Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MICHALA BOBEKA
od 5. rujna 2018.[1]

Predmet C-258/17

E. B.
protiv
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Verwaltungsgerichtshof (Visoki upravni sud, Austrija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Socijalna politika – Jednako postupanje – Zabrana diskriminacije na temelju spolne orijentacije – Homoseksualni odnosi s maloljetnicima – Stegovne sankcije koje su javnom službeniku zaposlenom u policiji izrečene nakon osuđujuće presude – Održavanje na snazi učinaka stegovne odluke”

I. Uvod

1. E. B. (u daljnjem tekstu: žalitelj) rođen je 1942. godine. Dok je bio zaposlen u austrijskoj policiji, 1974. godine kazneno je osuđen za pokušaj homoseksualnih spolnih radnji s osobama koje su imale 14 i 15 godina. Žalitelju je 1975. izrečena stegovna sankcija za te radnje, koja se sastojala u prijevremenom umirovljenju iz policije i 25-postotnom umanjenju iznosa njegove mirovine.

2. Austrijsko pravo je u to vrijeme predviđalo dva zasebna kaznena djela: „oskvrnuće” (spolne radnje s osobama *mlađima od 14 godina*); i „nedoličnost” (homoseksualne spolne radnje *muškaraca* s osobama *mlađima od 18 godina*). Za potonje kazneno djelo 2002. utvrđeno je da čini neopravdanu diskriminaciju na temelju spolne orijentacije. Stavljeno je izvan snage.

3. Žalitelj u glavnom postupku u biti prigovara na činjenicu da i dalje prima umanjenu mirovinu, navodeći da su presuda kojom je osuđen za kazneno djelo i stegovna sankcija koja mu je izrečena činile diskriminaciju na temelju spolne orijentacije.

4. U tom pravnom i činjeničnom okviru, Verwaltungsgerichtshof (Visoki upravni sud, Austrija) pita je li umanjenje žaliteljeve mirovine u skladu sa zabranom diskriminacije na temelju spolne orijentacije predviđenom člankom 2. Direktive 2000/78/EZ[2], iako je izvorna stegovna odluka postala konačna prije nego što je ta direktiva stupila na snagu. Sud koji je uputio zahtjev postavlja i niz pitanja o tome kako bi i od kojeg trenutka diskriminaciju možebitno trebalo ispraviti.

1 Izvorni jezik: engleski

2 Direktiva Vijeća od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja (SL 2000., L 303, str. 16.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 1., str. 69.)

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

5. U članku 1. Direktive 2000/78 među neprihvatljivim razlozima diskriminacije spominje se i spolna orijentacija.

6. Članak 2. stavak 1. i stavak 2. točka (a), članak 3. stavak 1. točka (c) i članak 17. Direktive 2000/78 glase:

„Članak 2.

Pojam diskriminacije

1. Za potrebe ove Direktive ‚načelo jednakog postupanja' znači nepostojanje bilo kakve izravne ili neizravne diskriminacije na temelju bilo kojeg od razloga iz članka 1.

2. Za potrebe stavka 1.:

(a) smatra se da se radi o izravnoj diskriminaciji u slučaju kada se prema jednoj osobi postupa lošije [nepovoljnije] nego prema drugoj osobi ili je došlo do takvog postupanja ili je moglo doći do takvog postupanja u sličnim situacijama [nego što se postupa ili se postupalo ili bi se postupalo prema drugoj osobi u usporedivoj situaciji], zbog bilo kojeg od razloga iz članka 1.;

[…]

Članak 3.

Područje primjene

1. U granicama nadležnosti prenesenih na Zajednicu, ova se Direktiva primjenjuje na sve osobe, bilo u javnom ili privatnom sektoru, uključujući javna tijela, u odnosu na:

[…]

(c) zapošljavanje i uvjete rada, uključujući otkaze i plaće;

[…]

Članak 17.

Sankcije

Države članice donose pravila o sankcijama koja se primjenjuju na kršenja odredbi nacionalnog prava donesenih u skladu s ovom Direktivom, a poduzimaju i sve potrebne mjere kako bi se osigurala primjena tih pravila. Sankcije, koje mogu uključivati isplatu odštete žrtvi, moraju biti djelotvorne, proporcionalne i odvraćajuće. Države članice o tim odredbama obavješćuju Komisiju najkasnije do 2. prosinca 2003., a neodgodivo je obavješćuju i o svakoj naknadnoj izmjeni koja bi na te odredbe mogla utjecati."

7. U prvoj rečenici članka 18. zahtijeva se da se direktiva u nacionalna prava prenese do, načelno, 2. prosinca 2003.

B. Nacionalno pravo

1. Kazneno pravo

8. Članci 128. i 129. Strafgesetza (Kazneni zakon) (u daljnjem tekstu: StG) primjenjivali su se 25. veljače 1974. u verziji uvedenoj Bundesgesetzom objavljenim u BGBl.-u br. 273/1971 (u daljnjem tekstu: Savezni zakon iz 1971.). Predviđali su sljedeće:

„Oskvrnuće

Članak 128.

Svaka osoba koja, […] u svrhu seksualnog zadovoljstva, spolno zlostavlja dječaka ili djevojčicu mlađe od 14 godina na način različit od onog koji je naveden u članku 127. čini kazneno djelo oskvrnuća, za koje se izriče kazna zatvora od jedne do pet godina, do deset godina ako postoje ozbiljne otegotne okolnosti te do dvadeset godina ako nastupi neka od posljedica iz članka 126.

Kazneno djelo nedoličnosti

[…]

Članak 129.

Kao kazneno djelo sankcioniraju se i sljedeći oblici nedoličnosti:

I. Istospolna nedoličnost koju bilo koja muška osoba s najmanje osamnaest godina izvrši s osobom koja još nije navršila osamnaest godina."

9. Dakle, navedene odredbe su predviđale različite dobne granice za pristanak na homoseksualne odnose (18 godina), s jedne strane, i heteroseksualne ili lezbijske odnose (14 godina), s druge.

10. Pravni položaj je bio isti i na temelju članaka 207. i 209. Strafgesetzbucha (Kazneni zakonik) (u daljnjem tekstu: StGB), koji je stupio na snagu 1. siječnja 1975.

11. Verfassungsgerichtshof (Ustavni sud, Austrija) presudom od 21. lipnja 2002.[3] članak 209. StGB-a (koji je odgovarao članku 129. stavku I. StG-a) proglasio je neustavnim. Stavljen je izvan snage s učinkom od 28. veljače 2003.

12. Austrijski zakonodavac je izmjenom StGB-a izvršenom Bundesgesetzom objavljenim u BGBl.-u I br. 134/2002 (u daljnjem tekstu: Savezni zakon br. 134/2002), koji je stupio na snagu 13. kolovoza 2002., članak 209. StGB-a stavio izvan snage prije nego što je takav učinak izazvala odluka Verfassungsgerichtshofa (Ustavni sud).

3 Presuda VfGH-a od 21. lipnja 2002., G 6/02 ECLI:AT:VFGH:2002:G6.2002

13. Europski sud za ljudska prava (ESLJP) donio je protiv Austrije presude u vezi s primjenom članka 209. StGB-a. Taj je sud u presudi L. i V. protiv Austrije zaključio, u biti, da su člankom 209. StGB-a povrijeđeni članci 8. i 14. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava (u daljnjem tekstu: EKLJP), jer zakonodavac nije pružio adekvatno opravdanje različitih dobnih granica za pristanak na homoseksualne odnose s odraslim osobama, s jedne strane, i heteroseksualne ili lezbijske odnose s odraslim osobama, s druge [4].

2. Zakon o javnim službenicima

14. U skladu s člankom 13. stavkom 1. Beamten-Dienstrechtsgesetza 1979 (Zakon iz 1979. o uvjetima obavljanja službe javnih službenika) (u daljnjem tekstu: BDG 1979.), u verziji te odredbe koja proizlazi iz Bundesgesetza objavljenog u BGBl.-u I br. 119/2002 (u daljnjem tekstu: Savezni zakon br. 119/2002), javni službenici su do 30. prosinca 2016. u mirovinu išli na posljednji dan svoje 65. godine.

15. Da mu nije izrečena stegovna sankcija, taj dan bi za žalitelja, rođenog 1942., bio 1. siječnja 2008. Glavne odredbe o izračunavanju mirovina u to su se vrijeme nalazile u Pensionsgesetzu (PG) 1965 (Zakon o mirovinama iz 1965.), u verziji koja je stupila na snagu na temelju Bundesgesetza objavljenog u BGBl.-u I br. 53/2007 (u daljnjem tekstu: Savezni zakon iz 2007.). Te su odredbe sadržavale pravila o načinu izračunavanja mirovina, uključujući o uzimanju u obzir datuma stupanja u službu i njezina trajanja.

3. Uredba o policijskoj službi

16. Stegovna odluka na štetu žalitelja od 10. lipnja 1975. donesena je na temelju tada primjenjivog Dienstpragmatika (Uredba o policijskoj službi, RGBl. br. 15/1914) (u daljnjem tekstu: DP). Članci 24. i 87. DP-a predviđali su sljedeće:

„Ponašanje

Članak 24.

(1) Javni službenik mora, i unutar i izvan svoje službe, čuvati reputaciju struke, čitavo se vrijeme ponašati u skladu s pravilima ponašanja i izbjegavati sve radnje koje bi mogle narušiti ugled i povjerenje koje njegov položaj nalaže.

[…]

Stegovne sankcije

Članak 87.

Javnim službenicima koji povrijede svoje profesionalne i službene obveze izriču se, ne dovodeći u pitanje njihovu kaznenu odgovornost, upravne ili stegovne sankcije, ovisno o tome radi li se samo o povredi upravnih pravila ili se pak, s obzirom na ugrožavanje ili povredu interesa države te zbog ozbiljnosti povrede, njezina ponavljanja ili drugih otegotnih okolnosti, radi o povredi obveza službe."

4 Presuda ESLJP-a od 9. siječnja 2003., L. i V. protiv Austrije (CE:ECHR:2003:0109JUD003939298); također vidjeti presude od 9. siječnja 2003., S. L. protiv Austrije (CE:ECHR:2003:0109JUD004533099), i od 21. listopada 2004., Woditschka i Wilfling protiv Austrije (CE:ECHR:2004:1021JUD006975601).

III. Činjenično stanje, postupak i prethodna pitanja

17. Žalitelj, koji je rođen 1. siječnja 1942., je u mirovini.

18. On je 10. rujna 1974., dok je bio djelatni policijski službenik, osuđen za pokušaj počinjenja kaznenog djela istospolne nedoličnosti u smislu članka 129. I StG-a. Osuđen je na kaznu zatvora od tri mjeseca uz izricanje uvjetne osude s rokom kušnje od tri godine. Žalba koju je podnio protiv te prvostupanjske odluke odbijena mu je.

19. Žalitelj je odlukom Stegovnog odbora Bundespolizeidirektiona Wien (Glavna uprava savezne policije, Beč, Austrija) (u daljnjem tekstu: BPD-Wien) od 10. lipnja 1975. proglašen krivim za:

„povredu službene dužnosti (članak 24. stavak 1. [DP-a]) jer je 25. veljače 1974. u večernjim satima u bečkom parku Prater, dok nije bio na dužnosti, od 15-godišnjeg W-a i 14-godišnjeg H-a zatražio da ga ručno seksualno zadovolje, zbog čega je osuđen za pokušaj istospolne nedoličnosti s mladim osobama u smislu članka 128. i članka 129. I StG-a.

