Neposredna diskriminacija	I - 3617
2.	Posredna diskriminacija	I - 3622
3.	Vmesni sklep	I - 3625
D	– Kršitev člena 141 ES ali splošnega načela prava Unije	I - 3626
E	– Časovni vidiki zadeve	I - 3631
1.	Časovni učinki pravice do enakega obravnavanja	I - 3631
2.	Časovna omejitev učinkovanja sodbe Sodišča	I - 3636
F	– Kombinacija načela enakega obravnavanja in cilja nacionalnega prava, kot je posebno varstvo zakonske zveze in družine	I - 3636
1.	Primarnost načela prava Unije o enakem obravnavanju	I - 3636
2.	Morebitna utemeljenost diskriminacije s ciljem nacionalnega prava ...	I - 3640
VI	– Predlog	I - 3642

I – Uvod

1. Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago splošnih načel ter primarnih in sekundarnih določb prava Unije o diskriminaciji zaradi spolne usmerjenosti na področju zaposlovanja in dela.

2. Predlog je bil predložen v okviru spora med J. Römerjem in Freie und Hansestadt Hamburg,² ker mu je slednje zavrnilo dodatno pokojnino v višini, ki jo je zahteval, s tem da je bil izračun, ki ga je opravil njegov nekdanji delodajalec, ugodnejši za poročene prejemnike kot za prejemnike, ki – tako kot on – v skladu z nemškim pravom živijo v registrirani partnerski skupnosti.

3. Predlog za sprejetje predhodne odločbe je priložnost, da Sodišče podrobneje pojasni oziroma dopolni svoje stališče iz sodbe Maruko,³ ki jo je 1. aprila 2008 izdal veliki

senat in se nanaša na to, da se je možkemu, ki je sklenil partnersko skupnost in čigar partner je umrl, zavrnilo uživanje vdovske pokojnine kot izplačila za preživele osebe, določene s sistemom obveznega poklicnega socialnega zavarovanja, v okviru katerega je bil zavarovan njegov pokojni življenjski partner. Sodišče ima tudi priložnost zavzeti stališče do področja uporabe sodne prakse o pravici do enakega obravnavanja, ki jo je razvil še posebej na podlagi sodb Mangold⁴ in Küçükdeveci⁵ na področju, vzporednem diskriminaciji na podlagi spolne usmerjenosti, to je na področju diskriminacije na podlagi starosti.

4. Sodišče je v obravnavani zadevi še posebej pozvano, naj opredeli materialno področje uporabe Direktive Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu,⁶ naj podrobneje opredeli temeljne elemente neposredne ali posredne diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti v smislu navedenega akta in drugih pravil prava Unije ter naj opredeli časovni učinek odgovorov, ki jih bo dalo. Žal je ta naloga Sodišča otežena, še posebej kar zadeva razumevanje nacionalnega prava, ker Zvezna republika Nemčija ni predložila stališč o vprašanjih za predhodno odločanje, dežela Land Hamburg pa je v spis Sodišča predložila samo zelo kratka pisanja.

2 – „Svobodno in hanzeatsko mesto Hamburg“ je hkrati mesto in ena od 16 zveznih dežel (Länder), ki sestavljajo Nemčijo. Po členu 4(1) ustave mesta Hamburg (Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg) z dne 6. junija 1952 deželne in občinske dejavnosti niso ločene.

3 – Sodba z dne 1. aprila 2008 v zadevi Maruko (C-267/06, ZOdl., str. I-1757).

4 – Sodba z dne 22. novembra 2005 v zadevi Mangold (C-144/04, ZOdl., str. I-9981).

5 – Sodba z dne 19. januarja 2010 v zadevi Küçükdeveci (C-555/07, ZOdl., str. I-365).

6 – UL L 303, str. 16.

II – Pravni okvir

2. Pogodba ES

A – Pravo Unije⁷

1. Listina Evropske unije o temeljnih pravicah

5. Člen 21(1) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah⁸ 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.“

7 – Ker se spor o glavni stvari nanaša na uporabo določb nemškega prava v različici pred začetkom veljavnosti Pogodbe o delovanju Evropske unije, to je 1. decembra 2009, se bom skliceval na določbe Pogodbe ES glede na številčenje, ki je veljalo pred navedenim datumom.

8 – Listina, ki je bila razglašena v Nici 7. decembra 2000 (UL C 364, str. 1), je bila spremenjena in je s sprejetjem Lizbonske pogodbe postala pravno zavezujoča (UL 2007, C 303, str. 1).

6. Z Amsterdamsko pogodbo⁹ je bilo v člen 13(1) Pogodbe ES vneseno novo besedilo, po katerem lahko Svet „[b]rez poseganja v druge določbe te pogodbe in v mejah pristojnosti Skupnosti po tej pogodbi [...] na predlog Komisije in po posvetovanju z Evropskim parlamentom soglasno sprejme ustrezne ukrepe za boj proti diskriminaciji na podlagi spola, rase ali narodnosti, vere ali prepričanja, invalidnosti, starosti ali spolne usmerjenosti“.

7. Člen 141 ES določa:

„1. Vsaka država članica zagotovi uporabo načela enakega plačila za enako delo ali delo enake vrednosti za moške in ženske.

2. V tem členu ‚plačilo‘ pomeni običajno osnovno ali minimalno mezdo ali plačo ter kakršne koli druge prejemke v denarju ali v naravi, ki jih delavec prejme iz naslova zaposlitve neposredno ali posredno od svojega delodajalca.

9 – UL 1997, C 340, str. 1.

Enako plačilo brez diskriminacije glede na [...] spol pomeni:

a) da se plačilo za enako delo po akordnih postavkah izračuna na podlagi enakih merskih enot;

b) da je plačilo za delo po urnih postavkah enako za enako delovno mesto. [...]“

3. Direktiva 2000/78

8. V uvodnih izjavah 13 in 22 Direktive 2000/78, ki je bila sprejeta na podlagi člena 13 ES, je navedeno:

„(13) Ta direktiva se ne uporablja v zvezi s sistemi socialnega zavarovanja in socialnega varstva, katerih ugodnosti ne štejejo za dohodek v smislu opredelitve tega pojma, ki velja pri uporabi člena 141 ES, niti za kakršna koli izplačila države, katerih cilj je dostop do zaposlitve ali ohranitev zaposlitve.

(22) Ta direktiva ne vpliva na nacionalne predpise glede zakonskega stanu in ugodnosti, ki temeljijo na njem.“

9. Člen 1 navedene direktive določa:

„Namen te direktive je 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.“

10. Člen 2 navedene 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;

- b) se šteje, da gre za posredno diskriminacijo, kadar je zaradi kakšne navidez nevtralne določbe, merila ali prakse neka oseba določene vere ali prepričanja, ki ima določen hendikep ali je določene starosti ali spolne usmerjenosti, v primerjavi z drugimi v slabšem položaju, razen če:

- i) tako določbo, merilo ali prakso objektivno upravičuje legitimni cilj in je način uresničevanja tega cilja primeren in nujen; [...]"

3. Ta direktiva se ne uporablja v zvezi s plačili kakršne koli vrste iz državnih programov, vključno s sistemom socialne varnosti ali socialnega zavarovanja. [...]"

12. Države članice so morale v skladu s členom 18(1) Direktive 2000/78 sprejeti zakone in druge predpise, potrebne za uskladitev s to direktivo, najpozneje do 2. decembra 2003 ali pa zaupati, kar zadeva določbe v zvezi s kolektivnimi pogodbami, izvajanje te direktive socialnim partnerjem.

11. Člen 3 Direktive 2000/78 določa:

„1. 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:

B – Nacionalno pravo

1. Temeljni zakon

[...]

- c) zaposlitev in delovne pogoje, vključno z opustitvijo in plačilom;

13. Člen 6(1) temeljnega zakona Zvezne republike Nemčije (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, v nadaljevanju: temeljni zakon)¹⁰ določa: „Država posebej varuje zakonsko zvezo in družino.“

[...]

¹⁰ – Temeljni zakon Zvezne republike Nemčije z dne 23. maja 1949, BGBl. III, 100-1.

2. Zakon o registrirani partnerski skupnosti

14. Člen 1 zakona o registrirani partnerski skupnosti (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) z dne 16. februarja 2001,¹¹ kot je bil spremenjen z zakonom z dne 15. decembra 2004¹² (v nadaljevanju: LPartG), v zvezi z obliko in pogoji za sklenitev takega partnerstva določa:

„(1) Osebi istega spola skleneta partnersko skupnost, ko obojestransko, osebno in v prisotnosti drug drugega izjavita, da želita skupaj tvoriti dosmrtno partnersko skupnost (življenjski partnerici ali življenjska partnerja). Izjavi ne moreta biti pogojni ali časovno omejeni. Izjavi imata posledice, če sta podani pred pristojnim organom. [...]“

15. Člen 2 LPartG določa:

„Partnerja sta dolžna skrbeti drug za drugega, si medsebojno pomagati in ustvariti skupno življenje. Drug do drugega imata odgovornost.“

11 – BGBl. 2001 I, str. 266.

12 – BGBl. 2004 I, str. 3396. Predložitveno sodišče meni, da so to tiste določbe, ki so upoštevne za obravnavano zadevo.

16. Člen 5 navedenega zakona določa:

„Partnerja sta dolžna z delom in s svojim premoženjem primerno vzdrževati življenjsko skupnost. Ustrezno se uporabljajo členi 1360, druga poved, 1360a in 1360b ter člen 16(2) državljskega zakonika.“

17. Člen 11(1) istega zakona v zvezi z drugimi učinki življenjske partnerske zveze določa:

„Partner šteje za družinskega člana drugega partnerja, če ni določeno drugače.“

3. Veljavni predpisi dežele Land Hamburg o socialnem zavarovanju

18. Upoštevno notranje pravo za postopek v glavni stvari sestavljata dva zakonodajna akta, ki ju je sprejela dežela Land Hamburg,¹³ in sicer zakon z dne 7. marca 1995 o dodatnem

13 – Informacije, ki sta jih dala predložitveno sodišče in Komisija v zvezi z natančnim besedilom upoštevnihih določb, niso popolne. Ne glede na to pa se mi zdijo zadostne za namene presoje izplačil na njihovi podlagi glede na pravo Unije.

zavarovanju (Hamburgisches Zusatzversorgungsgesetz, v nadaljevanju: HmbZVG)¹⁴ in zakon o dodatnih in vdovskih pokojninah uslužbencev Freie und Hansestadt Hamburg (Erstes Ruhegeldgesetz der Freien und Hansestadt Hamburg, v nadaljevanju: prvi RGG),¹⁵ v različici z dne 30. maja 1995, nazadnje spremenjen 2. julija 2003.

določa, da se prispevek izračuna na podlagi obdavčljivega dela dohodka zaposlenega in da se plača z odbitkom od dohodka.

4. HmbZVG

19. Člen 1 HmbZVG določa, da se ta uporablja za zaposlene pri Freie und Hansestadt Hamburg in osebe, ki jim mora Freie und Hansestadt Hamburg izplačevati pokojnino v smislu člena 2 (upravičenci do pokojnine). V skladu s členom 2 se pokojnino podeli v obliki starostne pokojnine (členi od 3 do 10) ali vdovske pokojnine (členi od 11 do 19). Člen 2a določa, da zaposleni prispevajo k stroškom pokojnine s prispevki po izhodiščni stopnji 1,25 %. V skladu s členom 2c se obveznost plačevanja prispevka začne z datumom sklenitve delovnega razmerja in konča z datumom prenehanja le-tega. Člen 2d

20. Člen 6 HmbZVG določa, da mesečni znesek pokojnine znaša 0,5 % plačil, ki se jih upošteva pri izračunu pokojnine, za vsako dopolnjeno leto zaposlitve, ki daje pravico do pokojnine.¹⁶

21. Plačila, ki se upoštevajo pri izračunu pokojnine, so podrobneje opredeljena v členu 7, obdobja zaposlitve, ki dajejo pravico do pokojnine, in tista, ki so iz tega izključena, pa so opredeljena v členu 8.

22. Člen 29 HmbZVG vsebuje predhodne določbe v zvezi z upravičenci do pokojnin, na katere se nanaša prvi RGG v smislu drugega stavka člena 1(1). Člen 29(1) v povezavi s (5) določa, da navedena kategorija upravičencev do pokojnin – z odstopanjem med drugim od člena 6(1) in (2) – še naprej prejema pokojnino v znesku, ki so ga prejeli julija 2003 do katerega bi bili decembra 2003 upravičeni v skladu z odstavkoma (2) in (4) istega člena.

14 – HmbGVBl. str. 53.

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

16 – Komisija navaja „podobno pravilo določeno tudi v členih 1, 1a, 1b, 1c, 6, 7 in 8 prvega RGG“.

5. Prvi RGG

začetku izplačevanja pokojnine, na zahtevo zadevne osebe davčni razred III/0 uporabljati od tega datuma.

23. Člen 10(6) prvega RGG določa:

„(6) Neto prejemek, ki se ga upošteva pri izračunu pokojnine, se določi tako, da se od plačil, ki se upoštevajo pri izračunu pokojnine, odšteje (člen 8)

25. Dodati je treba, da je znesek, ki ga je treba odšteti na podlagi davčnega razreda III/0, precej nižji od tistega, ki ga je treba odšteti na podlagi davčnega razreda I.

1. pri prejemniku, ki je na dan začetka izplačevanja pokojnine (člen 12(1)) poročen in ne živi trajno ločeno, ali pri prejemniku, ki ima na ta dan pravico do prejemanja družinskih prejemkov ali temu ustrezajočih prejemkov, znesek, ki bi ga bilo treba po davčnem razredu III/0 plačati kot davek na plačo [razen tistega dela, ki se plača Cerktvi (Kirchenlohnsteuer)],

III – Spor o glavni stvari

2. pri drugih prejemnikih, znesek, ki bi ga bilo treba na dan, ko se je začelo izplačevanje pokojnine, po davčnem razredu I plačati kot davek na plačo [razen tistega dela, ki se plača Cerktvi (Kirchenlohnsteuer)] [...]

26. Stranki sta v sporu glede zneska pokojnine, do katerega je od novembra 2001 upravičena tožeča stranka iz postopka v glavni stvari J. Römer.

24. V skladu z zadnjim stavkom člena 8(10) prvega RGG je treba, če so pogoji iz prve točke člena 10(6) prvega RGG izpolnjeni šele po

27. J. Römer je od leta 1950 do nastanka njegove nezmožnosti za delo 31. maja 1990 delal kot upravni delavec pri toženi stranki iz postopka v glavni stvari, Freie und Hansestadt Hamburg. Od leta 1969 je neprekinjeno živel z U. Tožeča stranka iz postopka v glavni stvari in njegov partner sta 15. oktobra 2001 v skladu z LPartG sklenila registrirano partnersko skupnost. J. Römer je o tem z dopisom z dne 16. oktobra 2001 obvestil svojega delodajalca. Z drugim dopisom z dne 28. novembra 2001 je zaprosil za ponovni izračun pokojnine, ki se mu je izplačevala, z uporabo ugodnejšega odbitka od plače na podlagi davčnega razreda III,

in sicer po navedbah predložitvenega sodišča z učinkom od 1. avgusta 2001, medtem ko tožeča stranka iz postopka v glavni stvari v svojih stališčih trdi, da je zahtevala, da se to zvišanje njene pokojnine izvede šele od 1. novembra 2001.

pravico, da se ga pri izračunu njegove pokojnine v skladu s prvo točko člena 10(6) prvega RGG obravnava kot prejemnika, ki je poročen in ne živi trajno ločeno. Navaja, da je treba pogoj „prejemnika, ki je poročen in ne živi trajno ločeno“ iz navedenega člena razlagati tako, da zajema tudi prejemnike, ki so sklenili registrirano partnersko skupnost v skladu z LPartG.

28. Freie und Hansestadt Hamburg je z dopisom z dne 10. decembra 2001 obvestilo J. Römerja, da ni upravičen do uporabe davčnega razreda III namesto davčnega razreda I, ker se davčni razred III lahko v skladu s prvo točko člena 10(6) prvega RGG uporablja samo za prejemnike, ki so poročeni in ne živijo trajno ločeno, ter prejemnike, ki imajo pravico do družinskih prejemkov ali drugih temu ustrezajočih prejemkov.

29. Pokojnina, ki se je od septembra 2001 mesečno izplačevala J. Römerju, je v skladu z „informacijo o pokojninskih pravicah“ Freie und Hansestadt Hamburg z dne 2. septembra 2001 na podlagi davčnega razreda I znašala 1204,55 DEM (615,88 EUR). Po izračunih tožeče stranke, ki jim njegov nekdanji delodajalec ne nasprotuje, naj bi bila ta mesečna pokojnina, če bi se uporabilo davčni razred III, septembra 2001 višja za 590,87 DEM (302,11 EUR).

