Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
М. ВОВЕК
представено на 5 септември 2018 година[1]

Дело C-258/17

E.B.
срещу
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA

(Преюдициално запитване, отправено от Verwaltungsgerichtshof (Върховен административен съд, Австрия)

„Преюдициално запитване — Социална политика — Равно третиране — Забрана на дискриминация, основана на сексуална ориентация — Хомосексуални отношения с непълнолетни лица — Наложени дисциплинарни наказания на работещ в полицейска служба държавен служител след постановяване на осъдителна присъда — Запазване на правните последици от дисциплинарното решение“

I. Въведение

1. E.B. (наричан по-нататък „жалбоподателят“) е роден през 1942 г. През 1974 г., когато работи в австрийската полиция, е осъден за опит за хомосексуални действия с лица на възраст съответно 14 и 15 години. През 1975 г. за тези деяния на жалбоподателя е наложено дисциплинарно наказание, изразяващо се в принудително ранно пенсиониране от полицията и намаляване на пенсията му с 25 %.

2. По това време в австрийското право се предвиждат две отделни престъпления: „изнасилване“ (сексуален акт с лица *на възраст под 14 години*); и „блудство“ (хомосексуални действия с лица *от мъжки пол на възраст под 18 години*). През 2002 г. е прието, че второто представлява неоправдана дискриминация, основана на сексуална ориентация. То съответно е отменено.

3. В главното производство жалбоподателят по същество не е съгласен с факта, че продължава да получава пенсия в намален размер, като твърди, че престъплението и наложеното му дисциплинарно наказание представляват дискриминация, основана на сексуална ориентация.

1 Език на оригиналния текст: английски.

4. Именно в този правен и фактически контекст Verwaltungsgerichtshof (Върховен административен съд, Австрия) иска да се установи дали намаляването на пенсионните права на жалбоподателя е съвместимо със забраната за дискриминация, основана на сексуалната ориентация, по член 2 от Директива 2000/78/ЕО[2] дори ако първоначалното дисциплинарно решение е станало окончателно преди влизането в сила на посочената директива. Освен това запитващата юрисдикция поставя редица въпроси относно това как и от кой момент евентуално трябва да се премахне дискриминацията.

II. Правна уредба

A. Правото на Съюза

5. В член 1 от Директива 2000/78 по-специално като недопустима се посочва дискриминацията, основана на сексуална ориентация.

6. Член 2, параграф 1 и параграф 2, буква а), член 3, параграф 1, буква в) и член 17 от Директива 2000/78 гласят:

„Член 2

Понятие за дискриминация

1. За целите на настоящата директива, „принципът за равно третиране“ означава, че няма да има пряка или непряка дискриминация въз основа […] на който и да е от признаците, посочени в член 1.

2. За целите на параграф 1:

а) проява на пряка дискриминация има, когато едно лице е, било е, или би било третирано по-малко благоприятно от друго в сравнима ситуация въз основа един от признаците, упоменати в член 1;

[…]

Член 3

Приложно поле

1. В границите на сферите на компетентност, поверени на Общността, настоящата директива се прилага към всички лица от публичния и частния сектор, включително публични органи, във връзка с:

[…]

в) условия за наемане и условия на труд, включително условията за уволнение и заплащане;

[…]

2 Директива на Съвета от 27 ноември 2000 г. за създаване на основна рамка за равно третиране в областта на заетостта и професиите (ОВ L 303, 2000 г., стр. 16; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 6, стр. 7).

Член 17

Санкции

Държавите членки регламентират правилата за санкциите, приложими при нарушение на националните разпоредби, приети в съответствие с настоящата директива[,] и предприемат всички необходими мерки да гарантират тяхното прилагане. Санкциите, които могат да включат изплащане на обезщетение на жертвата, следва да бъдат ефективни, пропорционални и убедителни. Държавите членки представят тези разпоредби на Комисията най-късно до 2 декември 2003 г. и уведомяват без закъснение за всяка следваща поправка, която ги засяга“.

7. Съгласно член 18, първо изречение Директивата по принцип е трябвало да бъде транспонирана до 2 декември 2003 г.

Б. Приложими разпоредби от националното право

1. Наказателно право

8. Към 25 февруари 1974 г. са били приложими членове 128 и 129 от Strafgesetz (Наказателен закон, наричан по-нататък „StG“) в съответната им редакция съгласно Bundesgesetz (Федерален закон), публикуван в BGBl. № 273/1971, (Федерален закон от 1971 г.). Те са имали следния текст:

„Изнасилване

Член 128.

Който с цел да удовлетвори половото си желание извърши сексуална злоупотреба с момче или момиче на възраст под 14 години […] по начин, различен от посочения в член 127, се наказва за изнасилване с лишаване от свобода от една до пет години, в особено тежки случаи — до десет години, а при настъпване на някоя от последиците по член 126 — до двадесет години.

Престъпно блудство

[…]

Член 129.

Наказуеми са и следните блудствени действия:

I. Блудство, извършено от навършило 18 години лице от мъжки пол с лице от същия пол на възраст под 18 години“.

9. От цитираните разпоредби е видно, че в тях е била предвидена различна възраст на защитените лица в случаите на хомосексуални контакти (18 години), от една страна, и хетеросексуални или лесбийски контакти (14 години), от друга страна.

10. Защита при същите условия е предвидена съответно и в членове 207 и 209 от Strafgesetzbuch (Наказателен кодекс, наричан по-нататък „StGB“), влязъл в сила на 1 януари 1975 г.

11. С решение от 21 юни 2002 г.[3] Verfassungsgerichtshof (Конституционен съд, Австрия) обявява член 209 от StGB (съответстващ на член 129 I от StG) за противоконституционен. Той е отменен, считано от 28 февруари 2003 г.

12. Австрийският законодател изпреварва влизането в сила на решението на Verfassungsgerichtshof (Конституционен съд), с което се разпорежда член 209 от StGB да бъде отменен, като прави това още в редакцията на StGB съгласно Bundesgesetz, публикуван в BGBl. I, № 134/2002, в сила от 13 август 2002 г. (Федерален закон № 134/2002).

13. Австрия е осъждана от Европейския съд по правата на човека поради прилагането на член 209 от StGB (преди да бъде отменен). В решението по дело L. и V. с/у Австрия Европейският съд по правата на човека (наричан по-нататък „ЕСПЧ“) по същество приема, че член 209 от StGB противоречи на членове 8 и 14 от Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи (наричана по-нататък „ЕКПЧ“), тъй като законодателят не е посочил достатъчно мотиви за различната възраст на защитените лица при хомосексуални контакти с пълнолетни лица, от една страна, и при хетеросексуални или лесбийски контакти с пълнолетни лица, от друга страна[4].

2. Закон за статута на държавните служители

14. В член 13, параграф 1 от Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (Закон от 1979 г. за статута на държавните служители) (BDG 1979), в редакцията му съгласно Bundesgesetz, публикуван в BGBl. I, № 119/2002 (Федерален закон № 119/2002), приложима до 30 декември 2016 г., се е предвиждало, че държавните служители се пенсионират с навършването на 65-годишна възраст.

15. Ако не му беше наложено дисциплинарното наказание, роденият през 1942 г. жалбоподател е щял да се пенсионира на 1 януари 2008 г. Действащите към посочената дата основни разпоредби за определянето на пенсията са се съдържали в Pensionsgesetz (PG) 1965 (Закон за пенсиите от 1965 г.) в редакцията му съгласно Bundesgesetz, публикуван в BGBl. I, № 53/2007 (Федерален закон от 2007 г.). Тези разпоредби определят правилата относно начина за изчисляване на пенсиите, включително как се отчитат датата на постъпване на служба и трудовият стаж.

3. Правилник за полицейската служба

16. Дисциплинарното решение срещу жалбоподателя от 10 юни 1975 г. е взето въз основа на приложимия по това време Dienstpragmatik (Правилник за полицейската служба, RGBl. № 15/1914) (наричан по-нататък „DP“). Членове 24 и 87 от DP гласят:

„Поведение

Член 24

(1) При изпълнението на служебните си задължения и извън него държавният служител трябва да пази доброто име на професията, винаги да се държи в съответствие с изискванията на правилата за поведение и да избягва всичко, което може да подрони уважението и доверието, с които трябва да се ползва неговата длъжност.

3 Решение на VfGH от 21 юни 2002 г., G 6/02, ECLI:AT:VFGH:2002:G6.2002.

4 Решение на ЕСПЧ от 9 януари 2003 г., L. и V. с/у Австрия (CE:ECHR:2003:0109JUD003939298); вж. също решения от 9 януари 2003 г., S. L. с/у Австрия (CE:ECHR:2003:0109JUD004533099), и от 21 октомври 2004 г., Woditschka и Wilfling с/у Австрия (CE:ECHR:2004:1021JUD006975601).

[…]

Дисциплинарни наказания

Член 87

Отделно от търсенето на наказателна отговорност, на държавните служители, които не изпълняват своите професионални и официални задължения, се налагат административни или дисциплинарни наказания в зависимост от това дали с неизпълнението на задълженията са нарушени само административни правила, или то се счита за неизпълнение на служебни задължения предвид засягането или увреждането на интересите на държавата, естеството или тежестта на нарушението, повторното извършване или други отегчаващи обстоятелства“.

III. Факти, производство и преюдициални въпроси

17. Жалбоподателят е роден на 1 януари 1942 г. и е пенсионер.

18. С решение от 10 септември 1974 г. жалбоподателят, по това време действащ полицейски служител, е осъден за опит за блудство с лица от същия пол по член 129 I от StG. Той е осъден на три месеца условно лишаване от свобода с тригодишен изпитателен срок. Жалбоподателят неуспешно обжалва това първоинстанционно решение.

19. С решение от 10 юни 1975 г. дисциплинарната комисия към Bundespolizeidirektion Wien (Федерална дирекция на полицията, Виена, Австрия) (BPD-Wien) установява, че жалбоподателят е виновен за това, че:

„е нарушил професионалната етика (член 24, параграф 1 от DP), като на 25 февруари 1974 г. привечер в извънработно време в района на Пратера във Виена е приканил 15-годишния W. и 14-годишния H. към сексуално задоволяване с ръка, поради което е осъден за опит за блудство с непълнолетни лица от същия пол по член 8 и член 129 I от StG.

С това деяние той е извършил дисциплинарно нарушение (член 87 от DP). Поради това дисциплинарната комисия му налага дисциплинарно наказание принудително трайно пенсиониране, като му е определена пенсия, чийто размер е намален с 25 % (двадесет и пет процента) спрямо нормалния размер на пенсията (член 93, параграф 1, буква d) във връзка с член 97, параграф 1 от DP)“.