On je time počinio stegovnu povredu (članak 87. DP-a). Ovaj mu Odbor stoga izriče stegovnu kaznu prisilnog trajnog umirovljenja uz umanjenje mirovine od 25 % u odnosu na standardnu (članak 93. stavak 1. točka (d) u vezi s člankom 97. stavkom 1. DP-a).”

20. Žaliteljeva žalba je odbijena odlukom od 24. ožujka 1976. Žalitelj je stoga bio prisiljen umiroviti se 1. travnja 1976.

21. Mirovina na koju je žalitelj imao pravo izračunana je odlukom od 17. svibnja 1976. na temelju njegova umirovljenja 1. travnja 1976. te uzimanjem u obzir umanjenja od 25 % koje je odredilo stegovno tijelo.

22. Na raspravi je potvrđeno da je žalitelj od tog datuma počeo primati umanjenu mirovinu.

23. Kako je navedeno u točkama 11. i 12. ovog mišljenja, članak 209. StGB-a (koji je odgovarao članku 129. I StG-a) proglašen je odlukom Verfassungsgerichtshofa (Ustavni sud) od 21. lipnja 2002. neustavnim te ga je austrijski zakonodavac kasnije te godine stavio izvan snage.

24. Žalitelj je dopisom od 2. lipnja 2008. stegovnom tijelu podnio, među ostalim, zahtjeve za poništenje stegovne odluke od 10. lipnja 1975. ili, podredno, za to da se utvrdi da su pravni učinci te stegovne odluke počevši od 21. lipnja 2002. prestali važiti. Zahtijevao je i isplatu plaće za određena razdoblja službe te je, podredno, navodio da mu se mirovina od 21. lipnja 2002. nadalje nije trebala umanjivati.

25. Ti su zahtjevi odbijeni.

26. Žalitelj je 11. veljače 2009. tijelu nadležnom za javne službe i mirovine podnio zahtjev za izračun i naknadnu isplatu plaće i više mirovine. Prije svega je naveo da se, iz perspektive prava na plaću i mirovinu, a s ciljem izbjegavanja (trajne) diskriminacije, treba smatrati kao da je do navršetka zakonske dobi umirovljenja bio aktivno zaposlen. Podredno je tvrdio da je u najmanju ruku imao pravo na puni iznos mirovine.

27. Ti su zahtjevi odbijeni. Tužba koju je podnio protiv te odluke Bundesverwaltungsgerichtu (Savezni upravni sud, Austrija) također mu je odbijena. On je protiv te presude uložio reviziju Verwaltungsgerichtshofu (Visoki upravni sud), sudu koji je uputio zahtjev u ovom predmetu.

28. Sud koji je uputio zahtjev u tom zahtjevu pretpostavlja da stegovna odluka poput one donesene protiv žalitelja više nije dopuštena otkad se Direktiva 2000/78 primjenjuje u Austriji. U nedostatku ikakvih (novih) razloga kojima bi se opravdala različita dobna granica za pristanak na homoseksualne odnose muškaraca s odraslim osobama, s jedne strane, i heteroseksualne ili lezbijske odnose s odraslim osobama, s druge, nije dopušteno, čak ni za potrebe stegovnog postupka, razlikovati situaciju u kojoj odrasla osoba maloljetnika potiče na činjenje homoseksualnih spolnih radnji između muškaraca, s jedne strane, od situacije u kojoj odrasla osoba takvog maloljetnika potiče na heteroseksualne ili lezbijske spolne radnje, s druge.

29. Sud koji je uputio zahtjev navodi da „nema apsolutno nikakve dvojbe" da je stegovna odluka u pitanju donesena na temelju takvog razlikovanja, s obzirom na to da je njezin glavni razlog bila činjenica da je ponašanje za koje je žalitelj optužen (tada) bilo zakonom kažnjivo kazneno djelo. Iako nije nezamislivo da bi se takvo poticanje na heteroseksualne ili lezbijske spolne radnje smatralo povredom dužnosti, eventualno donesena stegovna odluka bila bi „neusporedivo blaža" da nije bilo sastavnih elemenata kaznenog djela predviđenog u članku 129. I StG-a.

30. S obzirom na navedeno, sud koji je uputio zahtjev pita se na koji način stupanje na snagu Direktive 2000/78 i zabrana diskriminacije na temelju spolne orijentacije utječe na tekuće isplate mirovine žalitelju. Verwaltungsgerichtshof (Visoki upravni sud) odlučio je prekinuti postupak i Sudu uputiti sljedeća prethodna pitanja:

„1. Protivi li se članku 2. [Direktive 2000/78] održavanje na snazi pravnih učinaka konačne odluke upravnog tijela u području službeničkog stegovnog prava (odluka u stegovnom postupku) kojom se nalaže odlazak službenika u mirovinu uz umanjenje mirovine, ako

   na navedenu odluku upravnog tijela u trenutku njezina donošenja još nisu bile primjenjive odredbe prava Unije, osobito Direktive 2000/78, ali

   bi istovjetna (hipotetska) odluka bila protivna Direktivi 2000/78 da je donesena u vrijeme njezine primjenjivosti?

2. U slučaju pozitivnog odgovora, je li za uspostavu situacije bez diskriminacije,

   (a) na temelju prava Unije obvezno u svrhu određivanja mirovine smatrati da službenik u razdoblju između stupanja na snagu odluke upravnog tijela i njegove zakonske dobi za odlazak u mirovinu nije bio u mirovini nego da je bio u službi, ili je

   (b) u tu svrhu dostatno kao primjerenu priznati neumanjenu mirovinu koja proizlazi iz prisilnog umirovljenja u trenutku navedenom u odluci upravnog tijela?

3. Ovisi li odgovor na drugo pitanje o tome je li službenik prije navršavanja dobi za mirovinu proaktivno nastojao stvarno biti primljen u službu u saveznoj javnoj upravi?

4. Ako Sud bude smatrao da je dostatno odustati od postotnog umanjenja mirovine (po potrebi ovisno o okolnostima navedenima u trećem pitanju):

   Može li zabrana diskriminacije iz Direktive 2000/78 opravdati prvenstvo primjene pred protivnim nacionalnim pravom koje nacionalni sud mora uzeti u obzir pri određivanju mirovine i za razdoblja prije nego što je Direktiva 2000/78 postala izravno primjenjiva unutar država članica?

5. U slučaju pozitivnog odgovora na četvrto pitanje: na koji se trenutak odnosi takvo ‚retroaktivno djelovanje'?"

31. Pisana očitovanja podnijeli su žalitelj, talijanska i austrijska vlada i Europska komisija. Te su zainteresirane stranke, osim talijanske vlade, iznijele i usmena očitovanja, na raspravi održanoj 29. svibnja 2018.

IV. Ocjena

32. Je li moguće pozvati se na novo pravno pravilo u svrhu pobijanja trajnih posljedica upravne odluke koja je donesena i postala konačna prije nego što se to pravilo počelo primjenjivati? To je temeljno pitanje koje sud koji je uputio zahtjev otvara svojim prvim pitanjem.

33. U okolnostima poput onih u glavnom postupku, smatram da na to pitanje treba negativno odgovoriti.

34. S obzirom na odgovor koji predlažem na prvo pitanje (odjeljak A u nastavku), na preostala pitanja nije potrebno odgovoriti. Unatoč tomu, za slučaj da Sud dođe do drukčijeg zaključka, kratko ću razmotriti i probleme koje ta pitanja otvaraju (odjeljci B i C), kao i relevantnost članka 157. UFEU-a (nekadašnji članak 141. UEZ-a) za predmetni slučaj. Potonja se odredba ne spominje u pitanjima suda koji je uputio zahtjev, ali je na nju uputio žalitelj (odjeljak D).

A. Prvo pitanje

35. Ako je upravna odluka, koja se tiče diskriminacije na temelju spolne orijentacije te kojom su umanjena mirovinska prava, postala konačna prije nego što je takva diskriminacija zabranjena Direktivom 2000/78, je li nastavak primjene tog umanjenja mirovinskih prava zabranjen sada kada je direktiva na snazi? To je bit prvog pitanja suda koji je uputio zahtjev.

36. U skladu s odlukom kojom se upućuje prethodno pitanje, prvo se pitanje ne odnosi na valjanost odluke o određivanju prisilnog umirovljenja i umanjenju žaliteljevih mirovinskih prava. Žalitelj je to pobijao 1970-ih te je to ponovno pokušao (neuspješno) nakon što je sporna kaznenopravna odredba stavljena izvan snage.

37. Umjesto toga, u dijelu u kojem se upravna odluka odnosila na diskriminaciju, sud koji je uputio zahtjev prvim pitanjem pita protivi li se Direktivi 2000/78 *održavanje na snazi učinaka* te odluke u smislu *trajno umanjenih mirovinskih prava*.

38. Razmatranje tog pitanja započet ću podsjećanjem na opći pristup Suda u pogledu vremenske primjene novih pravila na tekuće učinke ranije nastalih situacija (poglavlje 1.). Potom ću se okrenuti konkretnom pristupu Suda u predmetima u vezi s mirovinama (poglavlje 2.). Nakon toga ću izložiti sudsku praksu o tekućim odnosima (poglavlje 3.) i opseg obveze preispitivanja ranijih odluka (poglavlje 4.). Na kraju ću te zaključke primijeniti na predmetni slučaj (poglavlje 5.).

39. Međutim, prije analize tih pitanja potrebno je iznijeti dvije napomene.

40. Kao prvo, čini se da postoji konsenzus oko činjenice da razlika u *kaznenom* tretmanu spolnih odnosa s maloljetnicima, ovisno o tome radi li se o homoseksualnim ili heteroseksualnim odnosima, kakva je 1974. postojala u austrijskom pravu, *danas* ne bi bila prihvatljiva. Logično, isto bi vrijedilo i za isticanje žaliteljeve spolne orijentacije u obrazloženju *stegovne* odluke. Austrijska vlada nije osporila nijedan od tih navoda. Međutim, istaknula je, pri čemu joj u tom pogledu nitko nije proturječio, da su i kaznena i stegovna sankcija 1974. i 1975. bile sasvim zakonite prema austrijskom pravu. Navela je i da su te sankcije bile u skladu s tada prevladavajućim europskim standardima, koji su se otad promijenili.

41. Kao drugo, u kontekstu ovog predmeta puno je nejasniji točan odnos između kaznene i stegovne sankcije u glavnom postupku. Osobito, prilično se opsežno raspravljalo, kako u okviru pisanih očitovanja tako i na raspravi, o tome je li stegovna sankcija (određene težine) bila nužna posljedica osuđujuće presude. S jedne strane, za razliku od kaznenog zakonika, u (prilično općenito oblikovanim[5]) stegovnim pravilima za javne službenike nije se pravila formalna razlika između ponašanja ovisno o tome jesu li bila homoseksualne ili heteroseksualne naravi. S druge strane, sud koji je uputio zahtjev naveo je u odluci kojom je taj zahtjev upućen da bi izrečene stegovne mjere bile „neusporedivo blaže" da nije bilo osuđujuće presude.