31. J. Römer meni, da njegova pravica, da se ga obravnava enako kot prejemnike, ki so poročeni in ne živijo trajno ločeno, v vsakem primeru izhaja iz Direktive 2000/78. Meni, da utemeljitev različnega obravnavanja prejemnikov, ki so poročeni, in tistih, ki so sklenili partnersko skupnost, zaradi sposobnosti partnerjev, da imajo otroke, ni prepričljiva glede na to, da lahko tudi pri partnerskih skupnostih dveh istospolnih oseb par, ki je sklenil partnersko skupnost, vzgaja in posvoji otroke, ki jih je spočel eden od partnerjev. Navaja tudi, da se navedena direktiva glede na to, da ni bila prenesena v nacionalno pravo v roku, ki ga določa njen člen 18(2), to je do 2. decembra 2003, za toženo stranko iz postopka v glavni stvari uporablja neposredno.

30. Spor je bil predložen Arbeitsgericht Hamburg (Nemčija). J. Römer meni, da ima

32. Freie und Hansestadt Hamburg predlaga zavrnitev tožbe. Navaja, da izraza „poročen“ iz

prve točke člena 10(6) prvega RGG ni mogoče razlagati tako, kot predlaga J. Römer. V bistvu se sklicuje na to, da člen 6(1) temeljnega zakona določa, da pravni red posebej varuje zakonsko zvezo in družino, ker že zelo dolgo pomenita osnovno enoto nacionalne skupnosti, zato naj bi bila zakonska zveza brez otrok – namenoma ali ne – enako varovana, saj naj bi omogočala ravnovesje spolov na prvi ravni nacionalne skupnosti. Meni tudi, da je zakonska zveza načeloma predpogoj za nastanek družine, saj naj bi bila kot najpogostejša oblika skupnosti med moškim in žensko okvir za rojstvo otrok in torej spremembo poročenega para v družino.

33. Po mnenju Freie und Hansestadt Hamburg naj bi obstajala vzporednica med vprašanjem skupnega obdavčenja in možnostjo fiktivne uporabe davčnega razreda III pri izračunu pokojnin, ki se izplačujejo na podlagi prvega RGG. Navaja, da so finančni viri, s katerimi bodo zadevne osebe mesečno razpolagale za zagotavljanje tekočih življenjskih potreb, odvisni tako od skupne obdavčitve v obdobju aktivnega življenja kot fiktivne uporabe davčnega razreda III pri izračunu pokojnin. Cilj ugodnosti, ki jo imajo osebe z družino ali tiste, ki bi jo lahko imele, naj bi bil nadomestitev dodatnega finančnega bremena, ki naj bi ga to pomenilo.

IV – Predlog za sprejetje predhodne odločbe

34. Arbeitsgericht Hamburg je s sklepom, vloženim 10. aprila 2008,¹⁷ prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:¹⁸

- „1. Ali gre pri izplačevanju dodatnih pokojnin nekdanjim uslužbencem oziroma zaposlenim pri Freie und Hansestadt Hamburg in njihovim preživelim svojcem, ki je bilo urejeno s [prvim RGG], za ‚plačil[a] [...] iz državnih programov], vključno s sistemom socialne varnosti ali socialnega zavarovanja‘ v smislu člena 3(3) [Direktive 2000/78, zaradi česar se navedena direktiva ne uporabi na področju uporabe prvega RGG?
2. V primeru nikalnega odgovora na zgornje vprašanje:

2.1 Ali so določbe prvega RGG, ki glede višine osnove za odmero pokojnine razlikujejo med prejemniki pokojnin,

17 – To je samo nekaj dni po razglasitvi zgoraj navedene sodbe Maruko.

18 – Iz predloga za sprejetje predhodne odločbe izhaja, da je Arbeitsgericht Hamburg zaradi presoje ustavnosti člena 10(6) prvega RGG Bundesverfassungsgerichtu (zvezno ustavno sodišče) ter Hamburgisches Verfassungsgerichtu (ustavno sodišče Land Hamburg) hkrati predložilo vprašanje s podobnim besedilom, kot je tretje vprašanje, predloženo Sodišču.

ki so sklenili zakonsko zvezo, in vsemi drugimi prejemniki pokojnin, pri čemer privilegirajo prejemnike pokojnin, ki so sklenili zakonsko zvezo – in to tudi v primerjavi z osebami, ki so z osebo istega spola sklenile partnersko skupnost na podlagi zakona o registrirani partnerski skupnosti Zvezne republike Nemčije (Lebenspartnerschaftsgesetz) – v smislu uvodne izjave 29 Direktive 2000/78 ‚nacionaln[i] predpi[s] glede zakonskega stanu in ugodnosti, ki temeljijo na njem‘?

(za davčnega zavezanca manj ugodnega) davčnega razreda I, glede prejemnika pokojnine, ki živi v istospolni partnerski skupnosti in ne živi trajno ločeno od svojega partnerja, krši člen 1 v povezavi s členoma 2 in 3(1)(c) Direktive 2000/78?

- 2.2 V primeru pritrdilnega odgovora na zgornje vprašanje: Ali se zaradi tega Direktiva 2000/78 ne uporabi glede navedenih določb prvega RGG, čeprav Direktiva sama ne vsebuje omejitve področja njene uporabe, ki bi ustrezala dvaindvajseti uvodni izjavi?
3. V primeru nikalnega odgovora na vprašnji 2.1 ali 2.2: Ali člen 10(6) prvega RGG, v skladu s katerim se prejemnikom, ki ne živijo trajno ločeno od zakoncev, pokojnina izračuna ob fiktivnem upoštevanju (za davčnega zavezanca ugodnejšega) davčnega razreda III/0, drugim prejemnikom pokojnine pa ob fiktivnem upoštevanju
4. V primeru pritrdilnega odgovora na vprašnji 1 ali 2.2 oziroma nikalnega odgovora na vprašanje 3: Ali člen 10(6) prvega RGG zaradi ureditve oziroma pravnih posledic, opisanih v točki 3, krši člen 141 ES ali kakšno splošno načelo prava Skupnosti?
5. V primeru pritrdilnega odgovora na vprašnji 3 ali 4: Ali lahko zato tudi, dokler člen 10(6) prvega RGG ne bo spremenjen v smislu odprave spornega neenakega obravnavanja, prejemnik pokojnine, ki ne živi trajno ločeno od partnerja, zahteva, da se ga pri izračunu pokojnine obravnava kot prejemnika pokojnine, ki ne živi trajno ločeno od zakonca? Če je odgovor

pritrديلen, ali velja to – v primeru uporabe Direktive 2000/78 in pritrديلnega odgovora na vprašanje 3 – že pred potekom roka za prenos v skladu s členom 18(1) Direktive 2000/78?

zvezo in družino glede na ustavnopravni pomen, ki jima ga izrecno priznava člen 6(1) temeljnega zakona?

6. V primeru pritrديلnega odgovora na vprašanje 5: Ali to v obrazložitvi sodbe z dne 17. maja 1990 v zadevi Barber (C-262/88, Recueil, str. I-1889) ustrezno velja z omejitvijo, da je treba enako obravnavanje upoštevati za izračun pokojnin le v zvezi s tistimi deleži pokojnin, ki jih je prejemnik pokojnine prislužil po 17. maju 1990?“

- (b) Ali je neposredno diskriminatorna določba kljub besedilu Direktive [2000/78] lahko upravičena, ker služi drugemu cilju iz notranjega prava države članice in ne iz prava Skupnosti? Če je tako, ali ima lahko ta drugi cilj prava države članice preprosto prednost pred načelom enakega obravnavanja?

35. Arbeitsgericht Hamburg je s sklepom z dne 23. januarja 2009 dopolnilo prvotni predlog za sprejetje predhodne odločbe z več vprašanji:

V primeru nikalnega odgovora na prejšnje vprašanje:

„7. Če bi Sodišče ugotovilo obstoj neposredne diskriminacije:

- (a) Kakšen pomen bi bilo treba nameniti dejstvu, da tako temeljni zakon [...] kot pravo Skupnosti na eni strani nalagata spoštovanje načela enakega obravnavanja, na drugi strani pa pravo Zvezne republike Nemčije določa, da država posebej varuje zakonsko

- (c) Na podlagi katerega pravnega merila bi bilo mogoče odločiti, kako je treba v takem primeru zagotoviti ravnovesje med skupnostnim načelom enakega obravnavanja in tem drugim pravnim ciljem notranjega prava države članice? Ali tudi glede tega veljajo pogoji iz člena 2(2)(b) ^[19] (i) Direktive [2000/78] v zvezi z dovoljenimi oblikami posredne diskriminacije, to je, da mora diskriminatorno ureditev objektivno

19 – Navedeno vprašanje je bilo popravljeno s popravkom, vloženim 11. marca 2009, po katerem se pravilno besedilo glasi „Art. 2 Abs. 2 lit. b, Ziff. i, in ne „Art. 2 Abs. 1 lit. a, Ziff. i.“

upravičevati legitimen cilj ter mora biti način uresničevanja tega cilja primeren in nujen?

- (d) Ali predpis, kot je člen 10(6) prvega RGG, izpolnjuje pogoje zakonitosti iz prava Skupnosti, opredeljene v odgovoru na prejšnje vprašanje? Ali te pogoje izpolnjuje samo zato, ker gre za posebno določbo nacionalnega prava, ki ji ne ustreza nobena določba prava Skupnosti, to je člen 6(1) temeljnega zakona?“

izplačuje Freie und Hansestadt Hamburg, in sicer z dveh različnih vidikov. Najprej se sprašuje o obsegu izvzetja plačil iz državnih programov, ki jo določa navedena direktiva, nato pa še o razmejitvi med pristojnostmi držav članic na področju zakonskih stanov in izvajanjem pravil prava Skupnosti v zvezi z nediskriminacijo zaradi spolne usmerjenosti.

38. Drugič, če bi se Direktiva 2000/78 dejansko uporabljala za člen 10(6) prvega RGG, predložitveno sodišče prosi za smernice pri presoji obstoja neposredne ali posredne diskriminacije glede na določbe navedene direktive.

V – Analiza

39. Tretjič, v nasprotnem primeru podredno prosi za razjasnitev učinka člena 141 ES in splošnih načel prava Unije na postopek v glavni stvari.

A – Uvod

36. Zdi se mi, da je mogoče različna vprašanja za predhodno odločanje, ki so predložena v presojo Sodišča, kljub njihovi navidezni zapletenosti zaradi podrobnega besedila in večstopenjskega razlogovanja v bistvu navezati na pet splošnih problemov.

40. Četrto, predložitveno sodišče se sprašuje o učinkih *ratione temporis* navedenih pravil prava Unije na eni strani in bodoče sodbe Sodišča na drugi strani.

37. Prvič, predložitveno sodišče želi izvedeti, ali se Direktiva 2000/78 *ratione materiae* uporablja za sistem dodatnih pokojnin, ki jih

41. Petič, Sodišče poziva, naj opredeli pravila za presojo kolizije med usmeritvami

ustavnopravnega pravila iz nacionalnega pravnega reda in zahtevami na podlagi načela enakega obravnavanja glede spolne usmerjenosti, ki se uporablja na podlagi prava Unije.

zakonec, čeprav partnerska skupnost v skladu z nacionalnim pravom postavlja osebo istega spola v položaj, ki je primerljiv s položajem zakoncev, kar zadeva omenjeno izplačilo za preživele osebe, s tem da je moralo predložitveno sodišče preveriti, ali je življenjski partner v položaju, primerljivem s položajem zakonca, ki je upravičen do zadevnega izplačila.²¹

42. Menim, da je z vidika razlage nedvomno najbolj problematičen tretji del teh vprašanj, ker glede vprašanja, ali na zadevnem področju obstaja splošno načelo prava Unije, ni sodne prakse.

43. Generalni pravobranilec D. Ruiz-Jarabo Colomer je v svojih sklepnih predlogih v zgoraj navedeni zadevi Maruko poglobljeno pojasnil pravni razvoj priznavanja pravice do enakega obravnavanja oseb homoseksualne usmerjenosti v smislu prava Unije.²⁰

45. Iz spisa obravnavane zadeve izhaja, da so nemška sodišča različno razlagala uporabo meril za primerljivost, ki jih je določilo Sodišče. Med drugim se je postavilo vprašanje, ali je treba najti abstraktno enakost pravnih institutov ali pa zadostno podobnost pravnih in dejanskih položajev, v katerih so zadevne osebe.

44. Sodišče je v sodbi, ki je bila izdana v navedeni zadevi, razsodilo, da določbe člena 1 v povezavi s členom 2 Direktive 2000/78 nasprotujejo ureditvi, kakršna je bila tista v postopku v glavni stvari, v skladu s katero preživeli partner po smrti svojega življenjskega partnerja ne prejme izplačila za preživele osebe, enakega izplačilu, ki ga prejme preživeli

46. Tudi sodna praksa, ki jo je Sodišče razvilo glede nediskriminacije na podlagi starosti, vodi do vprašanja, ali ima nediskriminacija zaradi spolne usmerjenosti status splošnega načela prava Unije. Pritrdilen odgovor na to vprašanje bi vplival na časovne vidike obravnavane zadeve. Nikalen odgovor bi zahteval pojasnilo o razlogu, zaradi katerega naj bi imela prepoved diskriminacije na podlagi tega merila normativno šibkejši status kot

20 – Točke od 83 do 95 navedenih sklepnih predlogov.

21 – Zgoraj navedena sodba Maruko (točka 73).

prepoved diskriminacije na podlagi drugih razlogov iz člena 13 ES in Listine o temeljnih pravicah.

vključno z javnimi telesi, kar zadeva med drugim plačilo.

B – Vsebinsko področje uporabe Direktive 2000/78

47. Glede na to, da se prvi dve vprašanji za predhodno odločanje nanašata na področje uporabe Direktive 2000/78 *ratione materiae*, ju je primerno obravnavati skupaj. Predložitveno sodišče opozarja na to, da je treba pred ugotovljanjem kršitve navedene direktive ugotoviti, da se ta v obravnavani zadevi uporablja, kar bi bilo mogoče po njegovem mnenju izpodbijati iz dveh razlogov – na eni strani na podlagi člena 3(3) Direktive in na drugi strani na podlagi njene dvaindvajsete uvodne izjave.

49. S prvim vprašanjem se poskuša ugotoviti, ali se navedena direktiva uporablja na področju, ki ga zajema prvi RGG, ki ureja dodatne pokojnine za nekdanje uslužbence Freie und Hansestadt Hamburg in njihove preživele svojce, pa čeprav člen 3(3) Direktive izvzema „plačil[a] kakršne koli vrste iz državnih programov, vključno s sistemom socialne varnosti ali socialnega zavarovanja“.²²

50. Navedeno izvzetje je podobno zapisano tudi v uvodni izjavi 13 Direktive, v kateri je navedeno, da se ta „ne uporablja v zvezi s sistemi socialnega zavarovanja in socialnega varstva, katerih ugodnosti ne štejejo za dohodek v smislu opredelitve tega pojma, ki velja pri uporabi člena 141 ES“.²³

51. Presoja področja uporabe člena 3(3) Direktive 2000/78 je v nacionalnih pravnih

1. Člen 3(3) Direktive 2000/78

48. Iz člena 3(1)(c) Direktive 2000/78 izhaja, da se ta uporablja za vse osebe, bodisi v javnem bodisi v zasebnem sektorju,

22 – Ne da bi se spuščal v analizo, kot jo je samo na podlagi nemške jezikovne različice opravilo predložitveno sodišče, ugotavljam, da se v nemškem besedilu člena 3(3) kot enakovreden izraz francoskemu besedilu „les régimes publics“ uporablja izraz „der staatlichen Systeme“, medtem ko se v odstavku 1 istega člena na mestu, kjer se v francoščini uporablja pridevnik „public“, uporablja izraz „öffentlich“.