20. Подадената от жалбоподателя жалба е отхвърлена с решение от 24 март 1976 г. В резултат жалбоподателят е пенсиониран принудително, считано от 1 април 1976 г.

21. С разпореждане от 17 май 1976 г. е определен размерът на пенсията на жалбоподателя по повод пенсионирането му с начална дата 1 април 1976 г., като въз основа на решението на дисциплинарния орган размерът ѝ е намален с 25 %.

22. В хода на съдебното заседание бе потвърдено, че жалбоподателят е започнал да получава пенсия в намален размер, считано от тази дата.

23. Както бе посочено в точки 11 и 12 по-горе, с решение на Verfassungsgerichtshof (Конституционен съд) от 21 юни 2002 г. член 209 от StGB (съответстващ на член 129 I от StG) е обявен за противоконституционен и е отменен от австрийския законодател по-късно същата година.

24. С писмо от 2 юни 2008 г. жалбоподателят иска от дисциплинарния орган по-специално да отмени дисциплинарното решение от 10 юни 1975 г., да прекрати дисциплинарното производство срещу него и при условията на евентуалност, да установи, че действието на посоченото дисциплинарно решение е прекратено, считано от 21 юни 2002 г. Освен това той иска да му бъдат изплатени възнагражденията за конкретно посочени периоди на активна служба и при условията на евентуалност, считано от 21 юни 2002 г., да се прекрати прилагането на мярката намаляване на пенсията.

25. Молбите са отхвърлени.

26. На 11 февруари 2009 г. жалбоподателят подава молби до органа по назначаването и до пенсионния орган, с които иска преизчисляване и изплащане със задна дата на възнаграждения и по-висока пенсия. Основният му аргумент за това е, че за да не се допусне (продължаване на) дискриминация(та), по отношение на дължимите му възнаграждения и пенсия той трябва да бъде третиран така, както ако се намираше на активна служба през цялото оставащо време до навършването на законоустановената възраст за неговото пенсиониране. При условията на евентуалност той иска да му бъде призната най-малкото пенсия без намаляването с 25 %.

27. Молбите са отхвърлени. Оспорването на това отхвърляне пред Bundesverwaltungsgericht (Федерален административен съд, Австрия) е безуспешно. Пред Verwaltungsgerichtshof (Върховен административен съд), запитващата юрисдикция по настоящото дело, е подадена извънредна ревизионна жалба срещу решението на Bundesverwaltungsgericht.

28. В своето преюдициално запитване запитващата юрисдикция приема, че след транспонирането на Директива 2000/78 в австрийското право вече няма да е допустимо приемането на решение за налагане на дисциплинарно наказание като приетото по отношение на жалбоподателя. Доколкото няма (нови) съображения, които да обосновават различна възраст на защитените лица от хомосексуални контакти с пълнолетни, от една страна, и от хетеросексуални или лесбийски контакти с пълнолетни, от друга страна, било недопустимо, включително и за целите на дисциплинарното право, да се прави разграничение между случаите, в които пълнолетен приканва непълнолетно лице към хомосексуални действия, и случаите, в които пълнолетен приканва непълнолетно лице към хетеросексуални или лесбийски контакти.

29. Според запитващата юрисдикция е „извън всякакво съмнение“, че разглежданото дисциплинарно решение изцяло се е основавало върху това разграничение, като отправна точка в решението е било това, че деянията, за които жалбоподателят е осъден, (тогава) са съставлявали преследвано от закона престъпление. Макар да не било възможно да се изключи възможността подобно приканване към хетеросексуални или лесбийски действия да бъде изтълкувано като неизпълнение на задълженията, каквото и да било наложеното дисциплинарно наказание, то щяло да бъде с „несравнимо по-малка тежест“ предвид липсата на осъществен състав на престъплението по член 129 I от StG.

30. С оглед на тези съображения запитващата юрисдикция иска да се установи какви са последиците от влизането в сила на Директива 2000/78 и забраната на дискриминацията, основана на сексуална ориентация, за текущите пенсионни плащания на жалбоподателя. Verwaltungsgerichtshof (Върховен административен съд, Австрия) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1. Допуска ли член 2 от Директива 2000/78 (наричана по-нататък „Директивата“) запазване на преобразуващото действие на влязло в сила по националното право административно решение в областта на дисциплинарната отговорност на държавните служители (дисциплинарно решение), с което се разпорежда пенсиониране на държавен служител при намален размер на пенсията му, ако

съответните разпоредби от правото на Съюза, и по-специално от Директивата, все още не са били релевантни за това административно решение към момента на приемането му,

(хипотетично) подобно решение би било в противоречие с Директивата, ако беше прието по време на нейното действие?

2. При отрицателен отговор, за да се отстрани дискриминацията,

   а) изисква ли правото на Съюза за целите на определянето на пенсията на държавен служител същият да бъде третиран, все едно не е бил пенсиониран, а е продължавал да се намира на активна служба в периода от влизането на административното решение в сила до навършването на законоустановената възраст за пенсионирането на този служител, или

   б) за това е достатъчно да му се признае правото на пълна пенсия без намаление, която се следва поради неговото пенсиониране към датата, посочена в административното решение?

3. Зависи ли отговорът на втория въпрос от това дали държавният служител по собствена инициатива се е стремял фактически да започне работа на активна държавна служба, преди да навърши възрастта за пенсионирането си?

4. В случай че (евентуално и в зависимост от посочените в третия въпрос обстоятелства) отмяната с обратно действие на процентното намаление на пенсията бъде счетено за достатъчно:

   Може ли забраната за дискриминация съгласно Директивата да обоснове предимство на нейното прилагане пред противоречащо ѝ национално право, което предимство трябва да се зачита от националните съдилища при определянето на пенсията също и по отношение на релевантните за пенсионирането периоди, предшестващи момента, в който Директивата е станала пряко приложима в държавата членка?

5. При утвърдителен отговор на четвъртия въпрос: към кой момент се отнася това „обратно действие“?“.

31. Писмени становища представят жалбоподателят, италианското и австрийското правителство, както и Европейската комисия. С изключение на италианското правителство, тези заинтересовани страни представят и устни становища в проведеното на 29 май 2018 г. съдебно заседание.

IV. Анализ

32. Може ли да се изтъкне нова правна норма, за да се оспори продължаващото действие на административно решение, което е прието и е станало окончателно преди новата норма да влезе в сила? Това е основният проблем, поставен в първия въпрос на запитващата юрисдикция.

33. При обстоятелства като тези в главното производство считам, че отговорът е отрицателен.

34. Като се има предвид предложението ми за отговор на първия въпрос (раздел А по-долу), останалите преюдициални въпроси не налагат да им се дава отговор. Въпреки това, в случай че Съдът стигне до друг извод, ще разгледам накратко и проблемите, които тези въпроси повдигат (раздели Б и В), както и значението на член 157 ДФЕС (предишен член 141 ЕО) за настоящия случай. Последната разпоредба не фигурира в поставените от запитващата юрисдикция въпроси, а е посочена от жалбоподателя (раздел Г).

А. По първия въпрос

35. Когато административно решение, предполагащо дискриминация въз основа на сексуална ориентация и водещо до намаляване на пенсионните права, става окончателно преди тази дискриминация да бъде забранена по силата на Директива 2000/78, влизането в сила на Директивата изключва ли запазването на това намаляване на пенсионните права? По същество това е първият въпрос на запитващата юрисдикция.

36. В преюдициалното запитване се посочва, че първият въпрос не се отнася до валидността на решението за принудително пенсиониране и намаляване на пенсионните права на жалбоподателя. То е оспорено през 70-те години и жалбоподателят (безуспешно) се е опитал отново да го оспори след отмяната на неправомерната разпоредба от наказателното право.

37. Доколкото административното решение предполага наличие на дискриминация, с първия въпрос запитващата юрисдикция по-скоро иска да се установи дали *запазването на правните последици* от това решение — що се отнася до *пенсионните права, които продължават да бъдат намалени* — противоречи на Директива 2000/78.

38. В отговор на този въпрос най-напред ще припомня общия подход на Съда относно прилагането във времето на нови правни норми към продължаващите последици от вече възникнали положения (раздел 1). След това ще разгледам подхода на Съда конкретно в дела, свързани с пенсии (раздел 2). След това ще изложа накратко съдебната практика относно продължаващите отношения (раздел 3) и обхвата на задължението за преразглеждане на минали решения (раздел 4). На последно място ще приложа тези съображения към настоящия случай (раздел 5).

39. Преди да пристъпя към тези въпроси обаче, е необходимо да се направят две предварителни забележки.

40. Първо, изглежда е налице съгласие относно факта, че разликата в *наказателноправното* третиране на сексуалните отношения с непълнолетни лица в зависимост от хомосексуалния или хетеросексуалния характер на тези отношения, която се е прилагала съгласно австрийското право през 1974 г., би била неприемлива *днес*. Логично същото би следвало също да важи и за позоваванията на сексуалността на жалбоподателя в мотивите на *дисциплинарното* решение. В действителност нито едно от тези твърдения не се оспорва от австрийското правителство. Въпреки това и без да се твърди обратното в това отношение, австрийското правителство заявява, че както наказателноправните, така и дисциплинарните санкции са били напълно законосъобразни съгласно австрийското право през 1974 г. и 1975 г. То също така заявява, че същите били съобразени с действащите тогава европейски стандарти, които са се променили оттогава насам.

41. Второ, в контекста на настоящия случай е много по-неясно каква точно е връзка между наказателноправните и дисциплинарните санкции в главното производство. По-специално, както в писмените становища, така и в съдебното заседание обширно се обсъжда дали дисциплинарното наказание (с определена степен на строгост) е необходимо следствие от осъдителна присъда. От една страна, за разлика от Наказателния кодекс в съответните (доста

общо формулирани)[5] дисциплинарни правила, приложими за държавни служители, не се прави формално разграничение по отношение на поведението в зависимост от неговия хомосексуален или хетеросексуален характер. От друга страна, в акта за преюдициално запитване запитващата юрисдикция посочва, че ако не е имало осъдителна присъда, наложените дисциплинарни мерки са щели да бъдат „несравнимо по-леки“.