42. Kao odgovor na pitanja o točnom odnosu između kaznenih i stegovnih sankcija, austrijska vlada navela je da postojanje konačne kaznene sankcije protiv policijskog službenika 1974. nije nužno bilo dovoljno za njegovo automatsko otpuštanje[6]. Međutim, takva presuda nije bila nužna ni za izricanje stegovnih sankcija. Od austrijskih policijskih službenika su se 1974. zahtijevali najviši standardi ponašanja, kako na dužnosti tako i izvan nje. Stoga, činjenica da za određeno ponašanje nije donesena osuđujuća presuda (ili da ono uopće nije bilo propisano kao kazneno djelo) nije značila da ono nije bilo problematično iz perspektive stegovnih pravila. Austrijska vlada je u tom pogledu navela, a da joj nitko nije proturječio, da bi se pokušaji 32-godišnjeg policijskog službenika da u javnom parku 14-godišnjaka i 15-godišnjaka navede na spolni odnos teško smatrali primjernim ponašanjem, *neovisno* o spolnoj orijentaciji. Sud koji je uputio zahtjev potvrdio je da bi se i istovjetno heteroseksualno navođenje maloljetnika na spolni odnos u javnom parku tumačilo kao povreda dužnosti koja je u to vrijeme podlijegala stegovnom postupku.

43. Iz tih navoda izvlačim dva zaključka. Kao prvo, čini se da se *samô postojanje* konačne osuđujuće presude policijskog službenika po definiciji moralo smatrati povredom njegovih profesionalnih obveza. Prilično je jasno da su standardi ponašanja za policijske službenike viši od pukog „nepočinjenja kaznenih djela". U tom je smislu stoga sasvim logično da je postojanje osuđujuće presude po definiciji imalo izravne posljedice na raspon zamislivih sankcija, čineći ih „(ne)usporedivo strožima" u odnosu na slučajeve u kojima nije izrečena osuđujuća presuda[7]. Kao drugo, također mi se čini da osuđujuća presuda, pored te jednostrane posljedice (od postojanja osuđujuće presude do stegovne sankcije) u smislu težine stegovne sankcije, *nije bila nužan preduvjet* za izricanje te stegovne sankcije.

1. Vremenska primjenjivost novih pravila

a) Opći pristup

44. Prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, novo pravilo u načelu se primjenjuje odmah, bez odgode, na „buduće učinke situacije nastale primjenom starog pravila" i načelo zaštite legitimnog očekivanja ne može se proširiti do te mjere da, „općenito govoreći", sprečava primjenu novog pravila na buduće učinke situacija nastalih primjenom starog pravila"[8].

45. Međutim, kako bi se osiguralo poštovanje načelâ pravne sigurnosti i zaštite legitimnih očekivanja, materijalne odredbe prava Unije treba tumačiti na način da se primjenjuju na „okolnosti nastale prije njihova stupanja [na snagu]" samo u mjeri u kojoj „iz njihova teksta, svrhe ili strukture [jasno] proizlazi da im treba pripisati takav učinak"[9].

5 Članak 24. DP-a, citiran u točki 16. ovog mišljenja

6 Dodavši da, u skladu s važećim nacionalnim pravilima, konačna osuđujuća presuda javnog službenika automatski rezultira prestankom radnog odnosa *ex lege*, bez potrebe za donošenjem stegovne odluke u tom pogledu.

7 Kako je zapravo i proizlazilo iz teksta tada primjenjivog članka 87. DP-a (vidjeti točku 16. ovog mišljenja).

8 Vidjeti, primjerice, presude od 16. svibnja 1979., Tomadini (84/78, EU:C:1979:129, t. 21.), i od 6. listopada 2015., Komisija/Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647, t. 49.).

9 Presuda od 6. listopada 2015., Komisija/Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647, t. 50.)

46. U skladu s jednom drugom formulom koju Sud koristi, novo pravno pravilo „ne primjenjuje [se] na pravne situacije nastale i konačno okončane za vrijeme važenja prethodnog zakona, [ali se] primjenjuje na buduće učinke tih situacija kao i na nove pravne situacije. Drukčije vrijedi, poštujući načelo zabrane retroaktivnosti pravnih akata, samo u slučaju kada se uz novo pravilo donesu posebne odredbe kojima se izričito određuju uvjeti njegove vremenske primjene” [10].

47. Opća pravila koja proizlaze iz tih predmeta stoga je moguće opisati na sljedeći način: (i.) neprimjena novih pravila na „konačno okončane situacije”, koje su nastale i odlučene za vrijeme važenja starih pravila, i (ii.) primjena novih pravila na buduće učinke „postojećih situacija”, koje proizvode trajne učinke. Nadalje, starije činjenice će se u novoj pravnoj ocjeni koja se provodi na temelju novih pravila u obzir uzeti samo ako je takva ocjena predviđena ili nužna s obzirom na narav ili strukturu tih pravila.

48. Isti pristup postoji i u kontekstu pristupanja nove države članice Europskoj uniji [11], kako u pogledu nacionalne primjene (novih) pravila Unije tako i u pogledu nadležnosti Suda da u prethodnim postupcima odgovara na pitanja povezana s takvim situacijama. Prošle činjenice (to jest činjenice nastale prije pristupanja) mogu se uzeti u obzir ako su relevantne te ih je potrebno (ponovno) ocijeniti u postupku primjene novog zakona/novih zakona donesenog/ih nakon pristupanja [12]. Tako, primjerice, nije bilo na Sudu da u biti počne meritorno preispitivati, nakon pristupanja, jesu li neke odredbe potrošačkog ugovora sklopljenog prije pristupanja bile nepoštene, unatoč tomu što se taj ugovor zapravo primjenjivao i nakon pristupanja [13]. Nasuprot tomu, Sud je bio nadležan ocijeniti je li nacionalno zakonodavstvo kojim je utvrđena gornja granica zateznih kamata u kontekstu pravnog posla sklopljenog znatno prije pristupanja, ali koji je učinke proizvodio i nakon pristupanja (kada je izvršen i konačan izračun kamata), bilo u skladu s pravom Unije [14].

b) Predmet Ciola

49. Žalitelj i Komisija su se u svojim pisanim i usmenim očitovanjima uvelike pozivali na odluku Suda u predmetu Ciola [15]. Tu odluku doista treba detaljno promotriti, jer pokazuje na koji se način opće smjernice izložene u prethodnom ulomku primjenjuju u okviru konkretnog predmeta.

50. Čarobni datum u predmetu Ciola bio je 1. siječnja 1995., kada je Austrija pristupila Europskim zajednicama. Pravo EZ-a je na taj datum, uključujući pravila o slobodi kretanja, naravno, uz iznimku izričitih odstupanja, sasvim stupilo na snagu i odmah postalo u cijelosti primjenjivo u toj novoj državi članici.

51. Društvo E. Ciole bilo je vlasnik te je iznajmljivalo 200 vezova za rekreacijska plovila na austrijskom dijelu Bodenskog jezera. Upravnom odlukom iz 1990. utvrđeno je da se stranim državljanima može iznajmiti najviše 60 vezova [16]. Svake se godine morao dostaviti popis vezova iznajmljenih stranim državljanima [17].

10 Presuda od 26. ožujka 2015., Komisija/Moravia Gas Storage (C-596/13 P, EU:C:2015:203, t. 32.)

11 Koji se, na neki način, ne razlikuje načelno, nego samo u opsegu (s obzirom na to da je čitav pravni poredak zapravo „izmijenjen”).

12 Vidjeti, primjerice, presude od 14. lipnja 2007., Telefónica O2 Czech Republic (C-64/06, EU:C:2007:348) (postupak pred tijelom bio je u tijeku na datum pristupanja, odluka je donesena nakon pristupanja); od 22. prosinca 2010., Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816, t. 22. do 27.) (zahtjev za odobrenje podnesen je prije pristupanja, nova odluka je usvojena nakon pristupanja); od 24. studenoga 2011., Circul Globus Bucureşti (C-283/10, EU:C:2011:772, t. 29.) (ugovor o licenciji sklopljen je prije pristupanja, navodna povreda pravâ intelektualnog vlasništva dogodila se nakon pristupanja); od 12. rujna 2013., Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, t. 30.) (ugovor o radu sklopljen je prije pristupanja, umirovljenje je nastupilo nakon pristupanja); i od 3. rujna 2014., X (C-318/13, EU:C:2014:2133, t. 21. do 24.) (nesreća na radu se dogodila prije pristupanja, povezani pravni akt pobijao se nakon pristupanja).

13 Presuda od 10. siječnja 2006., Ynos (C-302/04, EU:C:2006:9)

14 Presuda od 15. prosinca 2016., Nemec (C-256/15, EU:C:2016:954)

15 Presuda od 29. travnja 1999. (C-224/97, EU:C:1999:212)

16 Presuda od 29. travnja 1999., Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, t. 3. i 4.)

17 Mišljenje nezavisnog odvjetnika J. Mischoa u predmetu Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, t. 5.)

52. Dana 10. srpnja 1996. (18 mjeseci nakon pristupanja), donesena je nova pojedinačna odluka kojom je utvrđeno da je odnosno društvo u siječnju i svibnju 1995. stranim državljanima iznajmilo dva veza više od kvote od 60. E. Cioli izrečena je novčana kazna za svaku od tih povreda upravne odluke iz 1990.[18]. Protiv te odluke iz 1996. E. Ciola podnio je tužbu. Predmet je upućen ovom Sudu, pri čemu se drugo pitanje suda koji je uputio zahtjev izričito odnosilo na vremensko područje primjene odnosne zabrane, s obzirom na to da je izvorna upravna odluka postala konačna prije pristupanja.

53. Sud je svoje obrazloženje započeo potvrdom da se kvota za iznajmljivanje vezova stranim državljanima protivila pravilima o slobodnom kretanju usluga. Međutim, dodao je da se „spor ne odnosi na sudbinu samog upravnog akta, u ovom slučaju odluke od 9. kolovoza 1990., nego na pitanje mora li se takav akt zanemariti *prilikom ocjene valjanosti kazne koja je izrečena* [nakon datuma pristupanja] za povredu obveze utvrđene tom odlukom, zbog njezine neusklađenosti s načelom slobode pružanja usluga”[19]. Sud je zaključio da se takav akt mora zanemariti.

54. Žalitelj se u ovom predmetu poziva na presudu Ciola navodeći da je njome zapravo utvrđeno da osoba koja trpi negativne posljedice upravne odluke ima pravo neutralizirati te učinke ako bi ta odluka, hipotetski, *bila* protivna novim pravnim pravilima da je donesena nakon stupanja tih novih pravila na snagu.

55. Međutim, takav zaključak ne proizlazi iz presude Ciola. Tužitelj je u predmetu Ciola pobijao *valjanost novčane kazne* koja je izrečena odlukom donesenom *nakon stupanja na snagu* pravila o slobodnom kretanju u Austriji. Osim toga, novčana je kazna izrečena *za radnje* društva E. Ciole – iznajmljivanje vezova u siječnju i svibnju 1995. – koje su *same* izvršene nakon pristupanja.

56. Stoga je prilično jasno da se u predmetu Ciola radilo o novoj primjeni novih propisa donesenih nakon pristupanja, što je logično bilo nužno kako bi se ocijenila nova situacija. Činjenice nastale nakon pristupanja (iznajmljivanje vezova) imalo se ispitati i usporediti s novim propisima donesenim nakon pristupanja (nacionalni propisi unaprijed prilagođeni da bi bili u skladu novoprimjenjivim pravilima Unije). Osim toga, očito je da nije bilo „neutralizacije” (prošlih) učinaka odluke iz 1990. u smislu koji žalitelj sugerira. Sud nije naveo da je tu odluku trebalo preispitati niti da je trebalo platiti ikakvu naknadu štete za njezino ranije postojanje. Umjesto toga, zahtijevalo se samo da se ta stara odluka, koja je postala protivna novom zakonu donesenom nakon pristupanja, ne može više primjenjivati prilikom nove primjene zakona u kontekstu izricanja upravnih kazni nakon pristupanja.