23 – Opozarjam na to, da v skladu s členom 141(2) ES „plačilo“ pomeni običajno osnovno ali minimalno mezdo ali plačo ter kakršne koli druge prejemke v denarju ali naravi, ki jih delavec prejme iz naslova zaposlitve neposredno ali posredno od svojega delodajalca.

sistemih povzročala težave z enotno uporabo, ob tem pa je treba opozoriti na to, da se izrazi v različnih jezikovnih različicah razlikujejo. V Nemčiji so nacionalna sodišča zavzela različna stališča o bolj ali manj ozki razlagi navedene določbe. Še posebej je nemška sodišča razdelilo morebitno izvzetje vdovskih pokojnin s področja uporabe Direktive 2000/78.²⁴

člena 3(1)(c) in (3) v povezavi z uvodno izjavo 13 te direktive – razumeti tako, da ne zajema sistemov socialnega zavarovanja in socialnega varstva, katerih ugodnosti ne štejejo za dohodek v smislu opredelitve tega pojma, ki velja pri uporabi člena 141 ES, niti za kakršna koli izplačila države, katerih cilj je možnost do zaposlitve ali ohranitev zaposlitve. Če pa je izplačilo, kot je to v postopku v glavni stvari, mogoče šteti za „plačilo“ v smislu člena 141 ES, se zanj uporabljajo določbe Direktive 2000/78.

52. Že uvodoma ugotavljam, da je mogoče iz več sodb Sodišča, še posebej sodbe Maruko,²⁵ izluščiti koristne elemente za razlago člena 3(3) Direktive 2000/78 v smislu uporabljivosti navedene Direktive v obravnavani zadevi. Tako kot tožeča stranka iz postopka v glavni stvari in Komisija tudi sam ne dvomim, da se navedeni člen uporablja za pokojnine, ki se na podlagi prvega RGG izplačujejo nekdanjim uslužbencem Freie und Hansestadt Hamburg in njihovim preživelim svojcem.

53. Sodišče je potrdilo, da je treba področje uporabe Direktive 2000/78 – ob upoštevanju

54. Sodišče je pojem „plačilo“ iz člena 141(2) ES razlagalo zelo široko.²⁶ Navedeni pojem med drugim zajema vse vrste pokojnin, ki se izplačujejo iz poklicnega pokojninskega sistema, za razliko od pokojnin iz zakonskega sistema, ki so splošne.²⁷ V skladu

24 – V zvezi z nemško sodno prakso o tem in o posledicah zgoraj navedene sodbe Maruko glej: Mahlmann, M., *Report on measures to combat discrimination – Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC – Country report 2008 – Germany* (zlasti opomba na strani 211), ki je na voljo na spletni strani Evropske mreže pravnih strokovnjakov na področju nediskriminacije: <http://www.non-discrimination.net>.

25 – Zgoraj navedena sodba, glej zlasti točko 41 in naslednje, s tem da je treba spomniti, da se tam obravnava podobno vprašanje, vendar v zvezi z vdovsko pokojnino v okviru poklicnega socialnega zavarovanja.

26 – Ta pojem se je razlagal tako, da zajema „kakršne koli trenutne ali bodoče prejemke v denarju ali v naravi, o katerih se delodajalec vsaj posredno strinja, da jih izplača delavcu iz naslova zaposlitve na podlagi pogodbe o zaposlitvi, zakonodaje ali prostovoljno“. Glej zlasti sodbi z dne 17. maja 1990 v zadevi Barber (C-262/88, Recueil, str. I-1889, točka 12) in z dne 19. novembra 1998 v zadevi Høj Pedersen in drugi (C-66/96, Recueil, str. I-7327, točka 32).

27 – Sodišče je v sodbi z dne 17. april 1997 v zadevi Evrenopoulos (C-147/95, Recueil, str. I-2057) razsodilo, da se člen 119 Pogodbe ES (zdaj člen 141 ES) uporablja za pokojninski sistem javnega organa, ker to, da je tak sistem uvedel zakonodajalec, ni upošteveno, saj je na podlagi naštetih meril mogoče šteti, da je bila pokojnina izplačana zaradi delovnega razmerja z zadevnim organom.

z ustaljeno sodno prakso²⁸ okoliščina, da so določena izplačila, kot so pokojnine, plačana po prenehanju delovnega razmerja, ne pomeni, da se jih ne more šteti za „plačilo“ v smislu člena 141 ES.²⁹

kot „plačila“. Na eni strani je treba preizkusiti, ali pokojnina ne zadeva samo posebne kategorije delavcev, na drugi strani pa, ali je neposredno odvisna od dosežene delovne dobe in je njen znesek izračunan na podlagi zadnje³² plače.

55. Sodišče je sprejelo stališče, da je edino merilo, ki je lahko odločilno za ugotavljanje, ali je mogoče določeno pokojnino šteti za plačilo, merilo zaposlitve, ki izhaja iz besedila člena 119 Pogodbe (zdaj člen 141 ES), kar pomeni ugotovitev, da se ugodnost plača delavcu zaradi delovnega razmerja, ki ga povezuje z nekdanjim delodajalcem.³⁰

57. V obravnavani zadevi³³ iz člena 1 Hmb-ZVG izhaja, da izplačila iz postopka v glavni stvari izpolnjujejo prvo od teh meril, saj dodatne pokojnine, ki jih izplačuje Freie und Hansestadt Hamburg, zadevajo samo posebno kategorijo delavcev.

56. Nesporno pa je, da merilo zaposlitve ne more biti izključno, ker se lahko pri pokojninah, ki jih izplačajo zakoniti sistemi socialne varnosti, v celoti ali delno upošteva plačilo za delo.³¹ Sodišče je torej dodalo druge elemente, ki jih je treba upoštevati pri opredelitvi pokojnine iz poklicnega pokojninskega sistema

58. Navedene pokojnine se namreč izplačujejo dodatno k izplačilom iz splošnega zakonitega sistema socialne varnosti, ki ga je predložitveno sodišče poimenovalo kot „prvi steber“ pokojninskega sistema v Nemčiji, in se razlikujejo od izplačil iz zasebnega zavarovanja, ki pomenijo „tretji steber“.

28 – Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Maruko (točka 44 in tam navedena sodna praksa).

29 – Kar zadeva na primer pokojnine finske države uradnikom, zaposlenim pri oboroženih silah te države, glej sodbo z dne 12. septembra 2002 v zadevi Niemi (C-351/00, Recueil, str. I-7007).

30 – Glej zlasti sodbe z dne 28. septembra 1994 v zadevi Beune (C-7/93, Recueil, str. I-4471, točka 43), zgoraj navedena sodba Evrenopoulos (točka 19) in zgoraj navedena sodba Maruko (točka 46).

31 – Zgoraj navedena sodba Maruko (točka 47 in tam navedena sodna praksa).

32 – Zgoraj navedena sodba Maruko (točka 48 in tam navedena sodna praksa). Menim, da bi bilo koristno, če bi Sodišče iz tretjega pogoja črtalo besedo „zadnje“, ker bi bilo to bolj skladno s trenutnim stanjem pokojninskih sistemov, ki na podlagi navedenega izračuna načeloma upoštevajo vse plače in ne samo zadnje. V skladu s sodno prakso se mi zdi, da se to merilo, za katero se mi zdi, da je izgubilo pomen, ne razlaga kot absolutno, saj izplačila, kateri zneski so se izračunali na podlagi več plač, niso bila izvzeta s področja uporabe pojma „plačilo“.

33 – Primerjaj z uporabo zgoraj navedenih meril s strani Sodišča v točkah od 49 do 57 zgoraj navedene sodbe Maruko.

59. Po mnenju predložitvenega sodišča „drugi steber“ sestavlja poklicno pokojninsko zavarovanje, ki ga neposredno ali posredno zagotavlja nekdanji zasebni ali javni delodajalec. Zakoniti sistem „poklicnega pokojninskega zavarovanja“ nekdanjih uslužbencev Freie und Hansestadt Hamburg sodi v to kategorijo. Vanj so vključeni samo uslužbenci, ki so bili v svojem aktivnem obdobju del javnega sektorja, a brez statusa uradnika, za Freie und Hansestadt Hamburg pa so delali na podlagi civilnopravne pogodbe o zaposlitvi.

60. Po navedbah Komisije navedeni sistem financirajo delavci in delodajalec, ki je resda javni organ, vendar pa v tem primeru nastopa samo kot zasebnopravni delodajalec.

61. Člen 6 HmbZVG v zvezi z drugim upoštevним merilom, v skladu s katerim mora biti pokojnina neposredno odvisna od dosežene delovne dobe, določa, da je način izračuna odvisen od delovne dobe. Delovna doba, ki daje pravico do dodatne pokojnine („Ruhegeldfähige Beschäftigungszeit“), je opredeljena v členu 8 navedenega zakona.

62. Iz istega člena 6 HmbZVG v zvezi s tretjim merilom, v skladu s katerim je treba ugotoviti, ali se znesek pokojnine izračuna na podlagi zadnje plače zaposlenega, je razvidno, da mesečni znesek pokojnine zakonsko

ni določen, ampak za vsako dopolnjeno leto delovne dobe, ki daje pravico do pokojnine, ustreza 0,5 % plačil, ki se jih upošteva pri izračunu pokojnine, v skladu s členom 7, v katerem so te plače („Ruhegeldfähige Bezüge“) precej podrobno opredeljene.

63. Iz navedenega sledi, da se zdi, da so navedena tri merila, ki opredeljujejo delovno razmerje in so po oceni Sodišča odločilna pri opredelitvi plačila v smislu člena 141 ES, v zvezi z zadevnimi izplačili iz postopka v glavni stvari izpolnjena.

64. Zdi se, da predložitveno sodišče skrbi predvsem razlaga pojma „državn[i] program[i]“ iz člena 3(3) Direktive 2000/78. Sprašuje se, ali se Direktiva kljub široki opredelitvi „plačila“ v zvezi s pokojninami, ki se na podlagi prvega RGG izplačujejo tožeči strani iz postopka v glavni stvari, ne bi uporabljala, glede na to, da ta izplačila pomenijo izplačila iz državnega programa v smislu navedenega člena. Opozarja na to, da bi bil v primeru, da bi Sodišče na to vprašanje odgovorilo

pritrdilno, prvi del trinajste uvodne izjave očitno napačen in v bistvu brez pomena.

javnopravni delodajalec, ne razlikuje od tiste, ki jo svojim nekdanjim zaposlenim izplačuje zasebnopravni delodajalec.

65. Menim, da so lahko „državni programi“, ki niso sistemi socialne varnosti ali socialnega zavarovanja zunaj področja uporabe Direktive, posebni javni sistemi, ki niso vezani na delovno razmerje, kot na primer izplačila države osebam, ki so postale invalidi med obveznim civilnim ali vojaškim služenjem vojaškega roka, nekdanjim borcem ali vojnim invalidom, žrtvam vojn in preganjanja, uveljavljenim umetnikom... Glede na to, da taki državni sistemi v državah članicah obstajajo, vključevalni izraz „vključno s“ v členu 3(3) Direktive 2000/78 ni brez pomena.

67. Sodišče je razsodilo, da ugotovitev, da je določen pokojninski sistem zakonsko določen, sama po sebi ne zadostuje za to, da bi ga umestili v kategorijo „socialna varnost“ ali „socialno zavarovanje“ in ga torej izvzeli s področja uporabe člena 119 Pogodbe (zdaj člen 141 ES).³⁵ Poleg tega se v nasprotju s povezavo med delovnim razmerjem in zadevnim izplačilom strukturni elementi sistema izplačil ne štejejo za odločilne.³⁶

66. Na podlagi sodne prakse Sodišča je mogoče ugotoviti, da tej opredelitvi poklicnega pokojninskega sistema ne nasprotujeta položaj osebe javnega prava, ki ga ima Freie und Hansestadt Hamburg, niti obveznost zavarovanja pri sistemu, iz katerega izhaja pravica do zadevne pokojnine v postopku v glavni stvari.³⁴ Glede na to, da se v obravnavani zadevi preverja izpolnjevanje zgoraj navedenih treh meril, se pokojnina, ki jo izplačuje

68. Kolikor je dopolnilna pokojnina iz postopka v glavni stvari v bistvu odvisna od obstoja delovnega razmerja med J. Römerjem in Freie und Hansestadt Hamburg, pomeni „izplačilo“

34 – Zgoraj navedena sodba Maruko (točka 57 in tam navedena sodna praksa). Glej tudi zgoraj navedeno sodbo Niemi (točka 42).

35 – Zgoraj navedeni sodbi Evrenopoulos (točka 16) in Niemi (točka 41).

36 – Zgoraj navedena sodba Niemi (točka 45). Sodišče je ocenilo, da to, da je pokojninski sistem za finske državne uradnike del harmoniziranega sistema, tako da skupno pokojnina zavarovanca odraža delo, ki ga je opravljal med delovno dobo, ne glede na delo in na zadevni sektor dejavnosti, in to, da je bil navedeni sistem notificiran kot sistem, za katerega se uporablja Uredba Sveta (EGS) št. 1408/71 z dne 14. junija 1971 o uporabi sistemov socialne varnosti za zaposlene osebe in njihove družinske člane, ki se gibljejo v Skupnosti (UL L 149, str. 2), ne more samo po sebi izključiti uporabe člena 119 Pogodbe, ker je bilo izplačilo pokojnine vezano na delovno razmerje in ker jo je zato država izplačala kot delodajalec.

v smislu člena 141 ES in se zanjo ne uporablja izjema iz člena 3(3) Direktive 2000/78.

2. Uvodna izjava 22 Direktive 2000/78

69. Arbeitsgericht Hamburg podredno, v primeru nikalnega odgovora na njegovo prejšnje vprašanje – kar bi se po mojem mnenju moralo zgoditi – sprašuje, na eni strani, ali se za določbe iz prvega RGG, ki glede višine osnove za odmero pokojnine razlikujejo med prejemniki pokojnin, ki so sklenili zakonsko zvezo, in vsemi drugimi prejemniki pokojnin, pri čemer privilegirajo prve, uporablja izjema iz uvodne izjave 22 Direktive 2000/78, na drugi strani pa, ali se zaradi tega Direktiva ne uporabi, čeprav nobena njena določba ne vsebuje omejitve področja uporabe Direktive, ki bi izrecno ustrezala navedeni uvodni izjavi.

70. Opozoriti je treba na to, da se v uvodni izjavi 22 Direktive navaja, da ta „ne vpliva na nacionalne predpise glede zakonskega stanu in ugodnosti, ki temeljijo na njem“.

71. Komisija pritrjuje stališču predložitvenega sodišča, da člen 10(6), pododstavek 1, prvega RGG ni nacionalni predpis glede zakonskega stanu. Kot navajata oba, namreč ta člen ne vsebuje nobene določbe v zvezi z zakonsko zvezo kot tako, ampak zahteva, da mora biti zakonski stan prejemnika zakonska zveza, in tako navedeni stan postavlja za predpogoj za ugodnejši izračun pokojnine, ki ga določa. Zato pa bi lahko ta člen vsekakor pomenil določbo glede ugodnosti, ki temelji na zakonskem stanu v smislu uvodne izjave 22 Direktive.

72. Arbeitsgericht Hamburg je pojasnilo, da je to vprašanje postavilo zato, ker sta dve najvišji sodišči Zvezne republike Nemčije³⁷ kot samoumevnega sprejeli širok pristop do področja uporabe uvodne izjave 22 in s področja uporabe Direktive 2000/78 izvzeli določbe, s katerimi se v širšem smislu ureja izračun določenega plačila glede na zakonski stan, kakršen je primer prve točke člena 10(6) prvega RGG.

³⁷ – Predložitveno sodišče (v točki 55 prve predložitvene odločbe) navaja, da se je to razlogovanje Bundesverwaltungsgerichta na podlagi uvodne izjave 22 Direktive 2000/78 nanašalo na „družinske prejemke prve stopnje“, pridržane poročenim osebam, in da je Bundesgerichtshof enako stališče zavzelo do vdovskih pokojnin, ki se v okviru dodatnega poklicnega pokojninskega sistema (torej sistema pokojninskih zavarovalnic Zvezne republike Nemčije in zveznih dežel) izplačujejo na podlagi istega razlikovalnega merila, in do ugodnejšega načina izračuna dodatnih pokojnin, ki v celoti ustreza tistemu iz člena 10(6) prvega RGG.

73. Sem enakega mnenja kot Komisija, ki meni, da se v uvodni izjavi 22 Direktive samo povzema samoumevna omejitev področja uporabe iz člena 3(1) *in limine*, po kateri se navedena direktiva uporablja samo „v mejah pristojnosti, ki so prenesene na Skupnost“. Unija namreč ni pristojna za sprejemanje zakonodaje glede „zakonskega stanu in ugodnosti, ki temeljijo na njem“.

74. Sodišče je v sodbi Maruko³⁸ zavzelo stališče o podobnem vprašanju in navedlo, da so zakonski stan in izplačila, ki iz njega izhajajo, v smislu uvodne izjave 22 Direktive 2000/78 res področja, ki so v pristojnosti držav članic, in pravo Skupnosti na to pristojnost ne vpliva. Vendar pa je opozorilo, da morajo države članice pri izvajanju te pristojnosti spoštovati pravo Skupnosti, predvsem določbe o preprežbi diskriminacije.