42. В отговор на въпросите каква точно е връзката между наказателноправните и дисциплинарните санкции австрийското правителство заявява, че през 1974 г. налагането на окончателна наказателноправна санкция на полицейски служител не било непременно *достатъчно* за автоматично уволнение[6]. От друга страна обаче такава осъдителна присъда не е *необходима*, за да бъдат наложени дисциплинарни наказания. През 1974 г. от австрийските полицейски служители се изисква да имат поведение, което е в съответствие с най-високите стандарти както в работно, така и в извънработно време. Съответно фактът, че определено поведение не е предмет на осъдителна присъда (или изобщо не е наказуемо), не означава, че то не е проблематично съгласно дисциплинарните правила. В това отношение австрийското правителство — без да се твърди обратното — посочва, че *независимо* от сексуалната ориентация склоняването към сексуални действия на лица на възраст 14 и 15 години от 32-годишен полицейски служител в обществен парк няма как да се разглежда като достойно поведение. Запитващата юрисдикция впрочем потвърждава, че аналогично склоняване към хетеросексуални действия на непълнолетни лица в обществени паркове е можело да се тълкува като нарушение на професионалната етика, което по онова време е дисциплинарно наказуемо.

43. От тези изявления правя извод в две насоки. Първо, доколкото разбирам, *самото съществуване* на окончателна осъдителна присъда срещу полицейски служител по подразбиране е трябвало да се разглежда като неспазване на професионалните му задължения. Пределно ясно е, че за поведението за полицейски служители са определени по-високи изисквания, отколкото само „да не се извършват престъпления“. Поради това в този смисъл е съвсем логично, че наличието на осъдителна присъда по подразбиране има преки последици върху обхвата на възможните наказания, като съответно те ще бъдат „(не)сравнимо по-тежки“ отколкото в случаите, в които не е постановена осъдителна присъда[7]. Второ, разбирам също така, че освен тази едностранна последица (наличието на осъдителна присъда води до дисциплинарно наказание) по отношение на строгостта на дисциплинарното наказание наличието на постановена осъдителна присъда *не е било необходимо предварително условие* за налагането на дисциплинарно наказание.

1. Приложимост във времето на нови норми

а) Общ подход

44. В съответствие с трайната практика на Съда новата норма по принцип се прилага незабавно спрямо „бъдещите последици на положение, създадено при действието на предходната норма“, и принципът на защита на оправданите правни очаквания не може да се разшири дотолкова, че да „препятства изобщо прилагането на новата норма спрямо бъдещите последици на положения, създадени при действието на предходната норма“[8].

5 Член 24 от DP, цитиран по-горе в точка 16 от настоящото заключение.

6 Като добавя, че съгласно действащите национални правила окончателна осъдителна присъда срещу държавен служител автоматично води до прекратяване на трудовите правоотношения ex lege, без да се налага вземането на дисциплинарно решение в това отношение.

7 Както всъщност се загатва още от текста на приложимия тогава член 87 от DP (вж. т. 16 по-горе).

8 Вж. например решения от 16 май 1979 г., Tomadini (84/78, EU:C:1979:129, т. 21), и от 6 октомври 2015 г., Комисия/Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647, т. 49).

45. При все това, за да се гарантират принципите на правна сигурност и защита на оправданите правни очаквания, материалноправните норми на Съюза трябва да се тълкуват в смисъл, че се отнасят до „заварени при влизането им в сила положения“ само доколкото „от формулировката, предназначението или структурата им ясно произтича, че трябва да им бъде придадено именно такова действие“ [9].

46. Съгласно друга формулировка, използвана от Съда, „макар да не се прилага към правните положения, възникнали и окончателно установени при действието на стария закон, новата правна норма се прилага спрямо техните бъдещи последици, както и спрямо новите правни положения. Без да се засяга принципът на забрана на прилагането на правните актове с обратна сила, изключения са възможни единствено ако новата правна норма е придружена от особени разпоредби, които определят изрично условията за прилагането ѝ във времето“ [10].

47. Следователно общите правила, произтичащи от тези случаи, могат да бъдат описани по следния начин: i) неприлагане на новите правни норми към „окончателно установени положения“, които са възникнали и във връзка с които са постановени решения съгласно предишните норми, и ii) прилагане на новите правни норми към бъдещите последици от „заварени положения“, които продължават да пораждат последици. Освен това отчитането на предишни обстоятелства за целите на нова правна оценка съгласно новите правни норми се извършва само ако такава оценка е предвидена или се налага от естеството или структурата на новите норми.

48. Същият подход се прилага и в контекста на присъединяването на нова държава членка към Европейския съюз [11] както по отношение на прилагането в национален план на (нови) правни норми на Съюза, така и по отношение на компетентността на Съда да отговаря на преюдициални въпроси, свързани с подобни ситуации. Предишни обстоятелства (или обстоятелства отпреди присъединяването) могат да се вземат предвид, ако са релевантни и ако трябва да бъдат оценени (отново) в процеса на прилагане на новия закон или закони след присъединяването [12]. По този начин например след присъединяването Съдът в действителност не следва да започне да извършва повторна оценка по същество на въпроса дали определени клаузи в сключен преди присъединяването потребителски договор са несправедливи, дори ако този договор на практика подлежи на изпълнение след присъединяването [13]. За сметка на това Съдът е компетентен да прецени дали национално законодателство, ограничаващо размера на лихвите за забава по правна сделка, която е сключена много преди присъединяването, но продължава да поражда последици (и относно тяхното окончателно изчисляване) след присъединяването, е съвместимо с правото на Съюза [14].

9 Решение от 6 октомври 2015 г., Комисия/Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647, т. 50).

10 Решение от 26 март 2015 г., Комисия/Moravia Gas Storage (C-596/13 P, EU:C:2015:203, т. 32).

11 Което в известен смисъл се различава не по принцип, а само като мащаб (на практика се „изменя“ целият правен ред).

12 Вж. например решения от 14 юни 2007 г., Telefónica O2 Czech Republic (C-64/06, EU:C:2007:348) (процедура пред орган, чието провеждане продължава към момента на присъединяването; прието решение след присъединяването), от 22 декември 2010 г., Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816, т. 22—27) (искане за разрешение, подадено преди присъединяването; ново решение, прието след присъединяването), от 24 ноември 2011 г., Circul Globus Bucureşti (C-283/10, EU:C:2011:772, т. 29) (договор за лицензия, сключен преди присъединяването; твърдение за нарушение на правата на интелектуална собственост след присъединяването), от 12 септември 2013 г., Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, т. 30) (трудов договор, сключен преди присъединяването; пенсиониране след присъединяването), и от 3 септември 2014 г., X (C-318/13, EU:C:2014:2133, т. 21—24) (трудова злополука, настъпила преди присъединяването; оспорване на съответния правен акт след присъединяването).

13 Решение от 10 януари 2006 г., Ynos (C-302/04, EU:C:2006:9).

14 Решение от 15 декември 2016 г., Nemec (C-256/15, EU:C:2016:954).

б) Решение Ciola

49. В своите писмени и устни изявления както жалбоподателят, така и Комисията се позовават в значителна степен на решението на Съда по дело Ciola [15]. Това решение действително следва да бъде разгледано подробно, защото показва как посочените в предишния раздел общи насоки се прилагат в контекста на конкретен случай.

50. „Магическата“ дата в решение Ciola е 1 януари 1995 г., когато Австрия се присъединява към Европейските общности. На тази дата правото на ЕО, включително правилата за свободно движение — естествено с изключение на изричните дерогации — влиза в сила в своята цялост и става незабавно приложимо в тази нова държава членка.

51. Дружеството на г-н Ciola притежава и отдава под наем 200 места за акостиране на плавателни съдове за развлечение, намиращи се в австрийската част на Боденското езеро. В административно решение от 1990 г. се предвижда, че не повече от 60 места за акостиране могат да се отдават под наем на чуждестранни лица [16]. Всяка година е трябвало да се представя списък на местата за акостиране, предоставени на чуждестранни лица [17].

52. На 10 юли 1996 г. (18 месеца след присъединяването) е прието ново индивидуално административно решение, в което се приема, че дружеството е виновно за това, че през януари и май 1995 г. е отдало под наем две места за акостиране на чуждестранни лица над квотата от 60 места. На г-н Ciola е наложена глоба за всяко от тези нарушения на административното решение от 1990 г. [18]. Г-н Ciola обжалва решението от 1996 г. за налагане на наказание. Случаят е отнесен до Съда, като с втория въпрос запитващата юрисдикция изрично иска да се установи приложното поле във времето на това ограничение, като се има предвид, че първоначалното административно решение е станало окончателно преди присъединяването.

53. В мотивите си Съдът най-напред потвърждава, че правилата за свободното движение на услуги не допускат такава квота за предоставяне на места за акостиране на чуждестранни лица. Съдът обаче добавя, че „спорът не се отнася до съдбата на самия административен акт, в този случай решението от 9 август 1990 г., а до въпроса дали този акт трябва да се пренебрегне *при преценката на валидността на наложено наказание* [след датата на присъединяване] поради неизпълнение на задължение съгласно акта, тъй като е несъвместим с принципа на свободното предоставяне на услуги“ [19]. Съдът заключава, че подобен акт трябва да се пренебрегне.

54. В настоящия случай жалбоподателят цитира решение Ciola, като по същество твърди, че лице, засегнато от отрицателните последици на административно решение, има право да поиска неутрализиране на тези последици, ако хипотетично административното решение *е щяло да бъде* несъвместимо с нови правни норми, ако беше прието след влизането им в сила.

55. От решение Ciola обаче не следва такъв извод. В решение Ciola жалбоподателят оспорва *валидността на глоба*, която е наложена с решение, издадено *след влизането в сила* на правилата за свободно движение в Австрия. Освен това *самите действия*, за които е наложена глобата — отдаването под наем на места за акостиране през януари и май 1995 г. от дружеството на г-н Ciola — са извършени след присъединяването.

15 Решение от 29 април 1999 г. (C-224/97, EU:C:1999:212).

16 Решение от 29 април 1999 г., Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, т. 3 и 4).

17 Заключение на генералния адвокат Mischo по дело Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, т. 5).

18 Решение от 29 април 1999 г., Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, т. 8); заключение на генералния адвокат Mischo по дело Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, т. 6).

19 Решение от 29 април 1999 г., Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, т. 25 и 34), курсивът е мой. Вж. също така заключението на генералния адвокат Mischo по дело Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, т. 40—43).

