Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MICHAL BOBEK
5 päivänä syyskuuta 2018 [1]

**Asia C-258/17**

**E.B.**
**vastaan**
**Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Verwaltungsgerichtshof (ylin hallintotuomioistuin, Itävalta))

Ennakkoratkaisupyyntö – Sosiaalipolitiikka – Yhdenvertainen kohtelu – Sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän kielto – Homoseksuaalinen kanssakäyminen alaikäisten kanssa – Poliisin palveluksessa olevalle virkamiehelle rikostuomion seurauksena määrätyt kurinpitoseuraamukset – Kurinpitopäätöksen vaikutusten pysyttäminen

## I Johdanto

1. E.B. (jäljempänä valittaja) on syntynyt vuonna 1942. Työskennellessään Itävallan poliisissa valittaja tuomittiin vuonna 1974 samaa sukupuolta oleviin, 14- ja 15-vuotiaisiin alaikäisiin kohdistuvan haureuden yrityksestä. Vuonna 1975 kurinpitorangaistuksena samoista teoista valittaja siirrettiin ennenaikaisesti eläkkeelle, ja hänen eläkettään alennettiin 25 prosenttia.

2. Itävallan lainsäädännössä säädettiin tuolloin kahdesta erillisestä rikoksesta: ”seksuaalinen hyväksikäyttö” (seksuaalinen kanssakäyminen *alle 14-vuotiaiden* henkilöiden kanssa) ja ”haureus” (homoseksuaalinen kanssakäyminen *alle 18-vuotiaiden miespuolisten* henkilöiden kanssa). Vuonna 2002 haureusrikoksen tunnusmerkistön katsottiin merkitsevän sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvaa syrjintää, jota ei voida oikeuttaa. Näin ollen se poistettiin laista.

3. Pääasian oikeudenkäynnissä valittaja lähinnä riitauttaa sen, että hän saa edelleen alennettua eläkettä, sillä perusteella, että rikos ja hänelle siitä määrätty kurinpitoseuraamus merkitsivät sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvaa syrjintää.

4. Tällaisen oikeudellisen taustan ja asiaan liittyvien tosiseikkojen valossa Verwaltungsgerichtshof (ylin hallintotuomioistuin, Itävalta) tiedustelee, onko valittajan eläkkeen alentaminen sopusoinnussa direktiivin 2000/78/EY [2] 2 artiklassa säädetyn sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän kiellon kanssa, vaikka alkuperäinen kurinpitopäätös tuli lainvoimaiseksi ennen kyseisen direktiivin voimaantuloa. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin esittää myös useita kysymyksiä siitä, miten ja mistä ajankohdasta alkaen syrjintä olisi mahdollisesti poistettava.

1 Alkuperäinen kieli: englanti.

2 Yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista 27.11.2000 annettu neuvoston direktiivi (EYVL 2000, L 303, s. 16).

## II Asiaa koskevat oikeussäännöt

### *A Unionin oikeus*

5. Direktiivin 2000/78 1 artiklassa mainitaan muun muassa sukupuolinen suuntautuminen syrjinnän perusteena, jota ei voida hyväksyä.

6. Direktiivin 2000/78 2 artiklan 1 kohdassa ja 2 kohdan a alakohdassa, 3 artiklan 1 kohdan c alakohdassa ja 17 artiklassa säädetään seuraavaa:

”2 artikla

Syrjinnän käsite

1. Tässä direktiivissä ’yhdenvertaisen kohtelun periaatteella’ tarkoitetaan, ettei minkäänlaista 1 artiklassa tarkoitettuun seikkaan perustuvaa välitöntä tai välillistä syrjintää saa esiintyä.

2. Sovellettaessa 1 kohtaa:

a) välittömänä syrjintänä pidetään sitä, että henkilöä kohdellaan jonkin 1 artiklassa tarkoitetun seikan perusteella epäsuotuisammin kuin jotakuta muuta kohdellaan, on kohdeltu tai voitaisiin kohdella vertailukelpoisessa tilanteessa;

– –

3 artikla

Soveltamisala

1. Yhteisölle annetun toimivallan puitteissa tätä direktiiviä sovelletaan kaikkiin henkilöihin sekä julkisella että yksityisellä sektorilla, julkisyhteisöt mukaan lukien, kun kyseessä on:

– –

c) työolot ja -ehdot, myös irtisanominen ja palkka;

– –

17 artikla

Seuraamukset

Jäsenvaltioiden on säädettävä tämän direktiivin mukaisesti annettujen kansallisten säännösten rikkomiseen sovellettavista seuraamuksista, ja niiden on toteutettava kaikki tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että niitä sovelletaan. Seuraamusten, joihin saattaa kuulua korvausten maksaminen uhrille, on oltava tehokkaita, oikeasuhteisia ja varoittavia. Jäsenvaltioiden on annettava nämä säännökset tiedoksi komissiolle viimeistään 2 joulukuuta 2003 ja niiden myöhemmät muutokset viipymättä.”