2. Konkretna sudska praksa o mirovinama

57. Opći pristup opisan u prethodnom poglavlju primjenjuje se i u kontekstu Direktive 2000/78 i mirovinskih sustava[20]. Međutim, točan *način* primjene tih pravila u pojedinačnim slučajevima nije nužno sam po sebi očit. Posebnosti mirovinskih sustava ne mogu se zanemariti. Prava se stječu te se mirovine isplaćuju desetljećima, tijekom čega se zakoni mogu znatno promijeniti. Problem je još osjetljiviji zbog činjenice da se mirovinski sporovi mogu odnositi na velike količine novca za pojedinca i, ukupno gledano, državne i privatne mirovinske fondove.

58. To značajno obilježje vidljivo je u svim presudama o mirovinama koje će se razmatrati u ovom poglavlju. Velika većina tih predmeta odnosi se na odluke o mirovinama usvojene *nakon* stupanja novih pravila na snagu.

18 Presuda od 29. travnja 1999., Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, t. 8.); mišljenje nezavisnog odvjetnika J. Mischoa u predmetu Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, t. 6.)

19 Presuda od 29. travnja 1999., Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, t. 25. i 34.), moje isticanje. Također vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika J. Mischoa u predmetu Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, t. 40. do 43.).

20 Presude od 1. travnja 2008., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179), i od 10. svibnja 2011., Römer (C-147/08, EU:C:2011:286). Međutim, određeni su mirovinski sustavi isključeni iz područja primjene Direktive 2000/78, u skladu s njezinim člankom 3. stavkom 3.

a) Stare činjenice, novi propisi i potreba za novom odlukom

59. Mnogo je presuda koje se odnose konkretno na mirovine u kojima je Sud potvrdio da se prilikom određivanja prava na mirovinu u obzir moraju uzeti činjenice koje su nastupile prije stupanja na snagu novih pravila o zabrani diskriminacije (osobito onih u pogledu trajanja službe).

60. Tako su se, primjerice, predmeti Bruno i O'Brien [21] odnosili na jednako postupanje prema radnicima koji su radili nepuno radno vrijeme i onima koji su radili puno radno vrijeme, koje je predviđeno Direktivom 97/81/EZ [22]. Sud je u tim predmetima utvrdio da su se u ocjeni je li pojedinac imao pravo na mirovinu u obzir morala uzeti razdoblja nepunog radnog vremena koja su prethodila stupanju te direktive na snagu [23]. Pravo na mirovinu se i u predmetu Bruno i u predmetu O'Brien određivalo *nakon* stupanja direktive na snagu [24].

61. To je vrijedilo i za predmete Barber [25] i Ten Oever [26], u kojima se radilo o navodnoj diskriminaciji na temelju spola zabranjenoj člankom 119. UEEZ-a. Pravo na mirovinu se u tim predmetima utvrđivalo *nakon* stupanja članka 119. UEEZ-a na snagu [27].

62. U predmetu Maruko [28] radilo se o uskrati prava na mirovinu za nadživjelog člana obitelji koja je bila posljedica diskriminacije na temelju spolne orijentacije zabranjene Direktivom 2000/78. Kao u predmetu Ten Oever [29], relevantni je događaj nastupio te je nova odluka donesena (smrt partnera i odluka o uskrati mirovine za nadživjelog člana obitelji) *nakon* isteka roka za prenošenje te direktive [30].

63. Predmeti Kauer i Duchon u bitnome su se odnosili na diskriminaciju na temelju državljanstva [31]. U tim predmetima, žalitelji su zahtjev za mirovinu u Austriji podnijeli *nakon* pristupanja te su zatražili da se u obzir uzmu određene činjenice koje su nastale u drugim državama članicama i prije pristupanja (u predmetu Kauer to su bila razdoblja odgoja djeteta, a u predmetu Duchon radilo se o nesrećama povezanoj s radom koja je dovela do nesposobnosti za rad).

64. Ukratko, svi gore navedeni predmeti o mirovinama odnose se na situacije u kojima se prilikom donošenja odluke *nakon* početka primjene novog zakona u obzir uzimaju činjenice nastale prije primjene tog novog zakona. To savršeno odgovara uzorku gore navedene opće sudske prakse: postoji trajna činjenična situacija u odnosu na koju je potrebno provesti novu pravnu ocjenu nakon stupanja novog zakona na snagu. U takvim je situacijama sasvim logično, posebno u kontekstu socijalne sigurnosti, da se u obzir uzmu svi relevantni činjenični elementi nastali prije početka primjene novog zakona.

21 Presude od 10. lipnja 2010., Bruno i dr. (C-395/08 i C-396/08, EU:C:2010:329), i od 1. ožujka 2012., O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110)

22 Direktiva Vijeća od 15. prosinca 1997. o Okvirnom sporazumu o radu s nepunim radnim vremenom koji su sklopili UNICE, CEEP i ETUC – Prilog: Okvirni sporazum o radu s nepunim radnim vremenom (SL 1998., L 14, str. 9.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 3., str. 131.)

23 Presude od 10. lipnja 2010., Bruno i dr. (C-395/08 i C-396/08, EU:C:2010:329, t. 55.), i od 1. ožujka 2012., O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, t. 24. i 25.)

24 U predmetu O'Brien to je bilo 2005. Što se tiče predmeta Bruno, Sud je ne potvrđuje izričito, ali činjenica da nijedna od protivnih stranaka nije bila umirovljena proizlazi iz točke 12. presude. Nezavisna odvjetnica E. Sharpston u svojem je mišljenju u predmetu Bruno navela da se „Direktiva 97/81 stoga primjenjuje na izračun tjedana relevantnih za stjecanje prava na mirovinu koje se razmatra u glavnom postupku, *ako nijedna od protivnih stranaka u glavnom postupku nije trajno umirovljena prije stupanja direktive na snagu*. Na nacionalnom je sudu da utvrdi je li to slučaj". Mišljenje nezavisne odvjetnice E. Sharpston u spojenim predmetima Bruno i dr. (C-395/08 i C-396/08, EU:C:2010:28, t. 40.). Moje isticanje

25 Presuda od 17. svibnja 1990. (C-262/88, EU:C:1990:209)

26 Presuda od 6. listopada 1993. (C-109/91, EU:C:1993:833)

27 U predmetu Ten Oever, navodno pravo na mirovinu za nadživjelog člana obitelji nastalo je nakon smrti bračnog druga 1988. D. H. Barber je otpušten 1980.

28 Presuda od 1. travnja 2008. (C-267/06, EU:C:2008:179)

29 Presuda od 6. listopada 1993. (C-109/91, EU:C:1993:833)

30 Vidjeti presudu od 1. travnja 2008., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, t. 21.).

31 Presude od 7. veljače 2002., Kauer (C-28/00, EU:C:2002:82), i od 18. travnja 2002., Duchon (C-290/00, EU:C:2002:234)

65. Zato smatram da ta sudska praksa nije primjenjiva na ovaj predmet, u kojem činjenice, primjenjivo pravo, kao i sama upravna odluka, prethode stupanju novog zakona na snagu. Jedine činjenice nastale nakon njegova stupanja na snagu su isplate mirovine žalitelju.

66. To osobito smatram zato što navodno diskriminirajuća odluka iz ovog predmeta uključuje ocjenu i primjenu propisa na činjenice koje same nisu *izravno* povezane s pravom na mirovinu ili njezinim izračunom. Navodna diskriminacija odnosi se na stegovnu odluku kojom je žalitelju, nakon što je potvrđena njegova krivnja, izrečena dvostruka stegovna sankcija [32]. Naravno, ne može se zanijekati da je ta odluka utjecala na žaliteljevu mirovinu [33]. Međutim, za razliku od predmeta o kojima se raspravljalo u ovom ulomku, predmetni slučaj ne uključuje, primjerice, objektivne uvjete za stjecanje prava povezane s osobnom situacijom ili razdobljima službe. Umjesto toga, odnosi se na temeljnu i zasebnu stegovnu odluku proizašlu iz posebnog skupa činjenica.

b) Postojeće mirovine, novi propisi i trenutačne situacije

67. Presuda Römer [34], na koju se sve stranke pozivaju, baš se i ne uklapa u gornji uzorak. Potrebno ju je stoga detaljnije razmotriti.

68. U tom je predmetu tužitelj zapravo već bio umirovljen te je primao mirovinu kada je 2001. (dakle, prije isteka roka za prenošenje Direktive 2000/78) sklopio životno partnerstvo sa svojim partnerom. J. Römeru odbijen je porezni tretman koji se obično priznavao u slučaju (heteroseksualnog) braka [35] a na temelju kojeg bi imao veću mirovinu.

69. Sud je u bitnome utvrdio da je J. Römer, ako je bilo diskriminacije, mogao zahtijevati jednak porezni tretman *od isteka roka za prenošenje* Direktive 2000/78. Za razliku od drugih gore navedenih predmeta, o tužiteljevu pravu na mirovinu odlučeno je prije stupanja novih pravila na snagu. U pitanju je bila *trajna diskriminacija* u kontekstu kasnijih isplata i tužiteljeva poreznog položaja.

70. Međutim, taj se predmet razlikuje od ovog, osobito zbog dvaju razloga.

71. Kao prvo, točno je da je o poreznom položaju J. Römera odlučeno prije isteka roka za prenošenje Direktive 2000/78, tako da se u tom smislu radilo o „konačnoj" odluci. Međutim, relevantni nacionalni propisi također su predviđali *preispitivanje* poreznog tretmana u slučaju *promjene osobnih okolnosti*. Stoga, kako je Sud potvrdio, u skladu s primjenjivim nacionalnim pravom, „ako su uvjeti [za povoljniji porezni tretman] zadovoljeni tek nakon početka isplate starosne mirovine, potonja se odredba mora primjenjivati od tog trenutka ako zainteresirana stranka tako zatraži" [36].

72. Dakle, u predmetu Römer radilo se o mehanizmu donošenja novih odluka uzimanjem u obzir novih i, u svrhu izračuna u sferi socijalne sigurnosti, relevantnih promjena osobnih okolnosti.

73. Kao drugo i još važnije, ostavljajući po strani navedenu odredbu o preispitivanju, presuda Römer odnosi se na način na koji se nova pravila (Direktiva 2000/78) mogu primijeniti na *trenutačnu osobnu situaciju* pojedinca s ciljem preispitivanja *odluke o njegovim mirovinskim pravima*.

32 Izreka te odluke izložena je u točki 19. ovog mišljenja.

33 Vidjeti točke 21. i 22. ovog mišljenja.

34 Presuda od 10. svibnja 2011. (C-147/08, EU:C:2011:286)

35 Konkretnije, porezni tretman mogućeg neto prihoda na temelju kojeg se mirovina izračunavala.

36 Presuda od 10. svibnja 2011., Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, t. 19.)

74. To je, prema mojemu mišljenju, potpuno drukčije od vremenske primjene kakvu žalitelj zagovara u ovom predmetu. U ovom se predmetu ne predlaže (zakonom predviđeno) uzimanje u obzir osobnih okolnosti za buduću prilagodbu, nego preispitivanje *zatvorenog skupa činjenica* nastalih prije mnogo godina i u vezi s njima donesene *stegovne odluke* u svjetlu novih pravnih pravila, s ciljem izmjene posrednih učinaka na mirovinska prava.

c) Iznimke od pravila?