56. Ето защо е достатъчно ясно, че в решение Ciola става въпрос за ново прилагане на ново право след присъединяването, което е логично необходимо, за да се оцени ново положение. Настъпилите след присъединяването обстоятелства (наем на места за акостиране) е трябвало да бъдат оценени и съпоставени спрямо ново право след присъединяването (национално право, което е адаптирано за бъдещи периоди, така че да е в съответствие с новите приложими норми на Съюза). Освен това очевидно не е извършено „неутрализиране“ на (предишни) последици от решението от 1990 г. в смисъла, посочен от жалбоподателя. Съдът не счита, че това решение е трябвало да бъде преразгледано или че е трябвало да бъде изплатено обезщетение поради съществуването му в предходен период. Вместо това се изисква просто предишното решение, което е станало несъвместимо с новото право след 1995 г., вече да не може да се прилага при ново прилагане на правото във връзка с налагане на административни санкции след присъединяването.

2. Специфична съдебна практика относно пенсиите

57. Общият подход, изложен в предходния раздел, се прилага и в контекста на Директива 2000/78 и пенсионните схеми[20]. Въпреки това невинаги е очевидно *как* точно следва да се прилагат тези норми в отделните случаи. Особеностите на пенсионните схеми не могат да бъдат пренебрегнати. Правата се натрупват и пенсиите се изплащат в продължение на десетилетия, през които законите могат да се променят значително. Фактът, че засягащите пенсии спорове могат да са свързани със значителни парични суми за конкретното лице и като цяло за държавните и частните пенсионни фондове, прави тази проблематика още по-чувствителна.

58. Това действително е съществен елемент, който може да се види във всички решения, разгледани в настоящия раздел относно пенсиите. Повечето от тези дела се отнасят до решения във връзка с пенсии, които са приети *след* влизането в сила на новите норми.

а) Предходни обстоятелства, нови закони и необходимост от ново решение

59. Съдът е постановил много решения, свързани специално с пенсии, в които приема, че при определяне на правото на пенсия трябва да се вземат под внимание обстоятелствата, предхождащи влизането в сила на нови правни норми, които забраняват дискриминация (по-специално периоди на заетост).

20 Решения от 1 април 2008 г., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179), и от 10 май 2011 г., Römer (C-147/08, EU:C:2011:286). Някои пенсионни схеми обаче са изключени от приложното поле на Директива 2000/78 по силата на член 3, параграф 3 от нея.

60. Така например делата Bruno и O'Brien [21] се отнасят до равното третиране на работниците на пълно и непълно работно време съгласно Директива 97/81/ЕО [22]. В решенията по тези дела Съдът установява, че при определянето на евентуалното право на дадено лице на пенсия следва да бъдат взети под внимание периодите на упражняване на дейност на непълно работно време, предхождащи датата на влизането в сила на тази директива [23]. В решения Bruno и O'Brien правото на пенсия е трябвало да се определи *след* влизането в сила на Директивата [24].

61. Такъв е и случаят по делата Barber [25] и Ten Oever [26], в които се разглеждат твърдения за дискриминация въз основа на пола в нарушение на член 119 ЕО. В тези случаи правото на пенсия е определено *след* влизането в сила на член 119 от Договора за ЕИО [27].

62. Предметът по дело Maruko [28] е отказ на право на наследствена пенсия, произтичащ от твърдяна дискриминация, основана на сексуална ориентация, в нарушение на Директива 2000/78. Аналогично на дело Ten Oever [29], релевантното събитие е настъпило и новото решение е прието (т.е. смъртта на партньор и решението за отказ на наследствена пенсия) *след* изтичането на срока за транспониране [30].

63. Делата Kauer и Duchon по същество касаят дискриминация, основана на гражданство [31]. В тези дела заявителите кандидатстват за пенсия в Австрия *след* присъединяването и отправят искане да бъдат взети предвид определени обстоятелства, настъпили в други държави членки и преди присъединяването (в случая по дело Kauer — периодите на отглеждане на дете в Белгия, а в случая по дело Duchon — трудова злополука в Германия, довела до неработоспособност).

64. В обобщение, всички горепосочени дела за пенсии касаят ситуации, в които при постановяването на решение *след* приемането на новия закон са взети предвид обстоятелства, предхождащи този закон. Това напълно съответства на цитираната по-горе обща съдебна практика: налице е съществуващо фактическо положение, във връзка с което трябва да бъде извършена нова правна оценка след влизането в сила на нов закон. В такива случаи е напълно логично, особено в контекста на социалното осигуряване, да трябва да бъдат взети под внимание всички релевантни фактически елементи, предхождащи новия закон.

65. По тази причина считам, че посочената съдебна практика не може да се приложи в настоящия случай, в който фактите, приложимото право и самото административно решение предхождат новия закон. Единствените обстоятелства, настъпили след влизането в сила на новия закон, са пенсионните плащания в полза на жалбоподателя.

21 Решения от 10 юни 2010 г., Bruno и др. (C-395/08 и C-396/08, EU:C:2010:329), и от 1 март 2012 г., O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110).

22 Директива на Съвета от 15 декември 1997 година относно Рамково споразумение за работа при непълно работно време, сключено между Съюза на конфедерациите на индустриалците и на работодателите в Европа (UNICE), Европейския център на предприятията с държавно участие (CEEP) и Европейската конфедерация на профсъюзите (ЕКП) — приложение: Рамково споразумение за работа при непълно работно време (ОВ L 14, 1998 г., стр. 9; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 5, стр. 35).

23 Решения от 10 юни 2010 г., Bruno и др. (C-395/08 и C-396/08, EU:C:2010:329, т. 55), и от 1 март 2012 г., O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, т. 24 и 25).

24 В случая по дело O'Brien през 2005 г. Що се отнася до решение Bruno, Съдът не потвърждава това изрично, но фактът, че никой от жалбоподателите не се е пенсионирал, се подразбира от точка 12 от съдебното решение. В своето заключение по дело Bruno генералният адвокат Sharpston посочва, че „[с]ледователно Директива 97/81 урежда изчисляването на седмиците, необходими за получаването на пенсията, разглеждана в главното производство, *доколкото никой от ответниците по главното производство не се е пенсионирал окончателно преди влизането в сила на Директивата*. Националният съд следва да установи дали случаят е такъв". Заключение на генералния адвокат Sharpston по съединени дела Bruno и др. (C-395/08 и C-396/08, EU:C:2010:28, т. 40). Курсивът е мой.

25 Решение от 17 май 1990 г. (C-262/88, EU:C:1990:209).

26 Решение от 6 октомври 1993 г. (C-109/91, EU:C:1993:833).

27 В решение Ten Oever твърдяното право на наследствена пенсия е възникнало след смъртта на съпруга през 1988 г. Г-н Barber е съкратен през 1980 г.

28 Решение от 1 април 2008 г. (C-267/06, EU:C:2008:179).

29 Решение от 6 октомври 1993 г. (C-109/91, EU:C:1993:833).

30 Вж. решение от 1 април 2008 г., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, т. 21).

31 Решения от 7 февруари 2002 г., Kauer (C-28/00, EU:C:2002:82), и от 18 април 2002 г., Duchon (C-290/00, EU:C:2002:234).

66. Това в още по-голяма степен е така, тъй като решението, което, както се твърди, води до дискриминация, в настоящия случай включва преценка и прилагане на правото спрямо обстоятелства, които сами по себе си не са *пряко* свързани с правото на пенсия или с нейното изчисляване. Твърдяната дискриминация засяга дисциплинарно решение, в което е потвърдена вината на жалбоподателя и впоследствие му е наложено дисциплинарно наказание с два компонента [32]. Разбира се, не се отрича фактът, че това решение е имало отражение върху пенсията на жалбоподателя [33]. Въпреки това, за разлика от разгледаните в този раздел дела, настоящият случай не засяга например обективни условия за право на пенсия, свързани с личното положение или с периодите на заетост. Вместо това става въпрос за основно и отделно дисциплинарно решение, свързано с конкретна съвкупност от факти.

б) Съществуващи пенсии, нови закони и настоящо положение

67. Решение Römer [34], на което се позовават всички страни, не се вписва така добре в горепосочения модел. То съответно заслужава да бъде разгледано по-подробно.

68. В това дело жалбоподателят всъщност вече е бил пенсиониран и е получавал пенсията си, когато през 2001 г. (т.е. преди изтичането на крайния срок за транспониране на Директива 2000/78) е сключил регистрирано житейско партньорство със своя спътник от мъжки пол. На г-н Römer е отказана данъчната класификация, която обикновено би се прилагала в случай на (хетеросексуален) брак [35] и с която би получавал по-големи пенсионни плащания.

69. Съдът по същество постановява, че доколкото е налице дискриминация, г-н Römer може да претендира за равно данъчно третиране, *считано от изтичането на крайния срок за транспониране* на Директива 2000/78. За разлика обаче от другите дела, цитирани по-горе, по делото Römer решението относно правото на пенсия на заявителя е постановено преди влизането в сила на новите правни норми. Спорът се отнася до *продължаващата дискриминация* при последващите плащания и данъчното положение на жалбоподателя.

70. Въпреки това този случай се различава от настоящия, по-специално по две причини.

71. На първо място, данъчното положение на г-н Römer действително е определено преди изтичането на срока за транспониране на Директива 2000/78, така че в този смисъл то е „окончателно“ решение. В съответното национално законодателство обаче се предвижда *преразглеждане* на данъчното третиране в случай на *промяна в личните обстоятелства*. Следователно, както потвърждава Съдът, съгласно приложимото национално законодателство, „ако предвидените [...] условия [позволяващи по-благоприятна данъчна класификация] са налице едва след началото на изплащане на пенсията за осигурителен стаж, по искане на заинтересуваното лице следва тази разпоредба да се прилага от тази дата“ [36].

72. Следователно по дело Römer е налице механизъм за приемане на нови решения, като се вземат предвид нови и релевантни — за целите на изчисленията във връзка със социалното осигуряване — промени в личните обстоятелства.

32 Диспозитивът на това решение е възпроизведен в точка 19 по-горе.

33 Вж. точки 21 и 22 по-горе.

34 Решение от 10 май 2011 г. (C-147/08, EU:C:2011:286).

35 По-специално данъчната класификация на нетните доходи, определени по силата на фикция, които се използват за изчисляване на пенсията.

36 Решение от 10 май 2011 г., Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, т. 19).

73. Второ и в по-основен план, ако се абстрахираме от горепосочената клауза за преразглеждане, решението по дело Römer се отнася до начина, по който новите правни норми (Директива 2000/78) могат да се прилагат към *настоящото лично положение* на дадено лице с цел преразглеждане на *решение относно неговите пенсионни права*.

74. Според мен този въпрос е напълно различен от прилагане във времето от вида, посочен от жалбоподателя в настоящия случай. Това, което се предлага в настоящия случай, не е (предвиденото по закон) отчитане на личните обстоятелства за целите на бъдеща корекция, а преразглеждане в светлината на новите правни норми на *определена съвкупност от факти*, настъпили преди много години, и на *дисциплинарно решение*, прието във връзка с тях, като целта е да се променят последиците за пенсионните права.