75. Menim, da bi bilo koristno to ugotovitev podrobneje pojasniti, in sicer da pristojnost, ki je bila na področju zakonskega stanu prepuščena državam članicam, pomeni, da sta urejanje zakonske zveze ali kakršne koli druge

oblike pravno priznane skupnosti med istospolnimi osebami in osebami različnih spolov ter pravni položaj otrok in drugih članov družine v širšem smislu pridržana državam članicam.

76. Slednje so tiste, ki se morajo same odločiti, ali njihov pravni red istospolnim parom dopušča kakršno koli obliko pravne povezanosti ali pa je institut zakonske zveze pridržan izključno parom nasprotnih spolov. Menim, da bi lahko v primeru, da določena država članica ne bi priznavala nobene oblike pravno priznane skupnosti med istospolnimi osebami, to obravnavali kot diskriminacijo na podlagi spolne usmerjenosti, ker je iz načela enakosti v povezavi z dolžnostjo spoštovanja človekovega dostojanstva homoseksualnih oseb³⁹ mogoče izpeljati obveznost, da je treba tem dati možnost, da v trajni življenjski

38 – Zgoraj navedena sodba (točka 59 in naslednje ter tam navedena sodna praksa po analogiji).

39 – Ugotavljam, da je madžarsko ustavno sodišče (Alkotmánybíróság), potem ko je z odločbo št. 154/2008 z dne 17. decembra 2008 razveljavilo zakon št. CLXXXIV iz leta 2007 o registrirani partnerski skupnosti zaradi kršitve člena 15 ustave o varstvu instituta zakonske zveze, ker zakonodajalec te druge oblike življenja v paru ni predvidel samo za homoseksualce, ampak tudi za heteroseksualce, nedavno v odločbi št. 32/2010 z dne 25. marca 2010 ugotovilo, da je zakon št. XXIX iz leta 2009 skladen z ustavo, ker registrirano partnersko skupnost pridružuje samo istospolnim parom. V slednji odločbi je Alkotmánybíróság opozorilo na to, da priznanje možnosti sklenitve registrirane partnerske skupnosti osebam istega spola temelji na pravici do spoštovanja človekovega dostojanstva (Magyar Közlöny 2010/43).

skupnosti živijo v okviru pravno priznane zveze.⁴⁰ Vendar pa je ta problematika v zvezi z urejanjem zakonskega stanu zunaj področja urejanja prava Unije.

77. Nasprotno pa država članica na področjih, ki sodijo na področje uporabe prava Unije, kot so izvajanje temeljnih svoboščin ali pogoji za obravnavanje delavcev v njihovem poklicnem življenju, kršitve te pravice ne more upravičiti s sklicevanjem na nacionalna pravila o zakonskem stanu.

78. Tako kot je Sodišče navedlo v zgoraj navedeni zadevi Maruko, je treba opozoriti na to, da ker je bilo izplačilo, kot je to v postopku v glavni stvari, opredeljeno kot „plačilo“ v smislu člena 141 ES in ker se iz razlogov,

navedenih pri odgovoru na prvo vprašanje v obravnavani zadevi, zanj uporablja Direktiva 2000/78, uvodna izjava 22 navedene direktive ne bi mogla povzročiti pomisleka o njeni uporabi.

79. Glede na to, da je Sodišče tako razložilo uvodno izjavo 22 Direktive 2000/78, se mi zdi, da se je mogoče izogniti razlikam iz nacionalne sodne prakse, na katere opozarja predložitveno sodišče, in zagotoviti enotno razlago navedenega predpisa. Kakor koli pa se navedene uvodne izjave, ki ni zavezujoča iz razlogov, ki jih je navedel že generalni pravobranilec D. Ruiz-Jarabo Colomer,⁴¹ ne bi smelo več uporabljati tako, da sama po sebi dovoljuje, da se iz nadzora nad skladnostjo z Direktivo 2000/78 izvzame nacionalne predpise, ki določajo, da imajo zakonci večje ugodnosti kot registrirani partnerji. Uvodna izjava 22 Direktive 2000/78 namreč samo povzema sicer očitno omejitve, ki izhajajo iz člena 13(1) ES, da se v skladu s členom 3(1) *in limine* navedene direktive uporablja „v mejah pristojnosti, ki so prenesene na Skupnost“.

40 – V zvezi s tem opozarjam na to, da je Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) s sodbo z dne 24. junija 2010 (še neobjavljena v *Recueil des arrêts et décisions*) razsodilo v zadevi Schalk in Kopf proti Avstriji (tožba št. 30141/04), v kateri sta avstrijska državljana istega spola, ki sta uradno živela v zunajzakonski skupnosti, z uveljavljanjem člena 12 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju: EKČP) izpodbijala zavrnitev odobritve sklenitve zakonske zveze s strani organa, česar strasbourško sodišče še ni obravnavalo in je tožbo soglasno zavrnilo. Pritoževala sta se tudi nad diskriminacijo na podlagi spolne usmerjenosti, ker sta bila prikrajšana za pravico do sklenitve zakonske zveze in ker nimata druge možnosti za pravno priznanje njune zveze, ESČP pa je kljub temu razsodilo, da ni bilo kršitve člena 14 v povezavi s členom 8 navedene konvencije. Nazadnje sta se tožeči stranki sklicevali tudi na člen 1 Protokola št. 1 k EKČP in trdili, da sta bili postavljeni v slabši finančni položaj v primerjavi s poročenimi pari, vendar je bila glavnina zahtevka spoznana za očitno neutemeljeno. Dodajam, da avstrijska zakonodaja uradno zunajzakonsko skupnost priznava kot obliko zveze, ki je na voljo homoseksualnim osebam in je precej podobna zakonski zvezi.

80. V vsakem primeru opozarjam na to, da se države članice, kadar delujejo na področju

41 – Sklepni predlogi v zgoraj navedeni zadevi Maruko (točka 76). Pomen uvodne izjave, kot je obravnavana, je v tem, da služi kot orodje za razlago, ker vsebuje obrazložitev bistvenih določb direktive, ni pa zavezujoče pravilo.

pridržanih pristojnosti, ne morejo izogniti splošni obveznosti spoštovanja prava Unije, kar vključuje spoštovanje pravil v zvezi z načelom prepovedi diskriminacije.

81. Iz navedenega sledi, da v nasprotju s tem, kar je bilo morda ugotovljeno v nacionalni sodni praksi, uvodna izjava 22 Direktive 2000/78 ne more povzročiti pomisleka o uporabi le-te za določbe, kot so določbe prvega RGG, ki se nanašajo na izračun plačila v širšem smislu in pri katerih je odločilni dejavnik točno določen zakonski stan, in sicer zakonska zveza.

82. Sklepno menim, da je treba na prvo in drugo vprašanje odgovoriti, da se Direktiva 2000/78 po vsebini uporablja za izplačevanje dodatnih pokojnin nekdanjim uslužbencem oziroma zaposlenim pri Freie und Hansestadt Hamburg in njihovim preživelim svojcem, ki ga ureja prvi RGG v povezavi s HmbZVG, in da je torej treba navedene določbe notranjega prava preizkusiti glede na zahteve navedene direktive.

C – Obstoj diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti v smislu Direktive 2000/78

83. Tretje vprašanje je bilo postavljeno v primeru, da bi iz odgovorov na prejšnji vprašanji

sledilo, da – kot menim tudi sam – se Direktiva 2000/78 uporablja za člen 10(6) prvega RGG, v skladu s katerim so, v bistvu, pokojnine, ki se izplačujejo poročenim prejemnikom, ugodnejše kot tiste, ki se izplačujejo prejemniku, ki je sklenil partnersko skupnost z osebo istega spola. Predložitveno sodišče sprašuje, ali navedena določba krši člene 1, 2 in 3(1)(c) Direktive 2000/78, ker neposredno ali posredno diskriminira tožečo stranko iz postopka v glavni stvari zaradi njene spolne usmerjenosti.⁴²

1. Neposredna diskriminacija

84. Predložitveno sodišče pojasnjuje, da se nagiba k temu, da je prva točka člena 10(6) prvega RGG neposredno diskriminatorna. Opozarja na to, da sta zakonska zveza za heteroseksualne osebe oziroma življenjska partnerska skupnost za homoseksualne osebe

42 – Člen 2(2)(a) Direktive 2000/78 določa, da do neposredne diskriminacije na podlagi spolne usmerjenosti pride takrat, „kadar je [...] oseba obravnavana manj ugodno kakor neka druga v primerljivi situaciji zaradi [spolne usmerjenosti]“. Nasprotno pa člen 2(2)(b) navedene direktive določa, da do posredne diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti pride takrat, „kadar je zaradi kakšne navidezne nevtralne določbe, merila ali prakse neka oseba določene [...] spolne usmerjenosti v primerjavi z drugimi v slabšem položaju, razen če tako določbo, merilo ali prakso objektivno upravičuje legitimni cilj in je način uresničevanja tega cilja primeren in nujen“.

pravno urejeni obliki življenjske skupnosti ali najpogostejša oblika zakonskega stanu, čeprav ni mogoče izključiti, da bi se homoseksualna oseba kljub svoji spolni usmerjenosti odločila za poroko z osebo nasprotnega spola. Poudariti je treba, da po navedbah iz predložitvene odločbe to, da lahko zakonsko zvezo skleneta samo osebi različnega spola, v nemškem civilnem zakoniku (BGB) ni izrecno določeno, se pa v praksi šteje za potreben predpogoj. Nasprotno pa iz člena 1(1) LPartG izhaja, da lahko partnersko skupnost v smislu navedenega zakona skleneta samo osebi istega spola.

zadevnih oseb glede na zadevna socialna izplačila. V nasprotju s sodno prakso najvišjih nemških sodišč, ki so po njegovem mnenju slabo razumela Direktivo in razlago iz sodbe Maruko, bi bilo treba torej v obravnavani zadevi primerjati na eni strani nekdanjega uslužbenca Freie und Hansestadt Hamburg, ki živi s svojim partnerjem v registrirani življenjski skupnosti, na drugi strani pa nekdanjega uslužbenca Freie und Hansestadt Hamburg, ki živi s svojim zakonskim partnerjem v zakonski zvezi. J. Römer primarno trdi, da bi moralo Sodišče zaradi zagotovitve učinkovitega varstva zoper diskriminacijo, ki ga Direktiva poskuša zagotavljati, bolj nedvoumno navesti vsebinska merila, ki jih morajo nacionalna sodišča uporabljati pri tej primerjavi.

85. Freie und Hansestadt Hamburg trdi, da sporna zakonodaja, ki vsem partnerjem daje pravico do dostopa do sistema dodatnega zavarovanja po davčnem razredu I, in ne III/0, ne povzroča različnega obravnavanja na podlagi spola ali spolne usmerjenosti.

86. J. Römer opozarja na to, da je Sodišče v sodbi Maruko resda prepustilo predložitvenemu sodišču, da preveri obstoj „primerljivega položaja“, vendar pa je ne glede na to določilo jasna vsebinska merila za to. Najprej opozarja, da Sodišče v skladu z Direktivo 2000/78 ne zahteva enakosti v smislu največje možne podobnosti, ampak samo primerljivost. Dodaja, da se te ne preverja z abstraktnim primerjanjem pravnih institutov, ampak s konkretnim primerjanjem dveh kategorij

87. Komisija – tako kot Arbeitsgericht Hamburg – meni, da se v obravnavani zadevi življenjski partnerji v zvezi z njihovimi pokojninami obravnavajo manj ugodno kot zakonci, ne da bi obstajal upravičen razlog, ki bi lahko pojasnil to neenako obravnavanje. Navaja, da še posebej okoliščina, da morata zakonca eventualno prevzeti breme izobraževanja otrok, ne more upravičiti takega razlikovanja, saj prva točka člena 10(6) prvega RGG vse poročene in ne trajno ločene prejemnike postavlja v ugodnejši položaj ne glede na obstoj potomcev. Komisija se tudi strinja z mnenjem predložitvenega sodišča, da noben izkustveni

dokaz ne potrjuje, da imajo poročeni prejemniki glede na pokojninski položaj svojega partnerja večjo potrebo po pomoči kot prejemniki, ki so sklenili življenjsko partnersko skupnost. Dodaja, da z zadevno določbo v nobenem primeru ne bi bilo mogoče doseči tako določenega cilja, saj ne upošteva otroka, ki se rodi prejemniku in njegovemu zakoncu, tega dejavnika pa tudi ne postavlja za pogoj. Komisija meni da bi bilo v tej zadevi, v nasprotju s potjo, ki je bila izbrana v sodbi Maruko, odveč nacionalnemu sodišču prepuščati odločitev, ali sta v zvezi z zadevnim izplačilom zakonec in življenjski partner v primerljivem položaju, ker je predložitveno sodišče v svoji predložitveni odločbi že opravilo potrebno presojo glede pravnega položaja slednjega in v zvezi s tem izpeljalo ustrezne sklepe. Predlaga razsodbo, da zakonodaja, kot je ta iz postopka v glavni stvari, pomeni neposredno diskriminacijo na podlagi spolne usmerjenosti.

zagotoviti vse elemente, ki mu omogočajo obravnavo zadeve v glavni stvari, ampak tudi zagotoviti polno učinkovanje prava Unije ob spoštovanju področij izključne pristojnosti držav članic, med drugim glede zakonskega stanu.

88. Iz besedila člena 2(2)(a) Direktive 2000/78 izhaja, da je obstoj neposredne diskriminacije v smislu te določbe odvisen od primerljivosti obravnavanih položajev. Odločilna so torej merila, na podlagi katerih je treba opraviti preizkus te primerljivosti. Sodišče mora pri odgovarjanju uskladiti več zahtev, na primer ne samo predložitvenemu sodišču

89. Uvodoma ugotavljam, da je v veliki večini držav članic zakonska zveza skupnost moškega in ženske. Registrirana partnerska skupnost ali podobna oblika pravne skupnosti je lahko omejena na istospolne pare ali pa je na voljo tudi parom različnega spola, kot je to pri civilnopравни solidarni skupnosti (*pacte civil de solidarité*) v francoskem pravu. Povezava med homoseksualnostjo in obliko zveze dveh oseb ni samodejna. Ni namreč mogoče izključiti, da bi se homoseksualna oseba odločila za sklenitev zakonske zveze z osebo nasprotnega spola in obratno, nič ne preprečuje heteroseksualni osebi, da se odloči za življenje v registrirani življenjski partnerski skupnosti z osebo istega spola. Vendar pa menim, da pri pravni analizi ne sme ostati pri tem sofizmu. Bilo bi v nasprotju s prevladujočo realnostjo, če ne bi priznali, da v državi, kot je Nemčija, kjer je zakonska zveza za osebe istega spola izključena in je registrirana partnerska skupnost tista pravna oblika zveze, ki jim je na

voljo, različno obravnavanje v škodo oseb v taki partnerski skupnosti pomeni vir diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti.⁴³

90. Zdi se, da se je Sodišče v sodbi Maruko,⁴⁴ čeprav je navedlo, da presojo prepušča nacionalnemu sodišču, z opredelitvijo precej jasnih meril implicitno odločilo za primerljivost položajev. Sodišče v skladu z besedilom člena 2(2)(a) Direktive 2000/78 ni ugotavljalo enakosti položajev, ampak je na podlagi analize nemškega prava s strani predložitvenega sodišča ugotavljalo zadostno primerljivost položajev. Enak pristop ima Evropsko sodišče za človekove pravice.⁴⁵

91. Spomniti je treba, da je zakonska zveza ne glede na njen moralni, verski ali sociološki pomen pravno zapleten institut, katerega vsebino opredeljujejo pravice in obveznosti zakoncev drug do drugega ter do tretjih in

družbe kot celote. Poleg tega je lahko obstoj zakonske zveze predpogoj za različne pravne učinke, na primer v socialnem, davčnem in upravnem pravu. Podobno so z registrirano življenjsko partnersko skupnostjo ali kakšno drugo pravno priznano obliko zveze povezane bodisi pravice in obveznosti strank bodisi pravne posledice, ki jih pravni red navezuje na obstoj tega partnerstva.

92. Sodišče je pojasnilo, da je treba primerljivost preveriti ob upoštevanju konkretnega izplačila, to je z osredotočenjem na pravno upošteveni element, in ne samo s splošnim pravnim pristopom k pravnemu položaju. Sodišče je tako – ob upoštevanju, da se je vprašanje za predhodno odločanje v zadevi Maruko nanašalo na izplačilo za preživele osebe življenjskemu partnerju umrlega prejemnika – po ugotovitvi, da je v nemškem pravu prišlo do „postopne[ga] približanj[a] ureditve, določene za življenjsko partnersko skupnost, z ureditvijo, ki velja za zakonsko zvezo“, ugotovilo, da „za obstoj pravice do vdovske pokojnine [...] življenjska partnerska skupnost šteje za zakonsko zvezo“⁴⁶.