75. Točno je da postoje izolirane presude Suda u kojima su odluka o priznavanju mirovine i sve relevantne činjenice prethodile novim pravilima. Drugim riječima, donesena je odluka o priznavanju (ili nepriznavanju) mirovine te o razini prava, ali se s ciljem preispitivanja te odluke poziva na nova pravila, a da pritom ne postoje nikakve nove činjenice niti promjene osobnih okolnosti.

76. Međutim, takve su presude u praksi rijetke te ih se, nakon podrobnog razmatranja, s lakoćom može razlučiti. Tužiteljica u predmetu P.[37] bila je bivša supruga dužnosnika Komisije. Ona u trenutku njegove smrti nije imala pravo na mirovinu za nadživjelog člana obitelji jer „krivnja" za razvod nije bila samo na njemu. Samo nekoliko mjeseci nakon njegove smrti na snagu su stupila nova pravila, prema kojima bi *P. imala* pravo na mirovinu za nadživjelog člana obitelji[38]. Sud je u biti primijenio nova pravila, na temelju čega je P. dobila pravo na mirovinu od trenutka stupanja tih novih pravila na snagu.

77. Predmet P. je ipak imao neke posebnosti. Komisija je u biti snažno zagovarala primjenu novih pravila (plaćanje mirovine je osporavala iz drugih razloga). Ostale su institucije ta pravila odmah počele primjenjivati te bi drukčiji pristup, kako je Komisija tvrdila, rezultirao diskriminacijom pojedinih službenika. Osim toga, izvorna odluka kojom je P. uskraćena mirovina zapravo je donesena nekoliko dana *nakon* stupanja novih pravila na snagu (iako je bivši suprug umro prije toga).

78. U predmetu Brock, pokojnom je suprugu 1958. priznata invalidska mirovina. Ona je 1961. pretvorena u starosnu mirovinu[39]. U bitnome se radilo o tome jesu li bila primjenjiva nova pravila koja su zahtijevala uzimanje u obzir doprinosa plaćenih u drugim državama članicama, a koja su stupila na snagu 1. siječnja 1964. Sud je utvrdio da jesu.

79. Prema mojemu mišljenju, značajno je da je zakonodavstvo relevantno u tom predmetu sadržavalo odredbu koja je *izričito predviđala preispitivanje mirovina izračunanih prije stupanja na snagu* tog zakonodavstva.

80. Međutim, najvažniji element po kojem su se predmeti P. i Brock razlikovali od ovog predmeta jest taj da se relevantna odluka u tim predmetima odnosila na ocjenu *uvjeta za priznavanje mirovine na temelju novih pravnih pravila*.

81. To se očito razlikuje od *ocjene prošlog ponašanja na temelju novih pravnih pravila* u svrhu određivanja načina na koji bi (stegovna) odluka bila drukčija i njezinih posrednih učinaka na kasnija mirovinska prava.

37 Presuda od 5. veljače 1981., P./Komisija (40/79, EU:C:1981:32)

38 U biti, uvjet da je krivnja morala biti samo pokojnikova uklonjen je i zamijenjen novim uvjetom – da krivnja *nije* isključivo na nadživjelom bračnom drugu.

39 Presuda od 14. travnja 1970. (68/69, EU:C:1970:24)

82. Tako, primjerice, bivša supruga u predmetu P. nije zahtijevala preispitivanje njezina razvoda kako bi se utvrdilo je li za njega bio isključivo odgovoran njezin bivši suprug. U predmetu Brock, onesposobljena osoba nije zahtijevala preispitivanje okolnosti svoje nesreće kako bi se utvrdilo je li je se moglo smatrati nesrećom na radu. Odluke o odgovornosti za razvod ili o nesreći bile su konačne, kao što je konačna i stegovna odluka u predmetnom slučaju.

83. Ukratko, presude poput P. i Brock na prvi pogled imaju „snažniji retroaktivan okus" od drugih predmeta, poput gore navedenih. Međutim, osim činjenice da su to relativno stari i izolirani predmeti, jasno ih je moguće razlikovati od ovog predmeta. U svakom slučaju, smatram očitim da takve presude nije moguće tumačiti na način da usvajanje novih pravila pruža apsolutno pravo na to da se ranije upravne odluke, koje su postale konačne, preispitaju u svjetlu tih novih pravila te da se isplate mirovine odgovarajuće izmijene.

d) Prijelazne odredbe

84. Naposljetku, u kontekstu mirovina valja razmotriti i sudsku praksu koja se tiče Direktive 79/7/EEZ[40]. Ta je direktiva od država članica zahtijevala da provedu načelo jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnosti. Države članice su u okviru tog procesa promijenile nacionalna pravila o davanjima kako bi uklonile diskriminaciju na temelju spola.

85. Sudu je u pogledu tih zakonodavnih promjena upućeno nekoliko zahtjeva za prethodnu odluku. Ovdje su relevantni predmeti u vezi sa ženama kojima su, na temelju diskriminirajućih nacionalnih pravila, socijalna davanja uskraćena odlukama donesenima *prije isteka roka za prenošenje* navedene direktive. One su u bitnome zahtijevale da im se primjenom novih nediskriminirajućih pravila ta davanja priznaju *nakon isteka roka za prenošenje*.

86. U presudama Suda više je puta potvrđeno da se učinci diskriminacije moraju ukloniti nakon isteka roka za prenošenje. Međutim, iz pobližeg uvida proizlazi da su i ti predmeti puno drukčiji od ovog.

87. Primjerice, u predmetu Borrie Clarke[41], nacionalnim pravom je ženama koje su tražile invalidsku mirovinu propisan dodatan uvjet u usporedbi s muškarcima (nesposobnost obavljanja kućanskih poslova). Podnositeljica zahtjeva za mirovinu u tom predmetu nije ispunjavala dodatan uvjet te je njezin zahtjev odbijen 1983. Nacionalno pravo je kasnije izmijenjeno da bi ga se uskladilo s direktivom. Invalidska mirovina zamijenjena je naknadom za invaliditet te su utvrđeni novi uvjeti, jednaki za oba spola. Međutim, u okviru prijelaza na novo uređenje, ljudi kojima su invalidske mirovine priznate prije stupanja novih propisa na snagu automatski su dobili naknadu za invaliditet, a da nisu morali ispunjavati nove uvjete. Prijelazne odredbe su tako potvrdile i nastavile diskriminaciju.

88. U skladu s utvrđenjem Suda, „ako je, od [isteka roka za prenošenje], muškarac u istom položaju kao žena na temelju navedenih prijelaznih odredbi automatski imao pravo na novu naknadu za teški invaliditet, a da pritom nije morao ponovno dokazati svoja prava, i žena je imala pravo na tu naknadu a da pritom nije morala ispuniti dodatan uvjet koji se do tada isključivo primjenjivao na udane žene"[42].

89. Prema mojemu mišljenju, situacija u predmetu Borrie Clarke slična je situacijama u ostalim predmetima povezanima s mirovinama koji su se već razmatrali u ulomku (a). Prijelazne odredbe u biti su činile novu primjenu (ili barem obnovu ranije odluke u okviru novih propisa) diskriminirajućih pravila za budućnost. I tu je sudsku praksu stoga moguće jasno razlikovati od predmetnog slučaja.

40 Direktiva Vijeća od 19. prosinca 1978. o postupnoj provedbi načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima socijalne sigurnosti (SL 1979., L 6, str. 24.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 3., str. 7.)

41 Presuda od 24. lipnja 1987. (384/85, EU:C:1987:309)

42 Presuda od 24. lipnja 1987., Borrie Clarke (384/85, EU:C:1987:309, t. 12.)

90. Isti tip situacije vidljiv je i u drugim presudama, mada u odnosu na drukčije vrste davanja [43].

3. Trajni odnosi

91. Komisija se u svojim pisanim očitovanjima pozvala i na predmet Österreichischer Gewerkschaftsbund [44], povukavši usporedbu s trajnom diskriminacijom u kontekstu isplate mjesečnih plaća. To je u skladu s argumentima žalitelja, u kojima se neprestano govori o trajnoj diskriminaciji u obliku umanjenih redovitih isplata mirovine.

92. U mjeri u kojoj je za pozivanje na tu sudsku praksu moguće smatrati da ide u prilog argumentu različitom od onog razmatranog u prethodnom poglavlju, ne vidim kako bi ono moglo pomoći tvrdnjama žalitelja. I za tu sudsku praksu smatram da je jednostavno drukčija.

93. U predmetu Österreichischer Gewerkschaftsbund [45], austrijski propisi su u svrhu izračunavanja plaće učitelja zaposlenih na temelju ugovora u potpunosti uzimali u obzir ranije učiteljsko iskustvo stečeno u Austriji. Ranije učiteljsko iskustvo stečeno u drugim državama članicama tek se djelomično uzimalo u obzir. Sud je takvo ograničenje proglasio suprotnim slobodnom kretanju radnika. Također je utvrdio da se, u svrhu ispravljanja diskriminacije, učiteljsko iskustvo stečeno u drugim državama članicama mora u potpunosti uzeti u obzir, čak i ako je stečeno *prije pristupanja Austrije*.

94. Presuda Österreichischer Gewerkschaftsbund zapravo je jedna od nekoliko presuda u kojima je Sud u bitnome utvrdio da se, u kontekstu radnih odnosa, činjenice nastale prije stupanja na snagu novih pravila možda moraju uzeti u obzir pri izračunavanju plaća zaposlenika ako su prema novom pravnom uređenju relevantne za taj izračun [46]. Tako je Sud u nizu predmeta, počevši s predmetom Hütter, presudio da su austrijska pravila prema kojima se prilikom određivanja platnih razreda javnih službenika u obzir uzimalo radno iskustvo stečeno prije osamnaeste godine bila protivna zabrani diskriminacije na temelju dobi predviđenoj Direktivom 2000/78 [47]. Platni razredi su se morali prilagoditi kako bi se diskriminacija uklonila, što je vrijedilo i za slučajeve u kojima je relevantno iskustvo bilo stečeno prije isteka roka za prijenos te direktive.

95. Smatram da takve predmete, u kojima se radilo o prilagodbama plaće u svrhu ispravljanja diskriminacije, nije moguće izravno usporediti s predmetima poput ovog, zbog jednog jednostavnog razloga: radni odnos u predmetima poput Österreichischer Gewerkschaftsbund bio je *u tijeku*, to jest trenutačno je proizvodio uzajamna prava i obveze. Zaposlenik pripada razredu ili stupnju te ima određen broj godina relevantnog iskustva, što se svaki mjesec koristi za izračunavanje njegove plaće. Dakle, svaki se mjesec vrši „obnova", nova primjena postojećih zakona u svrhu izračunavanja primjerene plaće, što zahtijeva stalne prilagodbe s obzirom na nove propise i promjene osobne situacije [48]. To je na neki način doista slično scenariju iz predmeta Römer, u kojem su posebne zakonodavne odredbe u pogledu promjene osobne situacije pojedinca dopuštale sličnu „obnovu" [49].