в) Съществуват ли изключения от правилото?

75. Вярно е, че съществуват отделни решения на Съда, при които решението за отпускане на пенсия и всички относими факти изглежда предшестват новите правни норми. С други думи, съответното административно решение се отнася до това дали да се отпусне пенсия (или не) и какъв да бъде нейният размер, но изглежда се прави позоваване на новите правни норми с цел преразглеждане на това решение, без да съществуват каквито и да е нови факти или промяна в личните обстоятелства.

76. Такива решения на практика обаче са редки и лесно могат да бъдат разграничени при по-задълбочена проверка. По делото P.[37] жалбоподателката е бивша съпруга на длъжностно лице в Комисията. Към момента на кончината на длъжностното лице P. не е имала право на наследствена пенсия, тъй като „вината“ за развода не се носи единствено от починалия съпруг. Само няколко месеца след смъртта влизат в сила нови правни норми, съгласно които P. *е щяла да има* право на наследствена пенсия[38]. Съдът ефективно прилага новите правни норми, с което P. придобива право на пенсия, считано от датата на влизане в сила на новите норми.

77. Независимо от това по дело P. съществуват някои особености. В действителност Комисията се застъпва категорично в полза на прилагането на новите правни норми (докато оспорва плащането на пенсия по други причини). Други институции са започнали да прилагат правилата незабавно и според Комисията неприлагането им би довело до дискриминация между длъжностни лица. Освен това първоначалното решение за отказ да се отпусне пенсия на P. на практика е взето няколко дни *след* влизането в сила на новите правни норми (въпреки че кончината на бившия ѝ съпруг ги предхожда).

78. В случая с дело Brock на жалбоподателката е отпусната пенсия за инвалидност през 1958 г. През 1961 г. тя е преобразувана в пенсия за старост[39]. По същество въпросът е бил дали се прилагат новите правни норми, влезли в сила на 1 януари 1964 г., съгласно които трябва да се вземат предвид вноските в други държави членки. Съдът приема, че те се прилагат.

79. Според мен е показателно, че в този случай релевантното законодателство съдържа разпоредба, в която *изрично е предвидено преразглеждане на пенсии, изчислени преди влизането в сила* на това законодателство.

37 Решение от 5 февруари 1981 г., P./Комисия (40/79, EU:C:1981:32).

38 По същество е отпаднало условието починалият да трябва да носи цялата вина и е въведено ново условие преживелият съпруг да *не* носи цялата вина.

39 Решение от 14 април 1970 г. (68/69, EU:C:1970:24).

80. При все това най-важният елемент, който отличава делата P. и Brock от настоящото дело, е това, че съответните административни решения по тези дела се отнасят до оценката на *условията за отпускане на пенсия съгласно нови правни норми*.

81. Това очевидно е различно от *оценката на поведение в миналото съгласно нови правни норми* с цел да се определи доколко различно би било (дисциплинарно) решение и неговото влияние върху последващите пенсионни права.

82. Така например по дело P. разведеното лице не е поискало преоценка на развода ѝ, за да се определи дали бившият ѝ съпруг носи цялата вина. По дело Brock неработоспособната страна не е поискала преоценка на обстоятелствата около нейната злополука, за да се определи дали тя би могла да бъде класифицирана като трудова злополука. Всички решения относно отговорността за развода или злополуката са окончателни, точно както е окончателно и дисциплинарното решение в настоящия случай.

83. В обобщение, на пръв поглед в съдебни решения като тези по дела P. и Brock има „по-ясно изразено усещане за действие с обратна сила“ отколкото при други дела като разгледаните по-горе. Въпреки това, отделно от факта, че това са сравнително стари и изолирани случаи, те могат ясно да се разграничат от настоящия случай. Според мен при всички положения е очевидно, че тези решения не могат да се тълкуват в смисъл, че приемането на каквито и да било нови правни норми поражда абсолютно право всички основни и предходни административни решения, които иначе са станали окончателни, да бъдат преразгледани в светлината на новите правни норми и да бъдат извършени съответните корекции по пенсионните плащания.

г) Преходни разпоредби

84. На последно място, има още една заслужаваща внимание съдебната практика, свързана с Директива 79/7/ЕИО[40]. Съгласно тази директива държавите членки трябва да прилагат принципа на равното третиране на мъжете и жените в сферата на социалното осигуряване. Като част от този процес държавите членки промениха националните правни норми относно социалноосигурителните плащания, така че да премахнат дискриминацията, основана на пола.

85. Тези законодателни промени доведоха до редица запитвания до Съда. Доколкото е от значение в настоящия случай, делата са свързани с ищци от женски пол, на които въз основа на дискриминационни национални правила са отказани социалноосигурителни плащания с решение, прието *преди изтичането на крайния срок за транспониране* на Директивата. Всъщност те са поискали да получават тези плащания *след крайния срок за транспониране* чрез прилагане на новите недискриминационни правни норми.

86. В постановените от Съда решения многократно се потвърждава, че последиците от дискриминацията трябва да бъдат премахнати след изтичането на крайния срок за транспониране. При по-задълбочено разглеждане обаче тези дела също са много по-различни от настоящия случай.

87. Например в случая по дело Borrie Clarke[41] националното законодателство налага допълнително условие за жените, които искат да им се отпусне пенсия за инвалидност, в сравнение с мъжете (а именно невъзможност да извършват домакинска работа). Ищцата не отговаря на това допълнително условие и молбата ѝ за пенсия е отхвърлена през 1983 г.

40 Директива на Съвета от 19 декември 1978 г. относно постепенното прилагане на принципа на равното третиране на мъжете и жените в сферата на социалното осигуряване (ОВ L 6, 1979 г., стр. 24; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 1, стр. 192).

41 Решение от 24 юни 1987 г. (384/85, EU:C:1987:309).

Впоследствие националното законодателство е променено, за да се спази Директивата. Пенсията за инвалидност е заменена с помощ за инвалидност и са наложени нови условия, които са еднакви и за двата пола. В рамките на прехода обаче лицата, на които са били отпуснати пенсии за инвалидност преди влизането в сила на новия закон, автоматично получават помощ за инвалидност, без да е необходимо да отговарят на новите условия. По този начин дискриминацията е затвърдена и запазена чрез преходните разпоредби.

88. Съдът постановява, че „ако след [крайния срок за транспониране] мъж в същото положение като жена автоматично получава право на новата помощ за тежко увреждане по силата на горепосочените преходни разпоредби, без да е необходимо отново да доказва правата си, жената също има право на тази помощ, без да трябва да отговаря на допълнително условие, което преди тази дата е било приложимо само за омъжените жени“ [42].

89. Според мен положението по дело Borrie Clarke е сходно с това по другите дела за пенсии, разгледани в раздел А по-горе. Преходните разпоредби по същество са представлявали ново прилагане (или най-малкото възпроизвеждане на предишното разрешение при действието на новия закон) на дискриминационните правила за в бъдеще. В резултат на това и тази съдебна практика може ясно да се разграничи от настоящия случай.

90. Същият вид хипотеза може да се види в други съдебни решения, макар и засягащи различни видове плащания [43].

3. Продължаващи отношения

91. В писменото си становище Комисията се позовава и на дело Österreichischer Gewerkschaftsbund [44], като прави сравнение с продължаващата дискриминация при изплащането на месечни заплати. Това е в съзвучие с доводите на жалбоподателя, който многократно се позовава на продължаващата дискриминация под формата на редовно извършваните по-малки пенсионни плащания.

92. Доколкото позоваването на тази съдебна практика би могло да се разглежда като подкрепа за довод, различен от разгледания в предишния раздел, не виждам как то би могло да подкрепи твърденията на жалбоподателя. Считам, че и тази съдебна практика просто е различна.

93. По дело Österreichischer Gewerkschaftsbund [45] при изчисляването на заплатите за наети по договор преподаватели австрийското право отчита изцяло предишния преподавателски опит, придобит в Австрия. Преподавателският опит, придобит в други държави членки, се отчита само в ограничена степен. Съдът приема, че това ограничение противоречи на правото на свободно движение на работници. Той също така приема, че за да се премахне дискриминацията, трябва да се отчете изцяло и преподавателският опит в други държави членки дори ако е придобит *преди присъединяването на Австрия*.

94. Всъщност решение Österreichischer Gewerkschaftsbund е едно от редица съдебни решения, в които Съдът по същество постановява, че в рамките на трудовите правоотношения при определянето на заплатите на служителите е възможно да се наложи да бъдат отчетени обстоятелства, предшестващи влизането в сила на нови правни норми, ако те са от значение за

42 Решение от 24 юни 1987 г., Borrie Clarke (384/85, EU:C:1987:309, т. 12).

43 Вж. например решение от 8 март 1988 г., Dik и др. (80/87, EU:C:1988:133).

44 Решение от 30 ноември 2000 г. (C-195/98, EU:C:2000:655).

45 Решение от 30 ноември 2000 г., Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655).

тази оценка съгласно новия правен режим [46]. Така например в редица дела, започващи с решение Hütter, Съдът постановява, че австрийските правни норми за отчитане на придобития преди навършване на 18-годишна възраст професионален опит при определянето на категориите на заплащане на държавните служители противоречат на забраната за дискриминация, основана на възраст, по Директива 2000/78 [47]. Категориите на заплащане е трябвало да бъдат коригирани, за да се премахне дискриминацията, включително когато въпросният опит е придобит преди изтичането на крайния срок за транспониране на тази директива.

95. Според мен не е възможно да се прокарат преки паралели между тези дела, чийто предмет варира от корекции на заплати до преодоляване на дискриминация, и случаи като настоящия поради една проста причина: трудовите правоотношения по дела като Österreichischer Gewerkschaftsbund са *продължавали* и са били налице взаимни права и задължения. Служителят има степен или ранг и определен брой години релевантен опит, който се използва ежемесечно като основа за изчисляване на неговото заплащане. Следователно е налице „подновяване“ всеки месец, т.е. подновено прилагане на съществуващите закони с цел правилно изчисляване на заплащането, като по необходимост се извършват текущи корекции с оглед на новия закон и промените в личното положение [48]. Тази хипотеза действително е сходна в някои отношения с хипотезата по дело Römer, в което специфични законодателни разпоредби, свързани с промяна на личното положение на ищеца, позволяват подобно „подновяване“ [49].