93. Primerjava položajev mora torej temeljiti na osredotočeni analizi, katere namen je podrobneje opredeliti pravice in obveznosti

43 – S tem se pridružujem stališču prvega senata Bundesverfassungsgerichta v sklepu z dne 7. julija 2009 (BVerfG, 1 BvR 1164/07). To je pri ugotovitvi tovrstne diskriminacije poudarilo, da sta spolna usmerjenost ter izbira med zakonsko zvezo in registrirano partnersko skupnostjo tesno povezana (točka 89) in da je nemški zakonodajalec slednjo obliko pravne zveze predvidel zato, da bi homoseksualnim osebam omogočil sklenitev zveze (točka 90).

44 – Navedena zgoraj (točka 69).

45 – Tako je veliki senat navedenega sodišča v sodbi Burden proti Združenemu kraljestvu (tožba št. 13378/05), izdani 29. aprila 2008, odločil, da sestri, ki že trideset let živita skupaj v nerazdeljeni hiši, ne moreta oporekati različnemu davčnemu obravnavanju na podlagi člena 14 EKČP, ker nista v primerljivem položaju kot zakonci ali civilnopravni partnerji.

46 – Zgoraj navedena sodba (točki 67 in 69).

zakoncev na podlagi zasebnopravnih predpisov ter pravice in obveznosti oseb, ki živijo v registrirani partnerski skupnosti, upoštevne za zadevno izplačilo. Menim, da polno učinkovanje prepovedi diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti ne bi bilo zagotovljeno, če bi se zahtevala popolna enakost ali če bi bilo treba upoštevati pravice in obveznosti, ki za konkretni položaj v zadevi niso upoštevne.

obravnavanje v navedenih predpisih bolj znak obstoja diskriminacije kot dejavnik primerljivosti položajev.

94. Natančneje, predpisi, ki se uporabljajo za morebitno prenehanje partnerske zveze s smrtjo ali iz kakšnega drugega razloga, ne bi smeli vplivati na primerjavo položajev v času trajanja zakonske zveze in registrirane partnerske skupnosti, kar zadeva izplačila, ki so odvisna od tega, da poročeni prejemnik ni trajno ločen. Nasprotno pa bi taki predpisi lahko vplivali na presojo primerljivosti položajev ločenih zakoncev in partnerjev.

96. Glede na to, da je Sodišče v sodbi Maruko⁴⁷ že opisalo faze približevanja ureditve partnerske skupnosti in zakonske zveze v nemškem civilnem pravu, se mi ne zdi smiselno tega ponavljati.

97. Konkretno izplačilo, to je dodatno pokojnino, ki jo enemu od nekdanjih uslužbencev izplačuje Freie und Hansestadt Hamburg, sodi na pravno področje premoženjskih obveznosti partnerjev. Ugotavljam, da imajo po navedbah predložitvene odločbe partnerji medsebojne dolžnosti, da si na eni strani pomagajo, na drugi strani pa z delom in premoženjem ustrezno prispevajo k potrebam partnerske skupnosti,⁴⁸ kot v času skupnega življenja velja tudi za zakonce.⁴⁹ Čeprav LPartG ni določil popolnega poenotenja pravic zakoncev in parov, ki živijo v registrirani

95. Učinki, ki jih zakonski zvezi kot pogoju za priznanje ugodnosti ali pravic pripisujejo davčni, socialni ali upravni predpisi, prav tako ne bi smeli vplivati na primerjavo položaja oseb v zakonski zvezi ali registrirani partnerski skupnosti, saj je različno

47 – Navedena zgoraj (točka 67 in naslednje).

48 – Člena 2 in 5 LPartG v različici po sprejetju zakona o preoblikovanju pravice do življenjske partnerske skupnosti (Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts) z dne 15. decembra 2004, ki je začel veljati 1. januarja 2005.

49 – Tako člen 5 LPartG izrecno napotuje na ustrezne določbe BGB, ko določa, da se „člen 1360, drugi stavek, člena 1360a in 1360b ter člen 1609 BGB uporabljajo ustrezno“.

partnerski skupnosti, pa je ustvaril precej podobne obveznosti teh dveh oblik zveze, še posebej na premoženjskem področju.

delovne dobe, saj je morala k pokojnini prispevati po enaki stopnji kot njeni poročeni sodelavci. Ugotovljeno različno obravnavanje torej temelji izključno na merilu, ki je po Direktivi 2000/78 prepovedano, to je spolni usmerjenosti.

98. Predložitveno sodišče glede na zaporedne reforme LPart^{G50} meni, da „zato nemško pravo ne pozna več bistvenih pravnih razlik med tema dvema stanoma oseb, to je zakonsko zvezo in registrirano partnersko skupnostjo [...]. Razlika je v bistvu bolj dejanska: zakonska zveza predpostavlja različnost spolov zakoncev, partnerska skupnost pa, da sta partnerja istega spola.“ Položaj torej ni dovolj različen, da bi bilo neenako obravnavanje, kot je to v postopku v glavni stvari, upravičeno.

100. Na podlagi elementov, ki jih je navedlo predložitveno sodišče, se torej v zvezi z izplačilom iz postopka v glavni stvari zdi, da sta položaja oseb, ki so sklenile zakonsko zvezo, in tistih, ki v skladu z upošteveno nacionalno zakonodajo živijo v registrirani partnerski skupnosti, v smislu člena 2(2)(a) Direktive 2000/78 primerljiva. V teh okoliščinah se zdi, da je povečanje pokojnine, ki temelji izključno na merilu zakonske zveze, neposredna diskriminacija zaradi spolne usmerjenosti.

99. Iz spisa izhaja, da bi se pokojnina J. Römerja na podlagi zadnjega stavka člena 8(10) prvega RGG povečala, če bi oktobra 2001 sklenil zakonsko zvezo z žensko, v primeru registrirane partnerski skupnosti z moškim pa ne. To ugodnejše obravnavanje naj ne bi bilo povezano niti z dohodki oseb v zvezi niti z obstojem otrok niti z drugimi dejavniki, kot so tisti v zvezi z ekonomskimi potrebami partnerja. Poleg tega zakonski stan ni vplival na prispevke zadevne osebe v času

2. Posredna diskriminacija

101. Vprašanje razlage člena 2(2)(b) Direktive 2000/78 o posredni diskriminaciji se postavlja samo, če ne bi bil potrjen obstoj neposredne diskriminacije, bodisi ob presoji primerljivosti položajev s strani samega Sodišča, če bi – kot predlaga Komisija – ocenilo, da to lahko stori, bodisi kot posledica take

50 – Arbeitsgericht Hamburg pojasnjuje, da je posebej navedeni zakon z dne 15. decembra 2004 o preoblikovanju pravice do življenjske partnerske skupnosti „še bolj približal pravne posledice registrirane partnerske skupnosti tistim zakonske zveze“.

analize, ki bi bila prepuščena nacionalnemu sodišču. Ugotovitve v nadaljevanju torej navajam samo podredno in zaradi popolnosti.

s katerimi se lahko doseže cilje njihove socialne politike, vendar pa to ne sme pomeniti, da bi se izvajanje načela prepovedi diskriminacije vsebinsko izpraznilo.

102. Tožeča stranka iz postopka v glavni stvari Sodišče poziva, naj gre onkraj sodne prakse iz sodbe Maruko in odgovori tudi na vprašanje o posredni diskriminaciji. J. Römer se pri zatrjevanju, da je žrtev posredne diskriminacije zaradi svoje spolne usmerjenosti, sklicuje na to, da do tega vodi okoliščina, da so izplačila izključno vezana na zakonsko zvezo oseb različnega spola, ne da bi bilo to v skladu s pravom Unije objektivno utemeljeno. Navaža, da Freie und Hansestadt Hamburg ni pojasnilo, zakaj mora zaradi varstva poročenih parov prejemati nižjo pokojnino kot njegovi heteroseksualni kolegi, pa čeprav je poklicni pokojninski zavarovalnici 45 let plačeval enake prispevke kot oni.

104. Če ne bi bilo ugotovljeno, da so partnerji glede zadevnega izplačila v primerljivem položaju, kar bi v obravnavani zadevi izključilo neposredno diskriminacijo, bi bilo treba določbe člena 2(2)(b)(i) Direktive 2000/78 razlagati tako, da bi to predložitvenemu sodišču pomagalo ugotoviti, ali zakonodaja, kot je ta iz postopka v glavni stvari, lahko povzroči posredno diskriminacijo zaradi spolne usmerjenosti.

105. Kolikor mi je znano, sodna praksa ne vsebuje elementov za razlago pojma posredne diskriminacije v smislu Direktive 2000/78, zlasti tiste na podlagi spolne usmerjenosti.

103. Komisija, ki se opira na sodno prakso Sodišča glede načela nediskriminacije zaradi starosti,⁵¹ ugotavlja, da imajo države članice široko polje proste presoje pri izbiri sredstev,

106. V skladu z besedilom navedene direktive se je treba najprej vprašati, ali v obravnavani zadevi obstaja „navidez nevtraln[a] določb[a] [ali] meril[o] [...] [zaradi katere je] neka oseba določene [...] spolne usmerjenosti [...] v primerjavi z drugimi v slabšem položaju“. Merilo glede zakonskega stanu iz člena 10(6) prvega RGG se lahko *a priori* zdi kot nevtralni dejavnik razlikovanja. Vendar pa razlikovalni učinek tega merila glede na to, da so zakonska

51 – Glej zlasti sodbo z dne 5. marca 2009 v zadevi *Age Concern England* (C-388/07, Z.Odl., str. I-1569, točka 47 in naslednje). Opozoriti je treba na to, da Direktiva 2000/78 vsebuje posebna pravila glede razlogov, ki lahko upravičijo neposredno ali posredno neenako obravnavanje na podlagi starosti (glej točko 32 sklepnih predlogov generalne pravobranilke J. Kokott, predstavljenih 6. maja 2010 v zadevi *Andersen*, C-499/08, ki je še v teku pred Sodiščem).

zveza in ugodnosti, ki iz nje izvirajo, pridržani izključno osebam različnega spola, kot je to med drugim v Nemčiji, ni nepomemben. Ta učinek še posebej postavlja v slabši položaj homoseksualne osebe, ker nimajo drugega pravnega načina za formalizacijo njihove zveze, kot je registrirana partnerska skupnost, in torej nimajo dostopa do ugodnejše obravnave skupine ljudi, razen če se odrečejo svoji spolni usmerjenosti.

108. Ugotovitev, da lahko zaradi člena 10(6) prvega RGG nastane „slabši položaj“, sama po sebi ni dovolj za opredelitev diskriminacije kot posredne, ker jo lahko v smislu člena 2(2)(b)(i) Direktive 2000/78 „objektivno“ upravičuje „legitimni cilj“. Pojasnilo Freie und Hansestadt Hamburg se nanaša na davčne vidike, katerih niti resničnost niti legitimnost nista dokazani, kar bi morala storiti tožena stran v postopku v glavni stvari. Predložitev sodišče pa omenja možen namen zakonodajalca, da varuje zakonsko zvezo in družino.⁵³

107. Pristop v tej zadevi torej ne bi smel biti subjektiven, ampak objektivni. Vprašanje, ali je namen zahteve po obstoju zakonske zveze konkretno izključiti pare istega spola, ni pomembno, če jih taka zahteva sama po sebi jasno postavlja v slabši položaj v primerjavi s pari različnega spola. Zadevna določba iz postopka v glavni stvari resda izvzema vse neporočene prejemnike,⁵² vendar so homoseksualne osebe dejansko v slabšem položaju kot na primer heteroseksualne osebe, ki živijo v zunajzakonski skupnosti, saj slednjim ni dokončno odvzeta možnost, da tako ugodnost pridobijo, ker nekoč lahko sklenejo zakonsko zvezo, če si to želijo.

109. Že na začetku naj omenim, da je po mojem mnenju vzročna zveza med zadevnim neenakim obravnavanjem ter varstvom zakonske zveze in družine dvomljiva.

110. Tudi če bi se strinjali z legitimnostjo takega cilja, pa se mi določbe člena 10(6) prvega RGG v nobenem primeru ne zdijo takšne, da bi lahko uspešno prestale preizkus utemeljenosti in sorazmernosti, ki ga v nadaljevanju

52 – Vendar pa opozarjam na to, da člen 10(6) prvega RGG določa, da se ugodnejši izračun zaradi uporabe davčnega razreda III/0 ne zagotavlja samo poročenim prejemnikom, ampak tudi neporočenim prejemnikom, ki so lahko upravičeni do družinskih ali temu ustrežajočih prejemkov.

53 – K temu se bom vrnil pri odgovorih na zadnjo serijo vprašanj glede vpliva zgoraj navedenega člena 6(1) nemškega temeljnega zakona, ki določa tak cilj.

predvideva Direktiva 2000/78, ko določa, da mora biti „način uresničevanja tega cilja primeren in nujen“. Menim, da obstajajo drugi načini za spodbujanje instituta zakonske zveze kot poseganje, četudi posredno, v finančne interese istospolnih parov, ki v nobenem primeru v Nemčiji nimajo dostopa do zakonske zveze, in torej ni nevarnosti, da bi se od nje odvrnili z izbiro registrirane partnerske skupnosti. Kakor koli pa je mogoče institut zakonske zveze varovati, ne da bi bilo primerno niti nujno enemu načinu pravno priznane skupnega življenja dajati prednost pred drugim.⁵⁴

prvega RGG prejema nižjo pokojnino kot poročena oseba, objektivno upravičeno z legitimnim ciljem in koliko je obstoj zakonske zveze kot predpogoj za pridobitev te ugodnosti sorazmeren način za doseg tega cilja.

3. Vmesni sklep

111. Glede na navedeno je naloga predložitenega sodišča, ki je edino pristojno za presojo dejanskega stanja spora, ki ga obravnava, in za razlago upoštevnih nacionalnih zakonodaj, da konkretno ugotovi, ali obstaja posredna diskriminacija. Presoditi bo moralo, koliko je to, da J. Römer v skladu s členom 10(6)

112. Kot sklep o celotni problematiki iz tretjega vprašanja Sodišču predlagam odgovor, da določbe členov 1, 2 in 3(1)(c) Direktive 2000/78 nasprotujejo nacionalni zakonodaji, kot je ta iz postopka v glavni stvari, v skladu s katero prejemnik, ki živi v registrirani partnerski skupnosti, ne prejema enakovredne dodatne pokojnine, kot je tista, ki jo prejema poročeni prejemnik, ki ne živi trajno ločeno, po nacionalnem pravu pa je, kar zadeva navedeno pokojnino, navedena partnerska skupnost oseb istega spola v primerljivem položaju, kot je položaj zakoncev. Analiza primerljivosti mora biti osredotočena na pravice in obveznosti zakoncev in partnerjev, kot izhajajo iz določb, ki veljajo za zakonsko zvezo oziroma registrirano partnersko skupnost

54 – Primerjaj z zgoraj navedenim sklepom Bundesverfassungsgerichta z dne 7. julija 2009. Evropsko sodišče za človekove pravice je prav tako opozorilo na to, da „kadar je polje proste presoje držav ozko, [kot je to v primeru] različnega obravnavanja na podlagi [...] spolne usmerjenosti, [...] načelo sorazmernosti zahteva, da sprejeti ukrep načeloma omogoča uresničitev zasledovanega cilja, zahteva pa tudi dokaz, da je bilo zaradi uresnitve tega cilja treba določene osebe – v obravnavani zadevi posameznike, ki živijo v homoseksualnem razmerju – izvzeti s področja uporabe zadevnega ukrepa“. (ESCP, sodba Karner proti Avstriji z dne 24. julija 2003, *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-IX, točka 41).

in so upoštevne glede na pogoje priznanja zadevnega izplačila. Predložitveno sodišče mora preveriti, ali je partner v pravno in dejansko primerljivem položaju kot zakonec, ki je upravičen do dodatne pokojnine, določene po sistemu poklicnega socialnega zavarovanja Freie und Hansestadt Hamburg.

prvega RGG ne krši Direktive 2000/78/ES, z navedeno določbo notranjega prava kljub temu krši člen 141 ES ali splošno načelo prava Skupnosti.