43 Vidjeti, primjerice, presudu od 8. ožujka 1988., Dik i dr. (80/87, EU:C:1988:133).

44 Presuda od 30. studenoga 2000. (C-195/98, EU:C:2000:655)

45 Presuda od 30. studenoga 2000., Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655)

46 Vidjeti, primjerice, presude od 30. rujna 2003., Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513); od 26. listopada 2006., Komisija/Italija (C-371/04, EU:C:2006:668); i od 18. lipnja 2009., Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381).

47 Presude od 18. lipnja 2009., Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381); od 28. siječnja 2015., Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38); i od 14. ožujka 2018., Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180)

48 U skladu s općim pravilima prema kojima se konkretan sadržaj uzajamnih prava i obveza u trajnim pravnim odnosima, kao što su, primjerice, ugovori sklopljeni na temelju ranijeg pravnog uređenja, mora prilagoditi *za budućnost* kako bi bio u skladu s novim propisima – dodatno vidjeti, primjerice, moje mišljenje u predmetu Nemec (C-256/15, EU:C:2016:619, t. 41.).

49 Vidjeti točke 67. do 74. ovog mišljenja.

96. Nasuprot tomu, u predmetima poput ovog, radni odnos je završen [50], sva mirovinska prava stečena su davno prije toga, a stegovna odluka o 25-postotnom umanjenju donesena je 1975. na temelju ranijih događaja te je postala konačna. Praktični učinci te odluke i dalje se osjećaju, što je moguće kod svakog prošlog događaja, ali više ne postoji nikakav trajni odnos koji bi zahtijevao novo (pre)ispitivanje na temelju novih propisa. Ne postoje prošle činjenice koje su još uvijek relevantne. Pravni učinci prošlih činjenica u tom su smislu doista iscrpljeni.

4. Preispitivanje ranijih odluka

97. Naposljetku, radi pružanja cjelovitog pregleda valja dodati da pravo Unije, pored pravila o vremenskoj primjenjivosti novih pravila na prošle činjenice i/ili tekuće pravne odnose, predviđa i ograničenu obvezu preispitivanja ranijih odluka ako one nisu u skladu s pravom Unije.

98. U sudskoj praksi Suda naglašena je važnost načela *res judicata* za stabilnost prava i pravnih odnosa, kao i za dobro sudovanje. Odluke koje su postale pravomoćne nakon što su iscrpljena sva pravna sredstva ili nakon isteka rokova predviđenih za njihovo podnošenje više ne mogu biti dovedene u pitanje [51]. To vrijedi čak i ako bi se preispitivanjem odluke omogućilo nacionalnom sudu da ispravi povredu prava Unije koju je izazvala predmetna odluka [52].

99. Točno je da se konačne odluke mogu preispitivati, ali samo ako postoje doista iznimne okolnosti. Te okolnosti uključuju činjenicu da je pravo Unije pogrešno protumačeno, a da Sudu nije upućeno prethodno pitanje, i da je osoba o kojoj je riječ upravnom tijelu uložila pritužbu odmah nakon što je doznala za tu odluku Suda [53].

100. Međutim, ostavljajući po strani pitanje koji je točno prag „iznimnosti”, zajedničko obilježje nekolicine predmeta u kojima je takva obveza postojala bila je, naravno, činjenica da je nesukladnost *već postojala* u trenutku donošenja odluke na nacionalnoj razini. Dakle, izvorna je odluka već bila protivna pravu Unije.

101. Nasuprot tomu, u ovom predmetu, Austrija nije bila članica Unije u trenutku donošenja relevantnih odluka (kako stegovne tako i one kojom je žalitelju priznata mirovina), a Direktiva 2000/78 još nije bila usvojena. Osim toga, austrijska vlada navodi, a žalitelj joj u tom pogledu ne proturječi, da je stegovna odluka bila u skladu s nacionalnim pravom kada je usvojena 1974.

102. U ovom predmetu stoga ne postoje iznimne okolnosti koje bi opravdale preispitivanje konačnih upravnih odluka, a kamoli ikakve okolnosti koje bi opravdale općenitije i dalekosežnije pravilo o vremenskoj primjeni prava Unije namijenjeno ostvarivanju istog rezultata.

5. Primjena na predmetni slučaj

103. Iz raznolike sudske prakse koja je gore izložena moguće je izvući sljedeće glavne zaključke.

104. Kao prvo, sudska praksa Suda o vremenskim učincima novih propisa i mirovinskim pravima uvelike je usredotočena na situacije u kojima je o pravu na mirovinu odlučeno *nakon* stupanja novih propisa na snagu.

50 U odluci kojom je upućeno prethodno pitanje objašnjeno je da je „aktivni radni odnos” tehnički zamijenjen „umirovljeničkim radnim odnosom”. Poanta je u tome da javni službenik više nije u službi.

51 Vidjeti, primjerice, presudu od 11. studenoga 2015., Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, t. 38. i navedenu sudsku praksu).

52 Presude od 1. lipnja 1999., Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, t. 46. i 47.), i od 16. ožujka 2006., Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178, t. 21.)

53 Takve iznimne okolnosti razmatrane su u presudama od 13. siječnja 2004., Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, t. 28.), i od 18. srpnja 2007., Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434, t. 63.).

105. Kao drugo, sudska praksa o trajnim (radnim) odnosima i prilagodbi platnih razreda i mjesečnih plaća nije primjenjiva na isplatu mirovina, koje su izračunane (davno) prije stupanja novih propisa na snagu te se još od tada isplaćuju.

106. Kao treće, u sudskoj praksi Suda ne postoji čvrsta osnova za dalekosežni prijedlog da se trajne učinke upravnih odluka – koje su postale konačne *prije* stupanja novih propisa na snagu – na isplate mirovina mora preispitati, uzimajući u obzir način na koji bi se novi propisi primijenili. Osim toga, takav je prijedlog u suprotnosti s ustaljenom sudskom praksom Suda o *res judicata*.

107. Već sam pokušao istaknuti specifičnost ovog predmeta i objasniti zašto ne pripada nijednoj od kategorija iz pojedinih prethodnih dijelova mišljenja. Ukratko, smatram da je prisilno umirovljenje i umanjenje mirovine u ovom predmetu već postalo „konačno okončana situacija" u smislu sudske prakse navedene u točki 46. ovog mišljenja prije isteka roka za provedbu Direktive 2000/78. Trajno plaćanje mirovine žalitelju nije moguće smatrati „budućim učincima" situacije koja je nastala prije te direktive, u smislu sudske prakse Suda, tako da bi ih se moralo spriječiti ili izmijeniti.

108. Stegovna odluka već se neuspješno pobijala 1970-ih. Pravna pitanja žaliteljeva statusa kao policijskog službenika i umanjenja njegove mirovine još su tada riješena. Žalitelj mirovinu prima od 1976. Nakon isteka roka za prijenos Direktive 2000/78 nije donesena nikakva nova odluka niti se ikakvu mora donijeti.

109. Osim toga, sve relevantne činjenice u ovom predmetu, koje su bile temelj stegovne odluke, nastale su 1970-ih. Dakle, za razliku od predmeta Römer, ovdje nema trenutačnih činjenica povezanih sa žaliteljevom trajnom osobnom situacijom koje se moraju preispitati u skladu s Direktivom 2000/78.

110. Smatram da predmeti kao što su Brock i P. ne mogu biti osnova za općenitu tvrdnju da postoji pravo na preispitivanje isplata mirovine, koje bi se sastojalo u retroaktivnoj primjeni novih pravila na već postojeću odluku koja utječe na pravo na te isplate i njihovu visinu. Također, smatram da se predmeti Brock i P. uvelike razlikuju od ovog predmeta. Otprije postojeća upravna odluka u obama je predmetima donesena primjenom nekoliko posebnih i objektivnih uvjeta povezanih s pravom na mirovinu i njezinom visinom. Ti su uvjeti prilagođeni kasnijim izmjenama propisa. To je u suprotnosti s ovim predmetom, u kojem se u biti predlaže da se stegovni postupak proveden prije 40 godina ponovi u svjetlu novih pravila o diskriminaciji te da se kvalitativno ocijeni bi li se ta odluka promijenila te, ako bi, kako.

111. Žalitelj je u svojim očitovanjima inzistirao na „trajnoj" naravi diskriminacije u obliku umanjenih mjesečnih isplata. Međutim, iz analize predmeta o stvarnim tekućim pravnim odnosima, kao što su predmeti Österreichischer Gewerkschaftsbund ili Römer, te iz potrebe za postupnom prilagodbom tih odnosa s obzirom na nova pravila jasno proizlazi da puko primanje mjesečnih isplata utemeljeno na konačnim odlukama iz 1975. i 1976. nije razlog za provedbu nove ocjene relevantnih činjenica.

112. U ovom se predmetu zapravo zahtijeva nova ocjena konačne, temeljne stegovne odluke, primjenom novih standarda nediskriminacije, kako bi se utvrdili posredni učinci na mjesečne isplate mirovine. Istinska narav onoga što se zahtijeva možda je najbolje odražena u njemačkoj formulaciji zadnje rečenice prvog prethodnog pitanja suda koji je uputio zahtjev, u kojoj se govori o usvajanju nove vrste odluke „gedachte" koja bi bila protivna Direktivi 2000/78 da je donesena u vrijeme kada je ta direktiva bila na snazi. Riječ „gedachte" se može prevesti kao „hipotetska", ali njezino stvarno značenje u predmetnom kontekstu jest (sasvim) „fiktivna".

113. Prema mojemu mišljenju, očito je da pravo Unije u predmetu poput ovog pojedincima ne daje pravo zahtijevati da se upravna odluka koja je u odnosu na njih donesena tijekom njihova života te koja negativno utječe ili je mogla negativno utjecati na njihovu mirovinu (ili druga davanja) preispita u svjetlu novih propisa. U pravu Unije jednostavno ne postoji osnova za tako dalekosežan zahtjev.

114. Naposljetku, kako bi se u potpunosti uvažili žaliteljevi argumenti, valja istaknuti da u njegovim očitovanjima postoji mnogo dublji *moralni* argument, koji je djelomično isprepleten s „tehničkim" argumentom u pogledu vremenske primjene novih pravila, ali i djelomično o njemu neovisan. Ako ga se odvojeno promatra, kako je žalitelj i predlagao na raspravi, taj moralni argument postaje uvelike neovisan o bilo kojem preispitivanju stegovne odluke iz 1975. U tom slučaju se Austriji ne bi prigovaralo zbog odbijanja preispitivanja prošlosti, nego zbog propusta da aktivno i za ubuduće ispravi ranije povrede, nakon 2003., kada je Direktiva 2000/78 već bila na snazi te je ESLJP već bio donio presude protiv Austrije [54].

115. U tom bih pogledu jednostavno ponovio da *pravo Unije*, prema mojemu mišljenju, ne predviđa takvu obvezu. Članak 17. Direktive 2000/78, koji od država članica zahtijeva da usvoje djelotvorne, proporcionalne i odvraćajuće sankcije, sam je logički povezan s vremenskom primjenom te direktive.