96. За разлика от това в случаи като настоящия служебното правоотношение е било прекратено [50], всички пенсионни права са натрупани много преди този момент и през 1975 г. е прието дисциплинарно решение за намаляване с 25 % въз основа на предишни събития, което е станало окончателно. Практическите последици от това решение продължават да се усещат, както може да стане с всяко предишно събитие, но вече не е налице продължаващо правоотношение, което би изисквало извършването на нова (пре)оценка съгласно новия закон. Няма предишни факти, които да продължават да бъдат релевантни. В този смисъл правните последици от предишните обстоятелства всъщност са изчерпани.

4. Преразглеждане на предишни решения

97. На последно място, с цел представяне на пълен преглед трябва да се добави, че в допълнение към правилата относно приложимостта във времето на нови правни норми към предишни обстоятелства и/или към продължаващи правоотношения съгласно правото на Съюза съществува и ограничено задължение за преразглеждане на предишни решения, ако те са несъвместими с правото на Съюза.

46 Вж. например решения от 30 септември 2003 г., Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), от 26 октомври 2006 г., Комисия/Италия (C-371/04, EU:C:2006:668), и от 18 юни 2009 г., Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381).

47 Решения от 18 юни 2009 г., Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381), от 28 януари 2015 г., Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38), и от 14 март 2018 г., Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180).

48 Като отново се следват общите правила, че конкретното съдържание на взаимните права и задължения в продължаващите правоотношения, например договори, сключени при предишния правен режим, ще трябва да бъдат изменени *занапред*, за да бъдат в съответствие с новия закон — вж. например моето заключение по дело Nemec (C-256/15, EU:C:2016:619, т. 41).

49 Точки 67—74 по-горе.

50 В акта за преюдициално запитване се пояснява, че формално „служебното правоотношение на държавния служител на служба“ се е трансформирало в „служебно правоотношение на държавен служител в пенсия“. Важното тук е че държавният служител вече не е на служба.

98. В практиката на Съда е подчертано значението на принципа на *силата на пресъдено нещо* за стабилността на правото и на правоотношенията, както и за доброто правораздаване. Решенията, които са влезли в сила след изчерпване на възможностите или изтичане на сроковете за обжалване, не могат повече да бъдат оспорвани[51]. Това е така дори ако такова оспорване би позволило на национална юрисдикция да отстрани нарушаване на правото на ЕС с въпросното решение[52].

99. Вярно е, че окончателните решения могат да бъдат преразглеждани, но само ако са налице наистина изключителни обстоятелства. Сред тези обстоятелства е неправилното тълкуване на правото на Съюза, без да е отправяно преюдициално запитване до Съда, като заинтересованото лице трябва да се е обърнало към административния орган незабавно след като е узнало за практиката на Съда[53].

100. Ако обаче оставим настрана въпроса къде точно следва да се постави прагът на „извънредността“, общият знаменател за няколкото дела, в които е наложено такова задължение, естествено се изразява в това, че несъвместимостта *вече е съществувала* към момента на приемане на решението на национално равнище. Следователно разглежданото първоначално решение вече е било в нарушение на правото на Съюза.

101. За разлика от това при приемането на съответните решения в настоящия случай (както дисциплинарното решение, така и решението за отпускане на пенсия на жалбоподателя) Австрия все още не е държава членка и Директива 2000/78 все още не е приета. Освен това според становището на австрийското правителство, което жалбоподателят не оспорва, дисциплинарното решение е в съответствие с националното законодателство при приемането му през 1974 г.

102. Следователно не са налице извънредни обстоятелства, които биха могли да обосноват преразглеждането на окончателните административни решения в този случай, и още по-малко обстоятелства, които да оправдаят по-общо и пространно правило относно прилагането във времето на правото на Съюза с цел постигане на същия резултат.

5. Приложение в настоящия случай

103. Основните изводи, които може да се изведат от различните съдебни практики, описани по-горе, са следните.

104. Първо, практиката на Съда относно действието във времето на нови закони и пенсионни права до голяма степен е насочена към положения, при които решенията за пенсионните права са приети *след* влизането в сила на новия закон.

105. Второ, съдебната практика относно продължаващите (трудови) правоотношения и коригирането на категориите на заплащане и на месечните заплати не може да се пренесе към изплащането на пенсии, изчислени и вече изплащани (дълго време) преди новият закон да влезе в сила.

51 Вж. например решение от 11 ноември 2015 г., Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, т. 38 и цитираната съдебна практика).

52 Решения от 1 юни 1999 г., Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, т. 46 и 47), и от 16 март 2006 г., Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178, т. 21).

53 Такива извънредни обстоятелства са разгледани в решения от 13 януари 2004 г., Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, т. 28), и от 18 юли 2007 г., Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434, т. 63).

106. Трето, практиката на Съда не осигурява солидна основа за радикалното предложение, по силата на което продължаващите последици върху пенсионните плащания от административни решения, които са станали окончателни *преди* влизането в сила на новия закон, трябва да бъдат преразгледани, като се отчете начинът, по който биха се прилагали съгласно новия закон. Освен това такова предложение е в противоречие с установената практика на Съда относно *силата на пресъдено нещо*.

107. Вече се опитах да разгранича настоящия случай и да обясня защо той не попада в никоя от категориите, посочени в съответните раздели по-горе. Накратко, считам, че в настоящия случай задължителното пенсиониране и определянето на намалени пенсионни права вече се е превърнало в „окончателно установено положение“ по смисъла на съдебната практика, цитирана в точка 46 по-горе, преди изтичането на преходния период по Директива 2000/78. Продължаващото изплащане на пенсия на жалбоподателя не може да се разглежда като „бъдеща последица“ от положение, възникнало преди тази директива, по смисъла на практиката на Съда, което би наложило изключване или изменение на тази последица.

108. Още през 70-те години е направен неуспешен опит за оспорване на дисциплинарното решение. Правният въпрос за статута на жалбоподателя като пенсиониран полицейски служител и намаляването на пенсията му са били решени още тогава. Жалбоподателят получава пенсия от 1976 г. насам. Няма ново решение, което да е било прието или да е трябвало да бъде прието след изтичането на крайния срок за транспониране на Директива 2000/78.

109. Освен това всички релевантни факти в настоящия случай, които са послужили като основа за дисциплинарното решение, са настъпили през 70-те години. Поради това, за разлика от делото Römer, не са налице настоящи факти, свързани със съществуващото лично положение на жалбоподателя, които да подлежат на повторна оценка по силата на Директива 2000/78.

110. Не считам, че дела като Brock и P. могат да послужат като основа за общата теза, че съществува право на преразглеждане на пенсионните плащания, изразяващо се в прилагане с обратна сила на нови правни норми към вече съществуващо решение, което засяга правото на тези плащания и техния размер. Освен това според мен делата Brock и P. са съвсем различни от настоящия случай. И в двете дела вече съществуващото административно решение е прието чрез прилагане на редица съвсем конкретни и обективни условия във връзка с правото на пенсия и нейния размер. Последващите изменения на закона променят тези условия. Това контрастира с настоящия случай, в който на практика се предлага повторно провеждане на дисциплинарна процедура отпреди 40 години в светлината на новите правни норми относно дискриминацията и качествена оценка дали и как би се променило това решение.

111. В писменото си становище жалбоподателят настоява, че е налице „продължаваща“ дискриминация под формата на намалени месечни плащания. Въпреки това от анализа на делата относно действителни продължаващи правоотношения и необходимостта от постепенното им адаптиране в светлината на новите правни норми, като например делата Österreichischer Gewerkschaftsbund или Römer, е видно, че самото получаване на месечни плащания въз основа на окончателни решения от 1975 г. и 1976 г. не изисква нова оценка на каквито и да било релевантни факти.

112. Това, за което всъщност се претендира в настоящия случай, е нова оценка на основното окончателно дисциплинарно решение, като се приложат нови стандарти за недопускане на дискриминация, за да се определят последиците по отношение на месечните пенсионни плащания. Действителното естество на претенцията е може би най-добре отразено от текста на немски език на последното изречение от първия преюдициален въпрос на запитващата

юрисдикция, който се отнася до приемането на нов тип „gedachte“ решение, което — ако беше прието в момент, когато Директива 2000/78 вече е била в сила — щеше да бъде в нарушение на тази директива. В действителност „gedachte“ може да се преведе като „хипотетично“, но истинското му значение в настоящия контекст по-скоро е (напълно) „фиктивно“.

113. Според мен в случай като настоящия правото на Съюза очевидно не предоставя на частноправните субекти право да поискат в светлината на нов закон преглед на административно решение, взето срещу тях в някой момент от живота им, което е оказало или може да е оказало отрицателно въздействие върху пенсията им (или други обезщетения). В правото на Съюза просто няма основание за подобно радикално предложение.

114. На последно място — за да се отчетат напълно доводите, изтъкнати от жалбоподателя — представеното от него писмено становище съдържа много по-задълбочен *морален* аргумент, отчасти взаимосвързан, но и отчасти независим от „техническия“ довод, свързан с прилагането във времето на новите правни норми. Ако бъде разгледан отделно, както всъщност е предложено от жалбоподателя в хода на съдебното заседание, този морален довод става до голяма степен независим от всяко преразглеждане на дисциплинарното решение от 1975 г. В такъв случай Австрия би била упрекната не за това, че не преразглежда миналото, а че не компенсира активно и занапред предишни грешки след 2003 г., когато Директива 2000/78 вече е била в сила и ЕСПЧ е постановил съдебни решения срещу Австрия[54].

115. В това отношение само ще отбележа отново, че според мен не съществува такова задължение, което да произтича от *правото на Съюза*. Самият член 17 от Директива 2000/78, съгласно който държавите членки трябва да предвидят ефективни, пропорционални и убедителни санкции, логично е обвързан с приложимостта във времето на същата директива.

116. Освен това административните решения са приети в специфичен за тяхното време контекст. Наказателноправните, дисциплинарните и моралните рамки в Австрия, както и другаде в Европа, са се променили значително от 1975 г. насам. Така например в Австрия понастоящем дисциплинарни наказания се налагат само на полицейски служители, чиито действия подронват общественото доверие в полицейските служби. Осъдителните присъди обаче водят до автоматично уволнение, доколкото разбирам, без каквито и да било пенсионни права. В Австрия възрастта на защитените лица понастоящем е 14 години както за хомосексуални, така и за хетеросексуални лица. При все това съществуват и изрични изключения за деца на възраст под 16 години, които се считат за недостатъчно зрели.