113. Podredno, če bi analiza primerljivosti izključila obstoj neposredne diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti, bi obstajala vsaj posredna diskriminacija v smislu člena 2(2)(b)(i) Direktive 2000/78, če je z določbami člena 10(6) prvega RGG, s katerimi je za poročenega in ne trajno ločenega prejemnika določen ugodnejši način izračuna dodatne pokojnine, na eni strani prejemnik, ki živi v registrirani partnerski skupnosti, postavljen v slabši položaj, na drugi strani pa z njimi ni objektivno upravičen legitimni cilj ali niso primeren in nujen način uresničevanja tega cilja, kar mora ugotoviti predložitveno sodišče.

115. Natančneje, navedeno vprašanje je razdeljeno na tri alternative. Arbeitsgericht Hamburg je to pojasnilo v dodatnem predlogu za sprejetje predhodne odločbe.

116. Ugotavljam, da se prva dva dela četrtega vprašanja nanašata na možnost, da bi se na vprašanja o morebitnem izvzetju iz uporabe Direktive 2000/78 odgovorilo pritrdilno. Tretji del četrtega vprašanja se nanaša na možnost, da bi bilo razsojeno, da se s členom 10(6) prvega RGG niti neposredno niti posredno ne krši načela nediskriminacije iz Direktive 2000/78. Iz zgoraj navedenih razlogov menim, da so vsi trije deli navedenega vprašanja za predhodno odločanje brezpredmetni. Vendar bom zaradi popolnosti in za primer, da Sodišče ne bi sledilo mojim predlogom, podredno v nadaljevanju navedel elemente za odgovor.

D – Kršitev člena 141 ES ali splošnega načela prava Unije

114. Predložitveno sodišče s četrtem vprašanjem v bistvu sprašuje, ali se v primeru, da bi bilo ugotovljeno, da se s členom 10(6)

117. V zvezi z morebitno kršitvijo člena 141 ES se mi zdi, da je v postopku v glavni stvari ni moglo biti. Opozarjam, da navedeni

člen določa „načel[o] enakega plačila za enako delo ali delo enake vrednosti za moške in ženske“.

118. Z zakonodajno vsebino člena 10(6) prvega RGG se tega načela ne krši, ker različno obravnavanje pri izračunu pokojnin v škodo tožeče stranke iz postopka v glavni stvari ne temelji na razlikovanju med ženskami in moškimi, ampak med poročenimi zaposlenimi in drugimi. Predložitveno sodišče to tudi samo ugotavlja, vendar navaja, da bi bil ta člen kljub temu lahko diskriminatoren na podlagi tega, da je tožeča stranka iz postopka v glavni stvari moški, ker je J. Römer lahko kot pravno vez z drugim moškim vzpostavil samo partnersko skupnost, in ne zakonsko zvezo.

119. Kljub temu pa tako kot Komisija ugotavljam, da zadevna notranjepravna določba posega v položaj istospolnih prejemnikov pokojnin ne glede na to, ali sta življenjsko partnersko skupnost sklenila dva moška ali dve ženski. Poleg tega slabši položaj J. Römerja ni povezan niti z njegovim spolom niti s spolom njegovega partnerja, ampak je izključno posledica neobstoja zakonske zveze. Zdi se mi očitno, da taka določba ne more biti v nasprotju s členom 141 ES, ki zadeva različno obravnavanje zaradi spola in ne zaradi spolne usmerjenosti.

120. Argumentacija predložitvenega sodišča je resda podobna razlogovanju Sodišča v sodbi K. B.,⁵⁵ na podlagi katerega člen 141 ES načeloma nasprotuje zakonodaji, ki paru, pri katerem je eden od partnerjev transseksualec, ki si je z operacijo spremenil spol, vendar je še vedno vpisan kot oseba istega spola kot drugi, v nasprotju z Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju: EKČP) preprečuje izpolnitev pogoja zakonske zveze, ki je nujen, da bi lahko bil eden od njiju upravičen do elementa plačila drugega v smislu člena 141 ES, to je vdovske pokojnine.

121. Čeprav sta J. Römer in njegov partner v podobnem položaju kot zadevni osebi v zadevi K. B., ker je zakonska zveza pridržana osebam različnega spola, pa menim, da v obravnavani zadevi te ovire ne bi bilo mogoče opredeliti kot diskriminacijo na podlagi spola. Sodišče v navedeni zadevi ni podvomilo o skladnosti zakonodaje Združenega kraljestva s pravom Skupnosti zato, ker ne dovoljuje zakonske zveze med istospolnimi pari, ampak samo zato, ker povzroča neenako obravnavanje v zvezi z nujnim predpogojem za priznanje vdovske pokojnine, to je sposobnostjo za sklenitev zakonske zveze.⁵⁶ Podobno je nezmožnost J. Römerja posledica tega,

55 – Sodba z dne 7. januarja 2004 v zadevi K. B. (C-117/01, Recueil, str. I-541).

56 – Točke 28, 30 in 33 te sodbe.

da se je Nemčija pri izvajanju svojih pristojnosti na področju zakonskega stanu odločila, da institut zakonske zveze pridrži parom nasprotnega spola. Ker homoseksualne osebe trpijo posledice zakonodajne izbire na enak način ne glede na to, ali gre za posameznike ženskega ali moškega spola, te zahteve same po sebi ni mogoče šteti za diskriminacijo na podlagi spola.

trdim, da sodbi Mangold in Küçükdeveci⁵⁸ z gotovostjo potrjuje, da Direktiva 2000/78 ni posvečena načelu enakega obravnavanja na področju zaposlovanja in dela, ki izhaja iz različnih mednarodnih pogodb in ustavnih tradicij, skupnih državam članicam, kot to izhaja iz člena 1 ter uvodnih izjav 1 in 4 navedene direktive.

122. Predložitveno sodišče v zvezi z morebitno kršitvijo splošnega načela prava Unije s strani člena 10(6) prvega RGG, ker postavlja tožečo stranko iz postopka v glavni stvari v slabši položaj zaradi njene spolne usmerjenosti, svoje vprašanje opira na sodbo Mangold.⁵⁷ Opozarja, da v skladu z navedeno sodbo Direktiva 2000/78 sama ni posvečena načelu enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu, ker je treba to obravnavati kot splošno načelo prava Skupnosti. Predložitveno sodišče v svojem dopolnilnem vprašanju navaja morebitno kršitev kakšnega „drugega splošnega načela prava Skupnosti“, kot kaže v nasprotju z načelom enakosti plačil moških in žensk iz člena 141 ES, vendar ne pojasni, katero naj bi bilo v obravnavani zadevi to načelo.

124. V tem okviru je Sodišče potrdilo obstoj načela nediskriminacije na podlagi starosti, ki ga je treba upoštevati kot splošno načelo prava Unije, ki se z navedeno direktivo samo konkretizira s tem, da se vzpostavi splošni okvir na področju, na katerem se ta uporablja.⁵⁹ Poleg tega je poudarilo, da je v skladu s členom 21(1) Listine o temeljnih pravicah, ki ima v skladu s členom 6(1) PEU enako pravno veljavnost kot Pogodbi, „prepovedana vsakršna diskriminacija na podlagi [...] starosti“.⁶⁰

123. Če bi Sodišče ocenilo, da to vprašanje ni brezpredmetno glede na kombinacijo možnosti, ki so navedene kot njegove premise,

125. Treba je torej še ugotoviti, ali je mogoče to sodno prakso prenesti tako, da bi imela diskriminacija zaradi spolne usmerjenosti enak

57 – Navedena zgoraj (točki 74 in 75).

58 – Zgoraj navedeni sodbi Mangold (točka 74) in Küçükdeveci (točka 20).

59 – Zgoraj navedeni sodbi Mangold (točka 75) in Küçükdeveci (točka 21).

60 – Zgoraj navedena sodba Küçükdeveci (točka 22).

status splošnega načela prava Unije, kot to velja za prepoved diskriminacije zaradi starosti.

sklepalo, da različno obravnavanje na podlagi spolne usmerjenosti ni bilo prepovedano, ker tega noben predpis Skupnosti izrecno ni prepovedoval, in dodalo, da je samo zakonodajalec pristojen za to, da po potrebi sprejme ukrepe, ki lahko posežejo v tak položaj.

126. Kot sem že ugotovil, je bil člen 13(1) ES z Amsterdamsko pogodbo, ki je bila podpisana 2. oktobra 1997 in je začela veljati 1. maja 1999, spremenjen z namenom, da Skupnost v okviru svojih vsebinskih pristojnosti pridobi posebne pristojnosti za boj proti vsakršni diskriminaciji na podlagi enega od šestih kategorij razlogov, ki jih našteva in med katerimi je tudi spolna usmerjenost.⁶¹

128. Kot je ugotovil generalni pravobranilec D. Ruiz-Jarabo Colomer, je omejevalen pristop, za katerega se je odločilo Sodišče, drugačen kot na primer pristop v sodni praksi na področju diskriminacije v zvezi z materinstvom.⁶³ Poznejša sodna praksa razkriva določeno zadržanost pri izvedbi prepovedi diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti.⁶⁴

127. V tistem času niso vse države članice prepovedovale diskriminacije na podlagi tega merila, EKČP pa ga tudi ni omenjala. Sodišče je v sodbi Grant, razglašeni 17. februarja 1998,⁶² navedlo, da ob takratnem stanju prava Skupnosti trajna homoseksualna razmerja niso bila izenačena z razmerji med poročenimi osebami ali trajnimi heteroseksualnimi zunajzakonskimi razmerji. Iz tega je

129. Menim, da strogo pravno gledano ni nobene podlage za manj dosledno uporabo načela enakega obravnavanja v zvezi z diskriminacijo zaradi spolne usmerjenosti v primerjavi z diskriminacijo na podlagi drugih razlogov iz člena 13 ES. Če bi priznali, da na tem področju obstajajo pravno upoštevalne

61 – Direktiva 2000/78 je bila sprejeta prav na podlagi te določbe, tako kot Direktiva 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) in Direktiva 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. 3). Komisija je zaradi zapolnitve tega pravnega okvira 2. julija 2008 predložila predlog Direktive o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na vero ali prepričanje, invalidnost, starost ali spolno usmerjenost (COM(2008) 426 konč.).

62 – Sodba z dne 17. februarja 1998 (C-249/96, Recueil, str. I-621, točka 35 in naslednje).

63 – Glej točko 92 sklepnih predlogov v zgoraj navedeni zadevi Maruko in številne tam navedene sodbe (opomba 90).

64 – Glej zlasti sodbo z dne 31. maja 2001 v zadevi D in Švedska proti Svetu (C-122/99 P in C-125/99 P, Recueil, str. I-4319), na katero v točki 94 sklepnih predlogov v zgoraj navedeni zadevi Maruko opozarja generalni pravobranilec D. Ruiz-Jarabo Colomer.

posebnosti, bi to pomenilo, da Sodišče neupravičnim predsodkom, ne glede na njihov izvor, pripisuje določen pomen in osebam manjšinske spolne usmerjenosti odredka enako pravno varstvo.

diskriminacij[e] na podlagi [...] spolne usmerjenosti“ je bila tako vnesena v člen 21(1) Listine o temeljnih pravicah, katere poslanstvo ni ustvariti novih pravic, ampak potrditi temeljne pravice, ki jih priznava pravo Unije.⁶⁶

130. Evropsko sodišče za človekove pravice je namreč leta 1999 razsodilo, da se za različno obravnavanje na podlagi spolne usmerjenosti uporablja člen 14 EKČP, katerega vsebina ni omejujoča, in da take diskriminacije v skladu s Konvencijo ni mogoče dopustiti.⁶⁵ Temeljne pravice, kakor jih zagotavlja EKČP, pa so v skladu s členom 6(3) PEU kot splošna načela del prava Unije. Prepoved „vsakršn[e]

131. Na podlagi navedenega se mi zdi, da bi bilo treba, tako kot je Sodišče razsodilo glede diskriminacije zaradi starosti, prepoved diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti obravnavati kot splošno načelo prava Unije.⁶⁷

132. V – po mojem mnenju malo verjetnem – primeru, da se Direktiva 2000/78 ne bi

65 – ESČP, sodba Salgueiro Da Silva Mouta proti Portugalski z dne 21. decembra 1999, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-IX (točki 28 in 36). Glej tudi ESČP, sodba S. L. proti Avstriji z dne 9. januarja 2003, *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-I (točka 37: „razlikovanje na podlagi spolne usmerjenosti mora biti upravičeno s posebno resnimi razlogi“, ter v tem smislu navedena sodna praksa), in ESČP, sodba Kozak proti Poljski z dne 2. marca 2010, še neobjavljena v *Recueil des arrêts et décisions* (ESČP v točkah 98 in 99 priznava, da je varstvo družine, ki temelji na zvezi moškega in ženske in kot je določeno v poljski ustavi, načeloma legitimen razlog za utemeljitev različnega obravnavanja. Dodaja, da pa mora država pri iskanju ravnovesja med varstvom družine in pravicami, ki jih Konvencija priznava spolnim manjšinam, upoštevati razvoj družbe, še posebej ker ne obstaja samo en način, na katerega posameznik živi svoje zasebno življenje. Glede na to, da se ni bilo mogoče strinjati s tem, da je treba zaradi varstva družine kar nasploh odreči prenos najema na osebe, ki živijo v homoseksualnem razmerju, je soglasno razsodilo v prid kšitve člena 14 v povezavi s členom 8 EKČP).

66 – V njeni preambuli je navedeno, da Listina „ob upoštevanju pristojnosti in nalog Unije ter načela subsidiarnosti potrjuje pravice, ki izhajajo zlasti iz skupnih ustavnih tradicij in mednarodnih obveznosti držav članic, [EKČP], socialnih listin, ki sta jih sprejela Unija in Svet Evrope, ter sodne prakse Sodišča Evropske unije in Evropskega sodišča za človekove pravice“.

67 – Točka 76 zgoraj navedene sodbe Mangold se začne takole: „[...] spoštovanje splošnega načela enakega obravnavanja, zlasti ne glede na starost [...]“ (moj poudarek), na podlagi česar je mogoče sklepati, da Sodišče svojega pristopa ni želelo omejiti samo na ta razlog, glede na to, da je cilj Direktive 2000/78 boj proti diskriminaciji zaradi „vere ali prepričanja, hendikepiranosti, starosti ali spolne usmerjenosti“ (člen 1) pri zaposlovanju in delu. Tudi generalni pravobranilec Tizzano je podobno ugotovil, „da je Sodišče že pred sprejetjem Direktive 2000/78 in posebnih določb, ki jih ta vsebuje, potrdilo obstoj splošnega načela enakosti“ (poudarek dodan) (glej točko 83 sklepni predlogov v zgoraj navedeni zadevi Mangold ter tam navedeno sodno prakso).

uporabljala za zadevno zakonodajo iz postopka v glavni stvari, ne bi bilo mogoče izključiti, da bi bilo z navedeno zakonodajo – konkretno izraz „zakonska zveza“, ki omejuje področje njene uporabe – kršeno splošno načelo prava Unije v zvezi s prepovedjo diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti.

E – *Časovni vidiki zadeve*

135. Peto in šesto vprašanje je treba obravnavati skupaj, ker se obe z različnih vidikov nanašata na časovno uporabo.

133. Kljub temu pa je treba opozoriti na to, da če bo Sodišče navedeni nadzor oprlo na to splošno načelo in ne na Direktivo 2000/78, bo to vplivalo na odgovor na peto vprašanje predložitvenega sodišča, in sicer tisto glede časovnih posledic kršitve prava Unije.

1. Časovni učinki pravice do enakega obravnavanja

136. Predložitveno sodišče navaja, da se želi s petim vprašanjem razjasniti pravne posledice, ki jih bo moralo za namene razsodbe v obravnavani zadevi upoštevati glede na odgovore Sodišča na prva štiri vprašanja za predhodno odločanje.

134. Če povzamem, primarno menim, da v obravnavani zadevi na četrto vprašanje za predhodno odločanje ni treba odgovarjati. Ne glede na to pa v nasprotnem primeru Sodišču podredno predlagam razsodbo, da se člen 141 ES s členom 10(6) prvega RGG ne krši, lahko pa – o čemer mora presoditi predložitveno sodišče na podlagi dejanskega stanja spora, ki ga obravnava – se krši splošno načelo prava Unije o prepovedi diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti.

137. Navaja, da se sprašuje predvsem, ali bi lahko tožeča stranka iz postopka v glavni stvari v primeru, da bi Sodišče potrdilo, da njen slabši položaj pomeni kršitev prava Unije, od tožene stranke iz postopka v glavni stvari zahtevala, da jo obravnava enako kot poročene in ne trajno ločene prejemnike, in to še preden bi se člen 10(6) prvega RGG spremenil v tem smislu.