116. Osim toga, upravne odluke se donose u kontekstu specifičnom za svoje vrijeme. Kazneni, stegovni i moralni okviri u Austriji su se, kao i drugdje u Europi, značajno promijenili od 1975. Primjerice, stegovne sankcije se danas u Austriji izriču samo policijskim službenicima čije radnje narušavaju povjerenje javnosti prema policiji. Međutim, osuđujuće presude rezultiraju automatskim otkazom, pri čemu se, koliko shvaćam, gube sva mirovinska prava. Dobna granica za pristanak na spolne odnose u Austriji je danas 14 godina i za homoseksualce i za heteroseksualce. Međutim, postoje izričite iznimke za djecu mlađu od 16 godina koju se smatra nedovoljno zrelom.

117. Ukratko, moralnost je promjenjiva. Osim toga, moralni argumenti često su dvosjekli mač. U činjenično složenim predmetima poput ovog, koji zahtijevaju višestruke moralne prosudbe, oni mogu ići u oba smjera. Društvima i njihovim propisima se stoga mora dopustiti postupan razvoj, pri čemu prošlost mora ostati prošlost, uz izuzetak ekstremnih situacija očitog i krajnjeg zanemarivanja osnovnih vrijednosti ljudskosti za koje se može reći da neovisno o vremenu stvaraju moralnu obvezu ispravljanja ranijih povreda [55].

6. Zaključak o prvom pitanju

118. S obzirom na navedeno, predlažem da se na prvo pitanje suda koji je uputio zahtjev odgovori na sljedeći način:

Članku 2. Direktive 2000/78 ne protivi se održavanje na snazi pravnih učinaka konačne odluke upravnog tijela u području službeničkog stegovnog prava (odluka u stegovnom postupku) kojom se nalaže odlazak službenika u mirovinu uz umanjenje mirovine, ako

– na navedenu odluku upravnog tijela u trenutku njezina donošenja još nisu bile primjenjive odredbe prava Unije, osobito Direktive 2000/78, ali

– bi istovjetna (hipotetska) odluka bila protivna toj direktivi da je donesena u vrijeme njezine primjenjivosti.

B. Drugo i treće pitanje

119. S obzirom na odgovor predložen na prvo pitanje suda koji je uputio zahtjev, na drugo i treće pitanje nije potrebno odgovoriti. Ipak ću ih kratko razmotriti za slučaj da Sud dođe do drukčijeg zaključka.

54 Vidjeti bilješku 4. ovog mišljenja

55 Kada napetost između pravde i pravne sigurnosti postane toliko nesnošljiva da se od potonjeg mora odstupiti u korist prvonavedenog te se (nevaljani) propis u pitanju naknadno mora proglasiti nepostojećim – Gustav Radbruch, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946., svezak 1., broj 5, str. 105. do 108.

120. Ako Sud utvrdi da se učinke diskriminirajuće stegovne odluke ne smije održati na snazi, postavlja se pitanje što „neodržavanje tih učinaka na snazi" točno podrazumijeva u predmetu poput ovog.

121. Osim ako bi odgovor na to pitanje bio odvojen od odluka iz 1970-ih te predviđao slično onomu što se upravo razmatralo u pogledu aktivne, na budućnost usmjerene obveze naknade štete (vjerojatno jednokratnim isplatama), nacionalni sud bi morao proučiti sadržaj stegovne odluke kako bi utvrdio je li donesena na način sukladan Direktivi 2000/78 i odredio datum od kojeg bi ta nova fiktivna odluka bila primjenjiva. U nastavku ću to nazivati pristupom „što ako?".

122. Prema mojem mišljenju, rekonstrukcija 40 godina stare odluke i njezinih učinaka veoma je problematična. Međutim, sud koji je uputio zahtjev u drugom i trećem pitanju prilično konkretno opisuje posebne „scenarije" u takvom djelu pravne fikcije. Sud će stoga neizbježno postati njegov suautor, osim ako jednostavno ne navede da se „učinke ne smije održati na snazi" te prepusti nacionalnom sudu da odluči kako odrediti i „neutralizirati" te učinke. U nastavku ću izložiti neka zapažanja o tome kako bi se ta priča mogla odviti.

1. Drugo pitanje

123. Žalitelj je stegovnom odlukom prisilno prijevremeno umirovljen te je njegova mirovina umanjena za 25 %. Nacionalni sud svojim drugim pitanjem pita je li za ispravljanje diskriminacije u obliku upravne odluke dovoljno ukinuti 25-postotno umanjenje mirovine ili je mirovinu potrebno izračunati kao da je žalitelj radio nakon prisilnog umirovljenja. Je li dovoljno neutralizirati buduće učinke *25-postotnog umanjenja* ili se moraju neutralizirati i budući učinci *prijevremenog prisilnog umirovljenja*?

124. Žalitelj u svojim pisanim očitovanjima tvrdi da bi trebalo potpuno ukinuti 25-postotno umanjenje i njegovu mirovinu izračunati kao da je u međurazdoblju radio u policiji. Drugim riječima, trebalo bi stvoriti situaciju koja bi postojala da stegovna odluka uopće nije donesena (ili da sankcije nisu izrečene).

125. Komisija pristup „što ako?" zagovara samo u pogledu 25-postotnog umanjenja, smatrajući da bi se žaliteljeva mirovina, u svrhu sankcioniranja njegova ponašanja, možda umanjila i da nije bilo diskriminacije na temelju spolne orijentacije. Nasuprot tomu, Komisija smatra da pristup „što ako?" nije prikladno upotrijebiti u pogledu samog umirovljenja. Umanjenje mirovine uzrokovano prijevremenim umirovljenjem zapravo nije „budući učinak" situacije koja je nastala u prošlosti te na koju se moraju primijeniti nova pravila. Komisija je mišljenja da su pravni učinci umirovljenja iscrpljeni kada je radni odnos prestao. Zbog toga je moguće na snazi održati učinke koji se sastoje u nepovećanju mirovine, a posljedica su prijevremenog umirovljenja.

126. Iznosim sljedeća zapažanja.

127. Da je stegovna odluka 1975. donesena na način koji je *bio* u skladu sa zabranom diskriminacije na temelju spolne orijentacije uvedenom 2000., nije jasno bi li žalitelj uopće bio prisiljen prijevremeno se umiroviti. Naime, „neusporedivo blažu"[56] narav sankcije o kojoj sud koji je uputio zahtjev govori može se tumačiti i na način da žalitelj ne bi bio prisiljen na prijevremeno umirovljenje.

56 O čemu se raspravljalo u točki 41. ovog mišljenja.

128. Ako je tomu tako, tada, u skladu s odgovorom na prvo pitanje, „buduće učinke prijevremenog prisilnog umirovljenja" nije moguće održati na snazi. Ti učinci zasigurno uključuju činjenicu da žalitelj više nije radio u policiji, nije više stjecao mirovinska prava te mu odnosne „izgubljene godine" nisu uzete u obzir u izračunu njegove mirovine. Učinci te sankcije u tom su smislu još „trajni". U neutralizaciji budućih učinaka prijevremenog prisilnog umirovljenja stoga se moraju uzeti u obzir te izgubljene godine (nekako).

129. Komisija se protivi tom zaključku. Smatra da je moguće na snazi održati učinke zbog kojih se žaliteljeva mirovina neće povećati, a koji su posljedica prijevremenog umirovljenja.

130. Priznajem da Komisijine argumente u tom pogledu smatram nepomirljivima s njezinim stajalištem da 25-postotno umanjenje određeno stegovnom odlukom *čini* „buduće učinke" u gornjem smislu. Obje su sankcije – prisilno umirovljenje i 25-postotno umanjenje – izrečene na temelju istih činjenica i istom stegovnom odlukom. U obama se slučajevima postavlja načelno pitanje koji bi bili učinci stegovne odluke da je donesena na način sukladan Direktivi 2000/78.

131. Naime, ako bismo prihvatili razliku koju Komisija pravi između pojedinih učinaka, to bi značilo da je žalitelj zapravo mogao biti otpušten s posla i da to ne bi mogao nikako pobijati. Za razliku od umirovljenja, izravno otpuštanje načelno bi okončalo pravni odnos, pri čemu ne bi bilo trajnih učinaka u obliku isplata mirovine.

132. S obzirom na navedeno, ako Sud zaključi da se učinke diskriminirajuće stegovne odluke ne smije održati na snazi i usvoji pristup „što ako?", u okviru tog pristupa mora se izgraditi alternativna prošlost u kojoj se žalitelj nije umirovio te u kojoj 25-postotno umanjenje njegove mirovine nije (u cijelosti) primijenjeno.

133. Ističem da bi takav zaključak, naravno, otvorio niz drugih nezgodnih pitanja. Treba li u svrhu neutralizacije „budućih učinaka" prisilnog umirovljenja 1976. pretpostaviti da je žalitelj radio u međurazdoblju od 1976. ili tijekom svih godina nakon isteka roka za prenošenje Direktive 2000/78? Treba li eventualno odgovarajuće povećanje mirovine kompenzirati mirovinskim prihodom od drugih žaliteljevih poslova tijekom tih godina [57]? Treba li eventualno odgovarajuće povećanje mirovine prebiti mirovinskim prihodom od policijske službe koji je žalitelj već ostvario od datuma njegova prisilnog umirovljenja (koji očito ne bi ostvario da je nastavio raditi) [58]?

134. Naposljetku, što se tiče 25-postotnog umanjenja konkretno, sud koji je uputio zahtjev u drugom pitanju prešutno polazi od pretpostavke da je umanjenje u cijelosti posljedica diskriminirajuće naravi odluke.

135. Međutim, „što ako?" doista treba značiti „što ako?". Stoga se mora zamisliti mogućnost prema kojoj bi žalitelj na temelju istih činjenica bio sankcioniran u stegovnom postupku čak i da nije bilo osuđujuće presude [59] te bi se njegova mirovina svejedno umanjila, ali za manje od 25 %. To i jest pristup koji Komisija zauzima u svojim pisanim očitovanjima. Dakle, ako bi se žaliteljeva mirovina umanjila i da nije bilo diskriminacije, ali za, primjerice, 5 % ili 10 %, tada bi učinci tog 5-postotnog ili 10-postotnog umanjenja trebali ostati na snazi.

57 U pisanim očitovanjima i na raspravi je potvrđeno da je žalitelj nakon napuštanja policijske službe bio zaposlen u privatnom sektoru, u vezi s čime prima mirovinu.

58 Na raspravi je potvrđeno da žalitelj mirovinu na temelju svoje službe u policiji prima od svojeg prisilnog umirovljenja 1976.

59 Vidjeti točku 42. ovog mišljenja i očitovanja austrijske vlade u smislu da bi policijski službenik koji maloljetnike potiče na spolni odnos bio kažnjen u stegovnom postupku *neovisno o spolnoj orijentaciji* uključenih osoba.

136. Stoga, ako pristup „što ako?” prihvatimo u odnosu na 25-postotno umanjenje, slažem se s Komisijom da fikciju treba dovesti do njezina logičkog kraja. Ponovno ističem da bi na nacionalnom sudu bilo da odgovori na (prilično teško) pitanje u kojem bi točno smislu stegovna odluka bila drukčija da je usvojena na nediskriminirajuć način.

2. Treće pitanje

137. Sud koji je uputio zahtjev svojim trećim pitanjem pita ovisi li odgovor na drugo pitanje o tome je li se dotična osoba prije navršavanja dobi za umirovljenje aktivno nastojala zaposliti u saveznoj javnoj upravi.

138. Moram priznati da mi nije jasno zašto je takvo pitanje relevantno u kontekstu predmetnog činjeničnog stanja. Međutim, budući da se već bavimo scenarijima „što ako?”, prilično je teško takvo pitanje nazvati hipotetskim.