117. Накратко, моралността е като подвижна мишена. Освен това моралните аргументи често са като нож с две остриета. Във фактически сложни случаи, при които трябва да се направят множество морални преценки, както е в настоящия случай, тяхното действие може да бъде двупосочно. Поради това, освен в извънредни ситуации на явно и грубо нарушение на основните ценности на човечеството — нещо, за което може да се счита, че поражда моралното задължение да се коригират грешките от миналото, независимо от времето[55], на обществата и техните закони трябва да се даде възможност постепенно да се развиват, като миналото остане в миналото.

54 Посочени в бележка под линия 4 по-горе.

55 Тъй като се достига до такова неприемливо равнище на напрежение между правосъдие и правна сигурност, че второто трябва да отстъпи място на първото и въпросният (погрешно) формулиран закон да бъде обявен за недействителен ex post — *Radbruch*, G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. — Süddeutsche Juristen-Zeitung, 1946, vol. 1, issue 5, 105—108.

6. Заключение по първия въпрос

118. С оглед на гореизложеното предлагам на първия въпрос на запитващата юрисдикция да се отговори по следния начин:

Член 2 от Директива 2000/78 допуска запазване на правните последици от влязло в сила по националното право административно решение в областта на дисциплинарната отговорност на държавните служители (дисциплинарно решение), с което се разпорежда принудително пенсиониране на държавен служител при намален размер на пенсията му, ако

– съответните разпоредби от правото на Съюза, и по-специално от Директивата, все още не са били релевантни за това административно решение към момента на приемането му,

– (хипотетично) подобно решение би било в противоречие с Директивата, ако беше прието по време на нейното действие.

Б. По втория и третия въпрос

119. Предвид предложения отговор на първия въпрос на запитващата юрисдикция не е необходимо да се отговаря на втория и третия въпрос. Въпреки това, в случай че Съдът стигне до друг извод, ще разгледам накратко тези въпроси по-долу.

120. Ако Съдът приеме, че последиците от дискриминационното дисциплинарно решение не може да се запазят, тогава възниква въпросът какво точно предполага положението, при което „последиците не се запазват“, в случай като настоящия.

121. Освен ако отговорът на този въпрос не бъде отделен от решенията, взети през 70-те години, и включи подобни заключения като току-що представените във връзка с активното и насочено към бъдещето задължение за компенсация (предполагаемо чрез еднократни плащания), националната юрисдикция ще трябва да разгледа съдържанието на дисциплинарното решение, за да провери дали е било прието по начин, който е съвместим с Директива 2000/78, и датата, от която това фиктивно ново решение би било приложимо. По-нататък ще наричам това подход от типа „какво ще стане, ако?“.

122. По мое мнение възстановяването на едно решение отпреди 40 години и на неговите последици е изключително проблематично. Вторият и третият въпрос на запитващата юрисдикция обаче са съвсем конкретни и се отнасят до конкретни „сюжети“ в рамките на тази правна фикция. В резултат на това, освен ако Съдът не посочи просто, че „последиците не могат да бъдат запазени“, и остави на националния съд да реши как да идентифицира и да „неутрализира“ тези последици, Съдът неизбежно ще стане съавтор на тази фикция. По-долу излагам някои съображения относно начина, по който би могла да се развие тази хипотеза.

1. По втория въпрос

123. Дисциплинарното решение води до ранното пенсиониране на жалбоподателя и до намаляване на пенсионните му права с 25 %. С втория си въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали за премахване на дискриминацията, произтичаща от административно решение, е достатъчно да се отмени намаляването с 25 % на пенсията, или последната следва да се изчисли, все едно жалбоподателят е работил в периода след принудителното си пенсиониране. Достатъчно ли е да се неутрализират бъдещите последици от *намаляването с 25 %*, или е необходимо да се неутрализират и бъдещите последици от *принудителното ранно пенсиониране*?

124. В писменото си становище жалбоподателят твърди, че намаляването с 25 % трябва да се отмени изцяло и пенсионните му права да бъдат изчислени, както ако бе работил в полицейската служба през междинния период. С други думи той иска да се създаде положението, което е щяло да съществува, ако дисциплинарното решение изобщо не бе прието (или ако не бе наложено наказание).

125. Комисията защитава тезата за подход от типа „какво ще стане, ако?“ само по отношение на намаляването с 25 %, като признава, че дори без наличие на предубеденост на хомофобска основа намаляване на пенсията на жалбоподателя може да е било обосновано с цел санкциониране на поведението му. За сметка на това Комисията счита, че е неуместно да се прилага подход от типа „какво ще стане, ако?“ по отношение на самото пенсиониране. Намаляването на пенсията в резултат на ранното пенсиониране в действителност не представлява „бъдеща последица“ от положение, настъпило в миналото, към което трябва да бъдат приложени нови правни норми. Според Комисията правните последици от пенсионирането са изчерпани при прекратяването на служебното правоотношение. Поради тази причина могат да бъдат запазени последиците от липсата на увеличение на пенсионните права в резултат на ранното пенсиониране.

126. Ще отбележа следното.

127. Ако дисциплинарното решение беше прието през 1975 г. по начин, който *е* съвместим с въведената през 2000 г. забрана за дискриминация, основана на сексуална ориентация, не е ясно дали жалбоподателят изобщо е щял да бъде пенсиониран принудително. В действителност отбелязването от запитващата юрисдикция, че наказанието е щяло да бъде с „несравнимо по-малка тежест“ [56], би могло да се тълкува като признак, че жалбоподателят изобщо е нямало да бъде пенсиониран принудително.

128. Ако това е така, тогава в съответствие с отговора на първия въпрос „бъдещите последици от принудително ранно пенсиониране“ не могат да бъдат запазени. Със сигурност тези последици обхващат факта, че жалбоподателят вече не работи в полицейската служба, вече не придобива права на пенсия и тези „пропуснати години“ не са взети предвид при изчисляването на неговата пенсия. В този смисъл това наказание действително все още поражда „продължаващи“ последици. Следователно при неутрализирането на бъдещите последици от принудителното ранно пенсиониране трябва да се отчетат и тези пропуснати години (по някакъв начин).

129. Комисията излага доводи срещу този извод. Тя счита, че последиците, довели до липса на увеличение на пенсионните права в резултат на ранното пенсиониране, могат да бъдат запазени.

130. Признавам, че не виждам как доводите на Комисията в това отношение могат да се съвместят с позицията ѝ, че намаляването с 25 %, наложено с дисциплинарното решение, *действително* представлява „бъдеща последица“ в посочения по-горе смисъл. И двете наказания — принудителното пенсиониране и намаляването с 25 % — са наложени въз основа на една и съща съвкупност от факти и с едно и също дисциплинарно решение. И в двата случая принципният въпрос е какви са щели да бъдат последиците от дисциплинарното решение, ако то беше прието по начин, съвместим с Директива 2000/78.

56 Обсъдено в точка 41 по-горе.

131. В действителност, ако се приеме направеното от Комисията разграничение между отделните последици, това би означавало, че жалбоподателят на практика е можел да бъде уволнен от работа и изобщо не би разполагал с възможност да оспори решението. За разлика от пенсионирането директното уволнение по принцип е щяло да прекрати правоотношението без никакви продължаващи последици под формата на пенсионни плащания.

132. Ако с оглед на горепосоченото Съдът стигне до извода, че последиците от дискриминационното дисциплинарно решение не могат да бъдат запазени и възприеме подхода от типа „какво ще стане, ако?“, в рамките на този подход може би следва да се разгледа алтернативна хипотеза, в която жалбоподателят не се пенсионира, както и вариант, при който не се прилага (в пълен размер) намаляването с 25 % на пенсията на жалбоподателя.

133. Ще отбележа, че този извод очевидно би повдигнал редица допълнителни трудни въпроси. С цел да се неутрализират „бъдещите последици“ от принудителното пенсиониране през 1976 г., за всички години от 1976 г. насам ли следва да се приеме, че е работил жалбоподателят, или за всички години след изтичането на крайния срок за транспониране на Директива 2000/78? Следва ли всяко съответно увеличение на пенсията да бъде компенсирано от пенсионните доходи от другите форми на трудова заетост на жалбоподателя през посочените години[57]? Следва ли всяко съответно увеличение на пенсията да бъде компенсирано от пенсионните доходи от службата в полицията, които вече са получени от жалбоподателя след датата на неговото принудително пенсиониране (които очевидно не би получил, ако беше останал на работа)[58]?

134. На последно място, що се отнася по-конкретно до намаляването с 25 %, вторият въпрос на запитващата юрисдикция имплицитно изхожда от предпоставката, че това намаляване изцяло е последица от дискриминационното естество на решението.

135. В такъв случай обаче „какво ще стане, ако?“ наистина следва да означава „какво ще стане, ако?“. Поради това е необходимо да се предвиди възможността, че дори при липсата на осъдителна присъда жалбоподателят пак е щял да бъде санкциониран дисциплинарно въз основа на същата съвкупност от факти[59] и пенсията на жалбоподателя пак е щяла да бъде намалена, но с по-малко от 25 %. В действителност това е подходът, възприет от Комисията в нейните писмени изявления. Следователно, ако при липса на дискриминация пенсията на жалбоподателя пак е щяла да бъде намалена, но например с 5 % или 10 %, то последиците от това намаляване с 5 % или 10 % следва да се запазят.

136. Следователно, ако по отношение на намаляването с 25 % бъде възприет подходът от типа „какво ще стане, ако?“, бих се съгласил с Комисията, че фикцията трябва да бъде продължена до своя логичен завършек. И в този случай въпросът по какъв точно начин е щяло да бъде различно дисциплинарното решение, ако беше прието по недискриминационен начин, ще представлява въпрос (в действителност доста труден), който ще трябва да се разгледа от националната юрисдикция.

57 В писмените становища и в съдебното заседание бе потвърдено, че след като е напуснал полицейската служба жалбоподателят е работил като заето лице в частния сектор, за което получава пенсия.

58 Както бе потвърдено в съдебното заседание, жалбоподателят получава пенсия от полицейската служба от своето принудително пенсиониране през 1976 г. насам.

59 Вж. точка 42 по-горе и писменото становище на австрийското правителство, съгласно което полицейски служител, който склонява малолетни и непълнолетни лица към сексуални действия, се наказва в рамките на дисциплинарно производство, *независимо от сексуалната ориентация* на засегнатите лица.

2. По третия въпрос

137. С третия си въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали отговорът на втория въпрос зависи от това дали лицето активно е търсело работа във федералната държавна администрация, преди да навърши възрастта за пенсионирането си.