138. Predložitveno sodišče v zvezi s tem ugotavlja, da v obravnavani zadevi Freie und Hansestadt Hamburg ni zasebnopravni delodajalec, čeprav gre za civilnopravno pogodbo o zaposlitvi, ampak javna lokalna skupnost, ki je glede zadevnega predpisa iz postopka v glavni stvari hkrati delodajalec in zakonodajalec.

139. Menim, da če bi se ugotovila neposredna ali posredna diskriminacija, bi lahko tožeča stranka iz postopka v glavni stvari uveljavljala pravico do enakega obravnavanja, ne da bi morala čakati, da nemški zakonodajalec spremeni sporno določbo notranjega prava.

140. Predložitveno sodišče se nato v bistvu sprašuje, od kdaj se ne bi smelo upoštevati člena 10(6) prvega RGG. Samo meni, da če bi Sodišče ocenilo, da se z navedeno določbo krši le Direktiva 2000/78, bi se zdelo logično, da se tožeči stranki iz postopka v glavni stvari v razmerju do tožene stranke iz postopka v glavni stvari pravica do izplačila pokojnin v istem znesku, kot se izplačujejo poročenim prejemnikom, prizna najprej od izteka roka za prenos iz člena 18(1) Direktive 2000/78, to je od 3. decembra 2003.

141. Dodaja, da se mu zdi, da bi bilo mogoče kot izhodiščno točko določiti poznejši datum, če bi Sodišče odločilni pomen pripisalo temu, da se je v nacionalnem pravu partnerska

skupnost oseb istega spola izenačevala z institutom zakonske zveze v več fazah. Navaja, da bi se lahko v tem primeru pravni učinki razlage Sodišča za tožečo stranko iz postopka v glavni stvari uporabljali, na primer, šele od začetka veljavnosti zakona z dne 15. decembra 2004 o preoblikovanju pravice do partnerske skupnosti, to je do 1. januarja 2005.

142. Medtem ko se Komisija strinja s takim stališčem predložitvenega sodišča, pa se tožeča stranka iz postopka v glavni stvari z njim strinja samo glede prvega predlaganega datuma.⁶⁸ J. Römer priznava, da bi Sodišče lahko razsodilo, da se učinki omejijo na izplačila pokojnin po 2. decembru 2003. Vendar pa meni, da bi bilo treba izplačila njegove pokojnine od tega datuma v vsakem primeru izračunati na podlagi vseh prispevkov, ki jih je plačal, ne glede na datum njihovega plačila.

143. Nasprotno pa se ne strinja s tem, da bi se zaradi upoštevanja razvoja ureditve registrirane partnerske skupnosti v nemškem pravu izhodišče lahko preložilo na poznejši datum.

68 – Kljub temu pa se mi zdi, da se pri tem izraža dvoumno, celo netočno, saj navaja, da „bo z odločbo [Sodišča] razjasnjena vsebina Direktive, kot naj bi se jo razumelo od 2. decembra 2003, torej datuma njene uveljavitve“ (moj poudarek). Iz člena 21 Direktive 2000/78 izhaja, da je začela veljati dan po objavi v *Uradnem listu Evropskih skupnosti*, torej 2. decembra 2000, medtem ko je v členu 18 določeno, da jo morajo države članice v notranje pravo prenesti do 2. decembra 2003.

V zvezi z neposredno diskriminacijo navaja, da so obveznosti medsebojnega vzdrževanja življenjskih partnerjev že od uvedbe partnerske skupnosti leta 2001 enake tistim med zakonci.⁶⁹ Iz tega sklepa, da so bili nekdanji uslužbenci Freie und Hansestadt Hamburg, ki so sklenili partnersko skupnost, glede dostopa do spornih izplačil dodatne pokojnine ves čas v enakem položaju kot nekdanji poročeni uslužbenci. Podredno pa glede posredne diskriminacije navaja, da naj bi bil od začetka žrtev diskriminacije na podlagi svoje spolne usmerjenosti.

Argument v prid temu bi bil, da direktiva ne more učinkovati za nazaj, s tem da se jo uporablja pred rokom za prenos. Na drugi strani pa predložitveno sodišče v primeru, če bi Sodišče – nasprotno – na tretje vprašanje odgovorilo nikalno, podredno sprašuje, ali se s členom 10(6) prvega RGG krši 141 ES ali splošno načelo prava Unije. V tem primeru iztek roka za prenos Direktive 2000/78 ne bi vplival na obravnavo spora v glavni stvari.

144. Pri odgovoru na to vprašanje bi bilo mogoče predvideti različne situacije. Če bi, na eni strani, Sodišče ocenilo, da v obravnavani zadevi obstaja diskriminacija zaradi kršitve določb Direktive 2000/78, bi se lahko štelo, da tožeča stranka iz postopka v glavni stvari od določenega datuma pred iztekom roka, ki je bil državam članicam določen za prenos, to je 2. decembra 2003, nima enake pravice do dodatne pokojnine kot poročeni prejemniki.

145. Vendar pa bi s takim razlikovanjem pozabili na to, da je Sodišče – na kar sem opozoril – poudarilo, da Direktiva 2000/78 sama ni posvečena načelu enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu.⁷⁰ Iz tega je Sodišče izpeljalo, da je treba načelo prepovedi diskriminacije zaradi starosti obravnavati kot splošno načelo prava Skupnosti, spoštovanje splošnega načela enakega obravnavanja pa 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 na podlagi tega merila. Dodalo je, da mora nacionalno sodišče še pred iztekom roka za prenos navedene direktive, kot je določen v njenem členu 18, zagotoviti

69 – Tožeča stranka iz postopka v glavni stvari navaja, da je bil prvotno drugače zasnovan samo rang preživninskih terjatev med zakoncema glede na druge preživninske terjatve, vendar pa to nikakor ne vpliva na primerljivost obveznosti vzdrževanja zakoncev in življenjskih partnerjev do njihovih partnerjev.

70 – Zgoraj navedeni sodbi Mangold (točka 74) in Küçükdeveci (točka 20).

polni učinek tega splošnega načela s tem, da ne uporabi nobene določbe nacionalnega prava, ki je v nasprotju z njim.

146. Menim, da je treba v zvezi z načelom prepovedi diskriminacije na podlagi spolne usmerjenosti sklepati enako. Glede na to, da je namen Direktive 2000/78 v bistvu olajšati konkretno izvajanje tega splošnega načela prava Unije, ne vpliva niti na njegovo vsebino niti na področje uporabe. Ker Direktiva navedenega načela ne uvaja, ampak je to z njo samo izvedeno, je mogoče, da so se njegova kršitev in iz nje izvirajoči pravni učinki lahko zgodili pred 2. decembrom 2003. Morebitne posledice, ki jih bo moralo predložitveno sodišče izpeljati iz tega v zadevi, ki jo obravnava, ne morejo biti povezane z datumom uveljavitve Direktive 2000/78 ali iztekom roka za njen prenos, ker je tako priznано splošno načelo prepovedi diskriminacije onkraj takega pravila sekundarnega prava.

147. Glede na opisani razvoj kaže, da Sodišče v sodni praksi iz devetdesetih let prejšnjega stoletja načela prepovedi diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti ni priznavalo. Vendar opozarjam, da je ESČP decembra 1999⁷¹ razsodilo, da taka diskriminacija ni skladna z EKČP. Glede na to,

da Evropska unija zagotavlja temeljne pravice kot splošna načela,⁷² in glede na to, da so bile v Evropski uniji že zagotovljene pravice z Listino o temeljnih pravicah samo kodificirane,⁷³ se mi zdi očitno, da je bila pravica do enakega obravnavanja zaradi spolne usmerjenosti v času, ko je J. Römer registriral svojo partnersko skupnost s svojim partnerjem – 15. oktobra 2001 – že splošno pravno načelo, priznано v pravu Unije.

148. Če sodišče ne bi sledilo mojemu sklepanju v zvezi s tem in bi se želelo omejiti na izvajanje določb Direktive 2000/78, bi bilo treba v zvezi z datumom začetka učinkovanja razlikovati glede na opredelitev diskriminacije, ki bi jo Sodišče sprejelo.

149. Neposredna diskriminacija bi namreč obstajala šele od takrat, ko bi položaj prejemnikov, ki so sklenili partnersko skupnost, v zvezi z zadevno dodatno pokojnino iz postopka v glavni stvari postal primerljiv s položajem poročenih prejemnikov.

150. V skladu s tem, kar navaja predložitveno sodišče, in v nasprotju s tem, kar trdi tožeča stranka iz postopka v glavni stvari, bi se lahko

71 – Zgoraj navedena sodba ESČP Da Silva Mouta proti Portugalski z dne 21. decembra 1999.

72 – Člen 6(3) PEU.

73 – Preambula Listine.

izkazalo, da se je zadostno ujemanje pravic in obveznosti iz zakonske zveze in tistih iz partnerske skupnosti, če se omejimo samo na za zadevno ugodnost upoštevne elemente, zgodilo šele postopoma, in ne s sprejetjem prvega zakona, ki je to urejal. Glede na to, da je treba stopnjo ujemanja ugotoviti z analizo in razlago nacionalnega prava, je za to pristojno predložitveno sodišče.

izpodbija, pa se zdi očitno, da je predložitveno sodišče upoštevalo postopen razvoj nacionalnega prava, ki ga je tako opisalo in je skladno s stališči obeh nemških vrhovnih zveznih sodišč v odločbah,⁷⁶ izdanih kot neposredno nadaljevanje sodbe Maruko.⁷⁷ Kljub temu pa bo možnost J. Römerja, da v nekem trenutku zahteva enako obravnavanje, v bistvu odvisna od meril, ki jih bo Sodišče opredelilo kot taka, da jih bo moralo predložitveno sodišče upoštevati pri primerjavi navedenih dveh kategorij položajev.

151. V zvezi s tem je treba opozoriti na to, da se v predložitveni odločbi navaja, da se je glede pravnih posledic LPartG v prvotni različici, kot izhaja iz zakona z dne 16. februarja 2001, delno opiral na zakonsko zvezo, glede drugega pa ne⁷⁴ in da so bile te posledice trikrat spremenjene, med njimi tudi tista z učinkom od 1. januarja 2005, s katero je bila podobnost med partnersko skupnostjo in zakonsko zvezo⁷⁵ povečana do take stopnje, da med tema dvema zakonskima stanoma oseb v nemškem pravnem redu ni več bistvenih pravnih razlik. Čeprav tožeča stranka iz postopka v glavni stvari to analizo približevanja po fazah

152. Nasprotno pa pri posredni diskriminaciji ni treba opredeliti obstoja pravno primerljivih položajev, ampak samo obstoj konkretnega slabšega položaja, ki ga ne upravičuje legitimni cilj. Obveznost predložitvenega sodišča, da izpelje s pravom Unije skladne posledice, bi torej lahko začela učinkovati od takrat, ko je nemški zakonodajalec uvedel

74 – Predložitveno sodišče v zvezi s pokojninami navaja, da LPartDisBG (Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften) ni predvideval pokojninske izravnave v primeru prenehanja življenjske partnerske skupnosti in ni vseboval nobene določbe v zvezi s pravico do pokojnine v primeru smrti. Vendar pa menim, da polnega učinkovanja načela nediskriminacije v pravu Unije ne bi bilo mogoče zagotavljati, če bi se pri primerjavi položajev upoštevalo samo dejavnike, ki so glede na konkreten položaj strank izključno hipotetični. Ob upoštevanju okoliščin obravnavane zadeve in tega, da se je z življenjsko partnersko skupnostjo, ki jo je J. Römer sklenil leta 2001, samo legaliziralo trajno razmerje, ki je obstajalo že od leta 1969, in ob upoštevanju dejstva, da je v tej zadevi obravnavano izplačilo pogojeno s tem, da je prejemnik poročen in ne trajno ločen, se mi zdi pri navedeni primerjavi neupravičeno upoštevati pravila o prenehanju zveze.

75 – Glede tega glej zgoraj navedeno sodbo Maruko, zlasti točko 12 in naslednje.

76 – Glej sodbo nemškega zveznega delovnega sodišča (Bundesarbeitsgericht) z dne 14. januarja 2009, zlasti točko 34; zgoraj navedeni sklep nemškega ustavnega sodišča (Bundesverfassungsgericht) z dne 7. julija 2009, zlasti točko 36 in naslednje.

77 – Obe zgoraj navedeni odločbi se izrecno sklicujeta na sodbo Sodišča z dne 1. aprila 2008 v zgoraj navedeni zadevi Maruko.

registrirano partnersko skupnost, to je od 1. avgusta 2001, ko je začel veljati LPartG. Tožeča stranka iz postopka v glavni stvari bi tako lahko zahtevala, da se jo pri izračunu dodatne pokojnine obravnava enako kot poročenega in ne trajno ločenega prejemnika od meseca, ki je sledil sklenitvi njene partnerske skupnosti.

ali je treba pravico do pokojnine v enakem znesku, kot se izplačuje poročenim prejemnikom, časovno omejiti, in ali iz tega izhaja, da je treba šteti, da se enakost obravnavanja pri izračunu pokojnin uporablja samo za pridobljene pravice prejemnika za čas plačanih prispevkov po 17. maju 1990, v skladu s sodbo Barber, ki je bila razglašena na ta dan.⁷⁸

153. Zato predlagam, da se na peto vprašanje odgovori, da mora predložitveno sodišče polno učinkovanje splošnega načela nediskriminacije na podlagi spolne usmerjenosti zagotoviti s tem, da ne uporabi nobene notranjepravne določbe, kot je člen 10(6) prvega RGG, ki bi bila v nasprotju s tem načelom, in sicer tudi od določenega datuma pred iztekom roka za prenos Direktive 2000/78.

155. Tožeča stranka iz postopka v glavni stvari in Komisija se strinjata, da bi bilo treba šteti, da ne obstaja noben razlog za časovno omejitev bodoče sodbe, slednja pa se pri tem sklicuje na sodbo Maruko, v kateri je bilo obravnavano podobno vprašanje.⁷⁹

2. Časovna omejitev učinkovanja sodbe Sodišča

156. V skladu z ustaljeno sodno prakso razlaga posameznega pravila prava Unije, ki jo Sodišče poda pri izvrševanju pristojnosti na podlagi člena 267 PDEU, po potrebi pojasnjuje in natančneje določa pomen in obseg tega pravila, tako kot bi se moralo razumeti in uporabljati od začetka veljave. Iz tega izhaja, da sodišče pravilo, za katero je veljala taka razlaga, lahko uporabi – in ga tudi mora –

154. Predložitveno sodišče v primeru, da bi Sodišče razsodilo, da Direktiva 2000/78, člen 141 ES ali splošno načelo prava Unije nasprotujejo zakonodaji, kot je tista iz postopka v glavni stvari, s šestim vprašanjem sprašuje,

⁷⁸ – Navedena zgoraj, v zvezi z enakostjo plačil moških in ženskih delavcev, v kateri je Sodišče razsodilo, da „se na neposredni učinek člena 119 Pogodbe [člen 141 ES] ni mogoče sklicevati zaradi uveljavitve pravice do pokojnine z učinkom pred datumom te sodbe, razen za delavce ali njihove svojce, ki so pred tem datumom vložili tožbo ali enakovredno zahtevo na podlagi upoštevnega nacionalnega prava“ (točka 45).

⁷⁹ – Navedena zgoraj (točka 77 in naslednje).

tudi za pravna razmerja, nastala in oblikovana pred sodbo o predlogu za sprejetje predhodne odločbe, če so pogoji za predložitev spora o uporabi omenjenega pravila pristojnemu sodišču sicer izpolnjeni.⁸⁰

nacionalni organi vodeni k ravnanju, ki zaradi objektivne in pomembne negotovosti glede obsega določb Unije ni bilo v skladu z ureditvijo Unije, in h kateri so morebiti prispevala tudi ravnanja drugih držav članic ali Komisije.⁸²

157. Sodišče lahko izjemoma zaradi resnih težav, ki bi jih lahko za nazaj povzročila njegova sodba, omeji možnost zadevnih oseb, da se sklicujejo na razlago neke določbe, ki jo je podalo na vprašanje za predhodno odločanje. Sodišče lahko tako časovno omejitev ob uporabi splošnega načela pravne varnosti, ki je sestavni del pravnega reda Skupnosti, dovoli le v isti sodbi, s katero se odloči o zahtevani razlagi.⁸¹

159. Če bi Sodišče nameravalo odgovoriti glede časovne omejitve učinkov sodbe, ki jo je pozvano izdati, čeprav tega niti Zvezna republika Nemčija niti Freie und Hansestadt Hamburg nista zahtevala, ugotavljam, da v obravnavanem postopku za sprejetje predhodne odločbe iz spisa nikakor ne izhaja, da bi obstajalo tveganje, da bi bilo finančno ravnovesje dodatnega pokojninskega sistema, ki ga upravlja tožena stranka iz postopka v glavni stvari, s tako omejitvijo za nazaj ogroženo.