139. Iz opisa činjeničnog stanja predmetnog slučaja nije vidljivo je li se žalitelj ikada pokušao (ponovno) zaposliti u saveznoj javnoj upravi. Možda je razumno pretpostaviti da bi osobi bilo prilično uzaludno ponovno se pokušavati zaposliti u službi iz koje je otpuštena u okolnostima poput onih u ovom predmetu (ako bi to uopće bilo zakonski moguće). Ako je tomu doista tako te ako se žalitelj kasnije nije pokušavao ponovno zaposliti u saveznoj javnoj upravi, koje je zaključke moguće donijeti na temelju te činjenice? Može li se žalitelju ona uzeti za zlo? Može li ga se zbog toga staviti u možebitno nepovoljniji položaj?

140. Međutim, ako to išta vrijedi, nužnost neutralizacije učinaka prijevremenog prisilnog umirovljenja, kako je navedeno u točki 133. ovog mišljenja, otvara niz pitanja o tome kako tretirati međurazdoblje. Pri izgradnji alternativne prošlosti tog razdoblja, smatram da se nacionalnom sudu treba prepustiti da odredi koje točno detalje treba uzeti u obzir kako bi se ostvarila ravnoteža između, s jedne strane, potpunog zanemarivanja tih međugodina i, s druge strane, njihova potpunog uzimanja u obzir kao da je žalitelj u tom razdoblju radio u javnom sektoru.

C. Četvrto i peto pitanje

141. S obzirom na predloženi odgovor na prvo pitanje suda koji je uputio zahtjev, ni na četvrto i peto pitanje nije potrebno odgovoriti. Ipak ću iznijeti neke prijedloge, za slučaj da Sud donese drukčiji zaključak.

142. Sud koji je uputio zahtjev svojim četvrtim i petim pitanjem pita od kojeg se trenutka eventualno (djelomično) ukidanje 25-postotnog umanjenja treba primjenjivati. Ta su pitanja ograničena na trenutak od kojeg se učinci 25-postotnog umanjenja trebaju neutralizirati. Ona se ne odnose na učinke prijevremenog prisilnog umirovljenja. Međutim, kako je navedeno u točki 133. ovog mišljenja, smatram da različit pristup budućim učincima 25-postotnog umanjenja, s jedne strane, i budućim učincima prijevremenog prisilnog umirovljenja, s druge, stvara probleme u pogledu nedosljednosti.

143. Prema mojem mišljenju, odgovor na to pitanje proizlazi iz sudske prakse sažete u točki 44. i sljedećim točkama ovog mišljenja. Očekuje se da bi primjena Direktive 2000/78 i dalje podlijegala – neovisno o možebitno dalekosežnom pristupu uklanjanja budućih učinaka koji se gore razmatrao – načelu zabrane retroaktivnosti. Stoga, koji god bio odgovor na prvo pitanje suda koji je uputio zahtjev, može ga se upotrijebiti kao temelj za tvrdnju da se učinci 25-postotnog umanjenja moraju neutralizirati od isteka roka za prenošenje direktive i ne prije toga.

D. Diskriminacija na temelju spola

1. Opseg pitanjâ suda koji je uputio zahtjev

144. Naposljetku, žalitelj je u svojim pisanim očitovanjima tvrdio da je sankcija izrečena stegovnom odlukom činila (također) diskriminaciju na temelju spola, zabranjenu člankom 157. UFEU-a (nekadašnji članak 119. UEEZ-a, a potom članak 141. UEZ-a). Žalitelj navodi da se tu odredbu, koja je prvi put stupila na snagu 1979., stoga može upotrijebiti kako bi se budući učinci stegovne odluke onemogućili na način sličan onomu koji je nacionalni sud u prvom pitanju predvidio u odnosu na Direktivu 2000/78. Međutim, ona bi to učinila od puno ranijeg datuma.

145. U tom bih pogledu iznio sljedeća zapažanja.

146. Nacionalni sud ne upućuje na članak 157. UFEU-a (niti na odredbe koje su mu prethodile). Žalitelj je jedina stranka koja je u pisanim očitovanjima otvorila predmetno pitanje. Moglo bi se tvrditi da bi analiza moguće primjene članka 157. UFEU-a bila korisna za nacionalni sud. Međutim, smatram da Sud ne bi trebao provesti tu analizu, osobito iz sljedećih razloga.

147. Kao prvo, sud koji je uputio zahtjev o toj odredbi uopće ne govori u svojim pitanjima i odluci kojom je uputio zahtjev. Da ju je smatrao relevantnom, smatram da bi je barem spomenuo. Više je mogućih razloga zbog kojih je tako postupio te bi bilo pogrešno pretpostaviti da je njezino nespominjanje „previd". Pritom se ne postavlja pitanje treba li Sud istaknuti pojedinosti i relevantnost slabo poznatog tehničkog propisa koji je možda previđen. Članak 157. UFEU-a važna je odredba Ugovora. Umjesto toga, budući da su argumenti u pogledu članka 157. UFEU-a zapravo od središnje važnosti za žaliteljeva pisana očitovanja, jednako je moguće da je žalitelj nacionalnom sudu predložio da Sudu postavi pitanja o toj odredbi, ali da je taj prijedlog odbijen.

148. Kao drugo, članak 94. Poslovnika Suda nalaže da zahtjev za prethodnu odluku sadržava, među ostalim, relevantne činjenice, nacionalne odredbe i razloge zbog kojih je nacionalni sud uputio Sudu odnosna pitanja. U ovom predmetu, nacionalni sud je odluku kojom je uputio prethodno pitanje oblikovao ne spomenuvši članak 157. UFEU-a (kao ni odredbe koje su mu prethodile) niti istaknuvši možebitno relevantne činjenice ili odredbe nacionalnog prava u vezi s tim pravilom. Smatram da bi u tim okolnostima bilo protivno sudskoj praksi [60] o članku 94. Poslovnika suda kada bi Sud zanemario te namjerne propuste i na zahtjev jedne od stranaka proaktivno pružio smjernice o pitanju koje nije postavljeno.

149. Za slučaj da Sud odluči osvrnuti se na argumente koje je žalitelj istaknuo u pogledu članka 157. UFEU-a, u narednom ću poglavlju ipak iznijeti neka kratka zapažanja.

2. Članak 157. UFEU-a

150. U svojem predloženom odgovoru na prvo pitanje objasnio sam zašto se održavanje na snazi učinaka stegovne odluke ne protivi Direktivi 2000/78. Ta je odluka bila izvan vremenskog područja primjene te direktive. Direktiva 2000/78 ne može se upotrijebiti za preispitivanje odluke s ciljem neutralizacije nekih njezinih učinaka. Ti se argumenti primjenjuju *mutatis mutandis* na članak 157. UFEU-a.

60 Od najnovijih primjera te sudske prakse, primjerice, vidjeti rješenja od 31. svibnja 2018., Bán (C-24/18, neobjavljeno, EU:C:2018:376, t. 18. i slj.); od 7. lipnja 2018., easyJet Airline (C-241/18, neobjavljeno, EU:C:2018:421, t. 12. i slj.); i od 7. lipnja 2018., Filippi i dr. (C-589/16, EU:C:2018:417, t. 25. i slj.).

151. Ako Sud donese drukčiji zaključak, na nacionalnom će sudu biti da utvrdi potencijalno postojanje takve diskriminacije. Međutim, u osnovi se tvrdilo da se prema homoseksualcima lošije postupalo nego prema homoseksualkama [61]. Žalitelj je naveo da se policijskoj službenici koja je imala spolni odnos s maloljetnikom od najmanje 14 godina ne bi izrekla nikakva stegovna sankcija (ili bi takva sankcija bila blaža) u usporedbi s homoseksualnim policijskim službenikom koji se upuštao u činjenje usporedivih radnji.

152. Ako bi takva tvrdnja bila činjenično točna (s obzirom na stegovnu praksu u austrijskoj policiji 1970-ih), što bi na nacionalnom sudu bilo da utvrdi, članak 157. UFEU-a zabranjuje diskriminaciju na temelju spola u odnosu na „plaću". U skladu s ustaljenom sudskom praksom, „plaća" u tom smislu *ne uključuje* plaćanja izvršena u okviru primjene obveznog mirovinskog osiguranja, koja se smatraju davanjima iz sustava socijalne sigurnosti [62]. Austrijska vlada je na raspravi navela da je mirovinsko osiguranje u ovom predmetu obvezno. Na nacionalnom bi sudu bilo da provjeri je li i tomu doista tako (u smislu sudske prakse Suda [63]). Međutim, s obzirom na navod austrijske vlade u tom pogledu, članak 157. UFEU-a na te se vrste plaćanja načelno ne primjenjuje, što znači da ta odredba nije primjenjiva u ovom predmetu.

153. Međutim, ako to nije slučaj, vremensku primjenjivost članka 157. UFEU-a (i primjenjivost odredbi koje su mu prethodile) moralo bi se razmotriti. U tom pogledu upućujem na zapažanja koja sam iznio u okviru analize četvrtog i petog pitanja, koja se primjenjuju *mutatis mutandis*. Osim toga, u skladu s presudama Barber [64] i Ten Oever [65], „na izravan učinak članka 119. UEEZ-a moguće je pozvati se, u svrhu zahtijevanja jednakog postupanja u kontekstu mirovina utemeljenih na zaposlenju, samo u odnosu na davanja koja se plaćaju *za razdoblja zaposlenja nakon 17. svibnja 1990.* [kada je donesena presuda Barber], uz izuzetak za radnike ili njihove pravne sljednike koji su prije tog datuma pokrenuli pravni postupak ili uložili ekvivalentan zahtjev na temelju nacionalnog prava" [66].

154. Međutim, iz opisa činjeničnog stanja sadržanog u zahtjevu za prethodnu odluku proizlazi da nakon 17. svibnja 1990. nije bilo relevantnih razdoblja zaposlenja.

V. Zaključak

155. Predlažem da Sud na sljedeći način odgovori na prvo pitanje koje mu je uputio Verwaltungsgerichtshof (Visoki upravni sud, Austrija):

Članku 2. Direktive Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja ne protivi se održavanje na snazi pravnih učinaka konačne odluke upravnog tijela u području službeničkog stegovnog prava (odluka u stegovnom postupku) kojom se nalaže odlazak službenika u mirovinu uz umanjenje mirovine, ako

– na navedenu odluku upravnog tijela u trenutku njezina donošenja još nisu bile primjenjive odredbe prava Unije, osobito Direktive 2000/78, ali

– bi istovjetna (hipotetska) odluka bila protivna toj direktivi da je donesena u vrijeme njezine primjenjivosti.

61 Za suprotan primjer, vidjeti presudu od 17. veljače 1998., Grant (C-249/96, EU:C:1998:63).

62 Vidjeti presudu od 28. rujna 1994., Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, t. 20. do 24. i navedenu sudsku praksu).

63 Vidjeti, primjerice, presude od 28. rujna 1994., Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, t. 20. do 24. i navedenu sudsku praksu), i od 24. studenoga 2016., Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, t. 34. i 35.).

64 Presuda od 17. svibnja 1990. (C-262/88, EU:C:1990:209)

65 Presuda od 6. listopada 1993. (C-109/91, EU:C:1993:833)

66 Vidjeti izreku presude od 6. listopada 1993., Ten Oever (C-109/91, EU:C:1993:833). Moje isticanje.