138. Трябва да призная, че не разбирам каква е релевантността на този въпрос с оглед на фактите по главното производство. Но тъй като вече развиваме сценарии от типа „какво ще стане, ако?“, би било доста трудно да се заяви, че подобен въпрос е хипотетичен.

139. От фактите по делото не става ясно дали жалбоподателят някога се е стремял към (повторно) започване на работа във федералната държавна администрация. Може би е разумно да се предположи, че ако едно лице бъде освободено от такава служба при обстоятелства като тези в главното производство, опитите да се върне отново на работа в същата служба биха били безсмислени (ако изобщо съществува правна възможност за това). Ако това наистина е така и жалбоподателят не се е стремял впоследствие да започне отново работа във федералната държавна администрация, какви изводи могат да се направят от този факт? Може ли да бъде упрекван, че не го е направил? В такъв случай може ли да бъде поставен в потенциално неблагоприятно положение заради това?

140. Ако това обаче изобщо има значение, както бе отбелязано в точка 133 по-горе, доколкото трябва да бъдат неутрализирани последиците от принудителното ранно пенсиониране, възникват редица въпроси как да се процедира по отношение на междинния период. Според мен при изграждането на алтернативна хипотеза трябва да се остави на националната юрисдикция да определи кои конкретни подробности да вземе предвид, за да постигне баланс между пълното пренебрегване на тези междинни години, от една страна, и пълното им отчитане, както ако жалбоподателят бе работил в публичния сектор през това време, от друга страна.

В. По четвъртия и петия въпрос

141. Предвид предложения отговор на първия въпрос на запитващата юрисдикция, също така не е необходимо да се отговаря на четвъртия и петия въпрос. Въпреки това, в случай че Съдът стигне до друг извод, ще добавя някои предложения.

142. С четвъртия и петия въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи от кой момент във времето следва да влезе в сила евентуална (частична) отмяна на намаляването с 25 %. Тези въпроси са ограничени до момента, от който трябва да се неутрализират последиците от намаляването с 25 %. Те не обхващат последиците от принудителното ранно пенсиониране. Както обаче е посочено в точка 133 по-горе, считам, че прилагането на различен подход към бъдещите последици от намаляването с 25 % и бъдещите последици от принудителното пенсиониране поражда проблеми от гледна точка на последователността.

143. Според мен отговорът на този въпрос следва от съдебната практика, обобщена в точка 44 и следващите по-горе. Очаква се, че при прилагането на Директива 2000/78 все пак трябва да важи принципът за забрана на прилагането с обратна сила — независимо от потенциално радикалния подход към премахването на бъдещите последици, обсъждан по-горе. Следователно, независимо какъв е отговорът на първия въпрос на запитващата юрисдикция, той при всички случаи може да се използва като основа за твърдението, че последиците от намаляването с 25 % трябва да се неутрализират от момента на изтичането на крайния срок за транспониране на Директивата, но не и по-рано.

Г. Дискриминация, основана на пола

1. Обхватът на въпросите на запитващата юрисдикция

144. На последно място, в писменото си становище жалбоподателят твърди, че наложеното с дисциплинарното решение наказание (също така) представлява дискриминация, основана на пола, в разрез с член 157 ДФЕС (предишен член 119 ЕИО, а след това член 141 ЕО). Според жалбоподателя тази разпоредба, която за първи път влиза в сила през 1979 г., може да се използва, за да не се допуснат бъдещите последици от дисциплинарното решение по начин, сходен с предвидения в първия въпрос на запитващата юрисдикция във връзка с Директива 2000/78. В този случай обаче това би било направено от много по-ранна дата.

145. Ще отбележа следното в това отношение.

146. Запитващата юрисдикция не се е позовала на член 157 ДФЕС (или съответните членове от предшестващите актове). Всъщност жалбоподателят е единствената страна, която повдига този въпрос в писменото си становище. Може да се твърди, че разглеждането на евентуалното прилагане на член 157 ДФЕС би могло да се окаже полезно за запитващата юрисдикция. Според мен обаче Съдът не трябва да прави това, по-специално поради следните причини.

147. Първо, изобщо липсва позоваване на тази разпоредба във въпросите на запитващата юрисдикция и в преюдициалното запитване в по-общ план. Според мен, ако националната юрисдикция бе счела тази разпоредба за релевантна, тя щеше най-малкото да я посочи. Може да има много причини за такъв пропуск и би било погрешно да се приеме, че липсата на позоваване се дължи на „недоглеждане“. Въпросът тук не е дали Съдът следва да изтъкне подробностите и релевантността на малко известна законодателна разпоредба от техническо естество, която може да е била пропусната. Член 157 ДФЕС е важна разпоредба от Договора. Напротив, тъй като изложените аргументи относно член 157 ДФЕС всъщност са от основно значение за писменото становище на жалбоподателя, има голяма вероятност жалбоподателят да е предложил на запитващата юрисдикция да постави на Съда въпроси във връзка с тази разпоредба, но това предложение да е било отхвърлено.

148. Второ, съгласно член 94 от Процедурния правилник на Съда преюдициалното запитване трябва да включва по-специално релевантните факти и националната правна уредба, както и причините, поради които запитващата юрисдикция е поставила конкретните въпроси на Съда. В настоящия случай запитващата юрисдикция е изготвила акта за преюдициално запитване, без изобщо да посочва член 157 ДФЕС (или съответните членове от предшестващите актове), нито пък е посочила факти или национални актове, които евентуално са релевантни във връзка с тази разпоредба. При тези обстоятелства според мен би било в противоречие със съдебната практика[60] относно член 94 от Процедурния правилник, ако Съдът пренебрегне тези пропуски и по искане на една от страните сам предостави насоки по въпрос, който не е поставен.

149. Независимо от това в следващия раздел ще изложа някои кратки бележки, в случай че Съдът реши да отговори на доводите, изтъкнати от жалбоподателя във връзка с член 157 ДФЕС.

60 Вж. например наскоро постановените определения от 31 май 2018 г., Bán (C-24/18, непубликувано, EU:C:2018:376, т. 18 и сл.), от 7 юни 2018 г., easyJet Airline (C-241/18, непубликувано, EU:C:2018:421, т. 12 и сл.), и от 7 юни 2018 г., Filippi и др. (C-589/16, EU:C:2018:417, т. 25 и сл.).

2. Член 157 ДФЕС

150. В предложението си за отговор по първия въпрос обясних защо Директива 2000/78 допуска запазването на последиците от дисциплинарното решение. Това решение попада извън времевия обхват на Директивата. Директивата не може да се използва за преразглеждане на това решение с цел неутрализиране на някои от неговите последици. Тези доводи се прилагат mutatis mutandis по отношение на член 157 ДФЕС.

151. Ако Съдът стигне до различен извод, именно националната юрисдикция следва да определи евентуалното наличие на такава дискриминация. При все това, доколкото разбирам, основният аргумент е, че мъжете с хомосексуална ориентация са били третирани по-неблагоприятно от жените с хомосексуална ориентация[61]. Жалбоподателят изказва предположението, че ако полицейски служител от женски пол извърши хомосексуални действия с непълнолетно лице на възраст над 14 години, този служител няма да бъде обект на дисциплинарно наказание (или във всеки случай наказанието би било с по-малка тежест) за разлика от хомосексуален полицейски служител от мъжки пол, който извършва съпоставими деяния.

152. Доколкото подобно предложение трябва да съответства на фактите (с оглед на дисциплинарната практика в австрийските полицейски служби през 70-те години), което националната юрисдикция следва да провери, член 157 ДФЕС забранява дискриминация, основана на пола, по отношение на „заплащането“. Съгласно установената съдебна практика, „заплащане“ в този смисъл *не включва* плащания, направени в изпълнение на задължителните пенсионни схеми, които са класифицирани като социалноосигурителни обезщетения[62]. В съдебното заседание австрийското правителство заявява, че пенсионната схема в този случай е задължителна. Дали това наистина е така (по смисъла на съдебната практика на Съда)[63], също подлежи на проверка от националната юрисдикция. Въпреки това, въз основа на изявлението на австрийското правителство по този въпрос, тези видове плащания по принцип би трябвало да попадат извън обхвата на член 157 ДФЕС, което прави тази разпоредба неприложима към настоящия случай.

153. Ако обаче това не е така, ще трябва да се разгледа прилагането във времето на член 157 ДФЕС (и съответните членове от предшестващите актове). В това отношение препращам към съображенията ми по четвъртия и петия въпрос, които се прилагат mutatis mutandis. Освен това съгласно решения Barber[64] и Ten Oever[65] „позоваване на прякото действие на член 119 от Договора за ЕИО е възможно, за да се поиска равно третиране в областта на професионалното пенсионно осигуряване, само по отношение на обезщетенията, дължими *за периоди на заетост след 17 май 1990 г.* [датата на решение Barber], при спазване на изключението в полза на работниците или на техните правоприемници, които преди тази дата са предявили иск или са използвали равностойно правно средство за защита съгласно приложимото национално право“[66].

154. От представените в искането на запитващата юрисдикция факти обаче следва, че няма релевантен период на заетост след 17 май 1990 г.

61 Вж., a contrario, решение от 17 февруари 1998 г., Grant (C-249/96, EU:C:1998:63).

62 Вж. решение от 28 септември 1994 г., Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, т. 20—24 и цитираната съдебна практика).

63 Вж. например решения от 28 септември 1994 г., Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, т. 20—24 и цитираната съдебна практика), и от 24 ноември 2016 г., Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, т. 34 и 35).

64 Решение от 17 май 1990 г. (C-262/88, EU:C:1990:209).

65 Решение от 6 октомври 1993 г. (C-109/91, EU:C:1993:833).

66 Вж. диспозитива на решение от 6 октомври 1993 г., Ten Oever (C-109/91, EU:C:1993:833). Курсивът е мой.

V. Заключение

155. Предлагам на Съда да отговори на първия преюдициален въпрос, поставен от Verwaltungsgerichtshof (Върховен административен съд, Австрия), както следва:

„Член 2 от Директива 2000/78/ЕО на Съвета от 27 ноември 2000 г. за създаване на основна рамка за равно третиране в областта на заетостта и професиите допуска запазване на правните последици от влязло в сила по националното право административно решение в областта на дисциплинарната отговорност на държавните служители (дисциплинарно решение), с което се разпорежда принудително пенсиониране на държавен служител при намален размер на пенсията му, ако

– съответните разпоредби от правото на Съюза, и по-специално от Директива 2000/78, все още не са били релевантни за това административно решение към момента на приемането му,

– (хипотетично) подобно решение би било в противоречие с Директива 2000/78, ако беше прието по време на нейното действие“.