158. Spomniti je treba, da je Sodišče to rešitev uporabilo le v točno določenih okoliščinah, ko je na eni strani obstajalo tveganje hudih gospodarskih posledic zlasti zaradi velikega števila pravnih razmerij, vzpostavljenih v dobri veri na podlagi ureditve, za katero se je štelo, da je začela veljati, in ko se je na drugi strani zdelo, da so bili posamezniki in

160. Opozarjam, da je treba v skladu z zadnjim stavkom člena 8(10) prvega RGG, če so pogoji iz prve točke člena 10(6) prvega RGG, in sicer obstoj zakonske zveze brez trajne ločenosti, izpolnjeni šele po začetku izplačevanja pokojnine, od navedenega datuma na zahtevo zadevne osebe uporabiti za prejemnike ugodnejši davčni razred III/0. Če bi J. Römer

80 – Glej zlasti nedavno sodbo velikega senata z dne 13. aprila 2010 v zadevi Bressol in drugi ter Chaverot in drugi (C-73/08, ZOdl., str. I-2735, točka 90 in naslednje ter tam navedena sodna praksa).

81 – Glej zlasti sodbe z dne 8. aprila 1976 v zadevi Defrenne (43/75, Recueil, str. 455), z dne 27. marca 1980 v zadevi Denkavit italiana (61/79, Recueil, str. 1205, točka 17), z dne 6. marca 2007 v zadevi Meilicke in drugi (C-292/04, ZOdl., str. I-1835, točki 36 in 37) ter zgoraj navedeno sodbo Barber (točki 41 in 44).

82 – Glej zlasti sodbi z dne 27. aprila 2006 v zadevi Richards (C-423/04, ZOdl., str. I-3585, točka 42) in zgoraj navedeno Bressol in drugi ter Chaverot in drugi (točka 93 in tam navedena sodna praksa).

oktobra 2001 namesto partnerske skupnosti lahko sklenil zakonsko zvezo, bi mu moralo Freie und Hansestadt Hamburg dodatno pokojnino, ki mu jo izplačuje, v skladu z navedenimi določbami zvišati. Pri načrtovanju financiranja pokojninskega sistema je treba upoštevati možne spremembe zakonskega stanu prejemnikov. Nič ne kaže na to, da se je ta možnost zaradi uvedbe registrirane partnerske skupnosti v nemško pravo bistveno povečala.

162. Zato menim, da če bi bilo treba odgovoriti na šesto vprašanje, ne bi bilo treba časovno omejiti učinkov bodoče sodbe.

F – Kombinacija načela enakega obravnavanja in cilja nacionalnega prava, kot je posebno varstvo zakonske zveze in družine

161. Poleg tega tudi tožena stranka iz postopka v glavni stvari, ki se ni opredelila do tega vprašanja, ne navaja, da bi prišlo do finančnega tveganja. Predložitveno sodišče ugotavlja, da je Freie und Hansestadt Hamburg – daleč od tega, da bi se sklicevalo na bojazen glede resnih težav – nasprotno poudarilo, da bi se odločbe z novim načinom izračuna pokojnine nanašale samo na nekaj prejemnikov, ki so sklenili partnersko skupnost. Tožeča stranka iz postopka v glavni stvari pojasnjuje, da obstaja manj kot 15000 registriranih partnerskih skupnosti in da število upokojenih zaposlenih pri Freie und Hansestadt Hamburg z istospolnim partnerjem ni tako, da bi povzročilo resne finančne posledice. Če bi Sodišče na predhodno navedena vprašanja odgovorilo pritrdilno, bi bile torej ekonomske posledice te odločitve minimalne.

163. Arbeitsgericht Hamburg je z dodatnim sklepom postavilo sedmo zaporedje vprašanj, s katerimi v bistvu sprašuje, ali lahko notranjepravno ustavno pravilo, kot je načelo posebnega državnega varstva zakonske zveze in družine iz člena 6(1) nemškega temeljnega zakona, omeji skupnostno načelo neposredne ali posredne nediskriminacije, kot izhaja iz Direktive 2000/78.

1. Primarnost načela prava Unije o enakem obravnavanju

164. Prvi del sedmega vprašanja se nanaša na umestitev nemškega ustavnega pravila, člena 6(1) temeljnega zakona, če bi Sodišče ugotovilo obstoj neposredne diskriminacije.

165. V skladu s temeljnim načelom prava Unije, v skladu s katerim imajo pravila skupnostnega prava prednost pred vsemi pravili nacionalnega prava, ne glede na njihovo raven, vključno z ustavnopravnimi pravili,⁸³ bi bilo treba odgovoriti nikalno. Načelo primarnosti je torej absolutno. Če ne bi bilo tako, bi to lahko vplivalo na enotnost in s tem učinkovitost prava Unije.

166. Iz tega sledi, da predpisi, kot je temeljni zakon, s katerimi se varuje zakonska zveza in družina, tudi če so ustavnopravnega značaja, ne morejo vplivati na veljavnost ali izvajanje načela prepovedi diskriminacije, ki je del prava Unije. Če bi pravo Unije nasprotovalo nacionalnemu predpisu, bi primarnost prvega nacionalnemu sodišču nalagala, da uporabi pravo Unije, neskladnih nacionalnih predpisov pa ne.⁸⁴

167. Komisija poudarja, da obstoj kršitve Direktive 2000/78 ali splošnega načela prava Unije o prepovedi diskriminacije ne sme biti

odvisen od presoje ali ukrepov nacionalnega zakonodajalca.

168. Vendar pa vse te ugotovitve predpostavljajo, da gre za kolizijo pravil, kar pa se mi ne zdi, da bi se lahko v tej zadevi zgodilo. Nevarnost neskladja med členom 6(1) nemškega temeljnega zakona in pravom Unije se je namreč močno zmanjšala, odkar je Bundesverfassungsgericht (zvezno ustavno sodišče) razsodilo, da razlikovanje med zakonsko zvezo in življenjsko partnersko skupnostjo v zvezi s pravnimi posledicami v sistemu poklicnega socialnega zavarovanja ni utemeljeno in da ima zato oseba, ki je živela v partnerski skupnosti, enako kot poročena oseba v primeru smrti partnerja pravico do izplačila za preživele.⁸⁵ BVerfG se je pri tej odločitvi oprlo na svoje razlogovanje glede določb nemškega prava, zlasti člena 3(1) temeljnega zakona, ki določa načelo enakosti vseh ljudi pred zakonom, je pa glede obstoja diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti napotilo tudi na sodbo Maruko.⁸⁶ BVerfG se je jasno opredelilo do možnega vpliva določb člena 6(1) temeljnega zakona na tem področju in menilo, da

83 – Glede uporabe tega načela v razmerju do diskriminatorne določbe nemškega temeljnega zakona, to je člena 12a, ki ženske nasploh izvzema iz vojaških poklicev, pri katerih se uporablja orožje, glej sodbo z dne 11. januarja 2000 v zadevi Kreil (C-285/98, Recueil, str. I-69).

84 – Glej nedavno sodbo z dne 19. novembra 2009 v zadevi Filipiak (C-314/08, ZOdl., str. I-11049).

85 – Sklep Bundesverfassungsgerichts z dne 7. julija 2009 (naveden zgoraj), torej po odločbi, s katero je Arbeitsgericht Hamburg Sodišču postavilo dodatna vprašanja za predhodno odločanje.

86 – Navedena zgoraj, sklicevanje nanjo je v točki 92 navedenega sklepa Bundesverfassungsgerichts.

sklicevanje na zakonsko zvezo in njeno varstvo po Ustavi, še posebej na podlagi navedenega člena, ni dovolj za utemeljitev neenakega obravnavanja.

prava Unije in bi lahko pomenil dopustno utemeljenost ugotovljene diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti.

169. Iz vsega navedenega izhaja, da edini nacionalni ustavnopravni cilj, ki ga predložitveno sodišče izrecno omenja, to je posebno državno varstvo zakonske zveze in družine, ne more ovirati splošnega načela enakosti, kot obstaja v pravu Unije.

172. Uvodoma naj pojasnim, da po mojem mnenju notranjepravne določbe, za katero se ugotovi, da je neposredno diskriminatorna v smislu Direktive 2000/78, v okviru slednje ni mogoče naknadno priznati kot veljavne iz razloga, da je skladna s ciljem nacionalnega prava, tudi če je ta cilj legitimen. V členu 2(2)(a) navedene direktive⁸⁷ namreč ni navedena enakovredna objektivna upravičenost posredne diskriminacije, kot je to v členu 2(2)(b)(i).

2. Morebitna utemeljenost diskriminacije s ciljem nacionalnega prava

170. Na drugi del sedmega vprašanja bo treba odgovoriti – če bo odgovor na prvi del nikalen – v tem smislu, da mora imeti načelo enakega obravnavanja iz prava Unije prednost pred kakršnim koli nacionalnim ciljem, ki je lahko neskladen z navedenim načelom.

173. Sklepanje *a contrario* v zvezi s slednjimi določbami bi pomenilo, da posredne diskriminacije ni, če navidezno nevtralen ukrep resda lahko povzroči slabši položaj oseb določene istospolne usmerjenosti v primerjavi z drugimi, ga pa, na eni strani, objektivno upravičuje legitimni cilj, na drugi strani pa je način uresničevnja tega cilja primeren in nujen. Če so ti pogoji izpolnjeni, se lahko opredelitev ukrepa kot posredno diskriminatornega zavrne.

171. Predložitveno sodišče se v tem primeru sprašuje, ali in pod kakšnimi pogoji bi bil lahko določen cilj iz notranjega pravnega reda države članice, kot je varstvo zakonske zveze, kljub temu skladen z navedenim načelom

87 – Naj spomnim: „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“.

174. Res je, da je varstvo zakonske zveze in družine, ki ga v nemškem pravu določa člen 6(1) temeljnega zakona, lahko samo po sebi legitimen cilj. Ta cilj poleg tega ni neznan v pravu Unije. V skladu s členom 9 Listine o temeljnih pravicah sta namreč „[p]ravica sklepanja zakonske zveze in pravica ustvarjanja družine [...] zagotovljeni v skladu z nacionalnimi zakoni, ki urejajo uresničevanje teh pravic“. Navedena določba očitno izhaja iz člena 12 EKČP.⁸⁸ Poleg tega člen 33(1) Listine določa, da „[d]ružina uživa pravno, ekonomsko in socialno varstvo“.

175. Ne glede na to pa se mi zdi, da je samo po sebi umevno, da cilj, s katerim se želi varovati zakonsko zvezo in družino, ne more upravičiti diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti. Težko si je predstavljati, v kakšni vzročni zvezi bi lahko bila tovrstna diskriminacija kot sredstvo z varovanjem zakonske zveze kot pozitivnim učinkom, ki bi zaradi tega lahko nastal.

176. Za to, da kljub „slabšemu položaju“ upokojenih partnerjev ne bi bilo posredne diskriminacije, bi moral biti v skladu s členom 2(2)(b)(i) Direktive 2000/78 poleg tega uporabljeni način, v obravnavani zadevi s ciljem varovanja zakonske zveze in družine,

tako primeren kot nujen. Kot sem že ugotovil v teh sklepnih predlogih, se mi zdi, da ni tako, glede na to, da zadevni ukrep ni neizogibno potreben, še manj pa sorazmeren za uresničitve takega cilja.

177. Bundesverfassungsgericht se je v zgoraj navedeni odločbi z dne 7. julija 2009 tudi opredelilo v tem smislu, ko je ugotovilo, da razlikovanje med partnersko skupnostjo in zakonsko zvezo ne more temeljiti na posebnem varstvu slednje, in ko je poudarilo, da je mogoče institut zakonske zveze varovati brez potrebe po postavljanju drugih načinov življenja v slabši položaj.

178. V skladu z ustaljeno sodno prakso mora nacionalno sodišče, ki je edino pristojno za presojo dejanskega stanja spora, ki ga obravnava, in za razlago upoštevnih nacionalnih zakonodaj, ugotoviti, ali in v kakšnem obsegu se lahko z zadevno zakonodajo iz postopka v glavni stvari zagotavlja uresničevanje „legitimnega cilja“ in ali ni morda onkraj tega, kar je nujno za njegovo uresničitve, v smislu člena 2(2)(b)(i) Direktive 2000/78.⁸⁹

88 – Člen 12 EKČP z naslovom „Pravica do poroke“ se glasi: „Moški in ženske, zreli za zakon, imajo pravico skleniti zakonsko zvezo in ustanoviti družino v skladu z domačimi zakoni, ki urejajo uveljavljanje te pravice.“

89 – Glede nedavne uporabe v zvezi z diskriminacijo na podlagi starosti glej sodbo z dne 12. januarja 2010 v zadevi Wolf (C-229/08, ZOdl., str. I-1), zgoraj navedeni sodbi Petersen in Küçükdeveci ter tam navedeno sodno prakso.

179. Iz vsega navedenega sledi, da cilj iz člena 6(1) nemškega temeljnega zakona ne bi smel odločilno vplivati, še zlasti pa ne biti upošteven razlog za upravičenost pri presoji, ali člen 10(6) prvega RGG povzroča neposredno ali posredno diskriminacijo v smislu prava Skupnosti, vendar mora o tem odločiti nacionalno sodišče.

VI – Predlog

180. Na podlagi navedenega Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je predložilo Arbeitsgericht Hamburg (Nemčija), odgovori:

1. Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu se po vsebini uporablja za dodatne pokojnine po zakonodaji, kot je tista iz postopka v glavni stvari.
2. Določbe členov 1, 2 in 3(1)(c) Direktive 2000/78 nasprotujejo nacionalni zakonodaji, kot je ta iz postopka v glavni stvari, v skladu s katero prejemnik, ki živi v registrirani partnerski skupnosti, ne prejema enakovredne dodatne pokojnine

kot poročeni prejemnik, ki ne živi trajno ločeno, po nacionalnem pravu pa je, kar zadeva navedeno pokojnino, navedena partnerska skupnost oseb istega spola v položaju, primerljivem s položajem zakoncev. Analiza primerljivosti mora biti osredotočena na pravice in obveznosti zakoncev in partnerjev, kot izhajajo iz določb, ki veljajo za zakonsko zvezo oziroma registrirano partnersko skupnost in so upoštevne glede na pogoje priznanja zadevnega izplačila. Predložitveno sodišče mora preveriti, ali je partner v pravno in dejansko primerljivem položaju kot zakonec, ki je upravičen do dodatne pokojnine, določene po sistemu poklicnega socialnega zavarovanja Freie und Hansestadt Hamburg.

Podredno, če bi analiza primerljivosti izključila obstoj neposredne diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti, bi obstajala vsaj posredna diskriminacija v smislu člena 2(2)(b)(i) Direktive 2000/78, če je z določbami kakršne so te iz ureditve iz postopka v glavni stvari, s katerimi je za poročenega in ne trajno ločenega prejemnika določen ugodnejši način izračuna dodatne pokojnine, na eni strani prejemnik, ki živi v registrirani partnerski skupnosti, postavljen v slabši položaj, na drugi strani pa z njimi ni objektivno upravičen legitimen cilj ali niso primeren in nujen način uresničevanja tega cilja, kar mora ugotoviti predložitveno sodišče.

3. Na četrto vprašanje za predhodno odločanje ni treba odgovoriti. Podredno pa se odgovori, da se člena 141 ES s členom 10(6) prvega RGG ne krši, lahko pa – o čemer mora presoditi predložitveno sodišče na podlagi dejanskega stanja spora, ki ga obravnava – se krši splošno načelo prava Unije o prepovedi diskriminacije zaradi spolne usmerjenosti.

4. Nacionalno sodišče mora polno učinkovanje splošnega načela prepovedi diskriminacije na podlagi spolne usmerjenosti zagotoviti s tem, da ne uporabi nobene notranjepravne določbe, kot je ta iz postopka v glavni stvari, ki bi bila v nasprotju s tem načelom, in sicer tudi od določenega datuma pred iztekom roka za prenos Direktive 2000/78.

5. Notranjepravna določba, tudi če je ustavnopravnega značaja, ne more sama po sebi upravičiti zakonodaje, kot je ta iz postopka v glavni stvari, ki je v koliziji s pravom Unije, še posebej z načelom enakega obravnavanja.