7. Direktiivin 2000/78 18 artiklan ensimmäisessä virkkeessä edellytetään, että direktiivi saatetaan lähtökohtaisesti osaksi kansallista oikeutta viimeistään 2.12.2003.

## *B Kansallinen oikeus*

### *1 Rikoslaki*

8. Helmikuun 25. päivänä 1974 olivat voimassa rikoslain (Strafgesetz, jäljempänä StG) 128 ja 129 §, sellaisina kuin ne oli saatettu voimaan BGBl:ssä nro 273/1971 julkaistulla liittovaltion lailla (jäljempänä vuoden 1971 liittovaltion laki). Niissä säädettiin seuraavaa:

”Seksuaalinen hyväksikäyttö

128 §

Se, joka käyttää seksuaalisesti hyväkseen alle neljätoistavuotiasta lasta – – halujensa tyydyttämiseen muulla kuin 127 §:ssä tarkoitetulla tavalla, syyllistyy seksuaaliseen hyväksikäyttöön, josta määrätään rangaistukseksi vankeutta yhdestä viiteen vuotta, erittäin raskauttavien seikkojen perusteella vankeutta enintään kymmenen vuotta ja, jos jokin 126 §:ssä mainituista seurauksista ilmenee, vankeutta enintään kaksikymmentä vuotta.

Haureus

– –

129 §

Rikoksena rangaistavia ovat myös seuraavat haureuden muodot:

I. Miespuolisen henkilön, joka on täyttänyt kahdeksantoista vuotta, samaa sukupuolta olevan henkilön, joka ei ole vielä täyttänyt kahdeksaatoista vuotta, kanssa harjoittama haureus.”

9. Mainituissa rikoslain säännöksissä säädettiin siten erilaisesta suojaiästä homoseksuaalisen kanssakäymisen (18 vuotta) ja heteroseksuaalisen tai lesbolaisen kanssakäymisen osalta (14 vuotta).

10. Oikeustila oli vastaavanlainen 1.1.1975 voimaan tulleen rikoslain (Strafgesetzbuch, jäljempänä StGB) 207 ja 209 §:n perusteella.

11. Verfassungsgerichtshof (perustuslakituomioistuin, Itävalta) totesi 21.6.2002 antamassaan tuomiossa [3] StGB:n 209 §:n (joka vastaa StG:n 129 §:n I kohtaa) perustuslain vastaiseksi. Näin ollen se kumottiin 28.2.2003 lukien.

12. Itävallan lainsäätäjä kumosi StGB:n 209 §:n BGBl:ssä I nro 134/2002 julkaistulla liittovaltion lailla (jäljempänä liittovaltion laki nro 134/2002) voimaan saatetulla StGB:n versiolla jo 13.8.2002 lukien ennen kuin perustuslakituomioistuimen määräämä kumoaminen tuli voimaan.

3 VfGH:n tuomio 21.6.2002, G 6/02, AT:VFGH:2002:G6.2002.

13. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin antoi Itävallan kannalta kielteisiä tuomioita, jotka liittyivät StGB:n 209 §:n soveltamiseen. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin katsoi tuomiossa L. ja V. v. Itävalta lähinnä, että StGB:n 209 § on Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 ja 14 artiklan vastainen, koska siinä ei ole esitetty riittäviä oikeuttamisperusteita sille, että suojaikä on erilainen yhtäältä homoseksuaalisessa kanssakäymisessä täysi-ikäisen kanssa ja toisaalta heteroseksuaalisessa tai lesbolaisessa kanssakäymisessä täysi-ikäisen kanssa.[4]

*2 Virkamieslaki*

14. Vuoden 1979 virkamiesten palvelusehdoista annetun lain (Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, jäljempänä BDG 1979) 13 §:n, sellaisena kuin tämä pykälä oli saatettu voimaan BGBl:ssä I nro 119/2002 julkaistulla liittovaltion lailla (jäljempänä liittovaltion laki nro 119/2002), 1 momentin mukaan 30.12.2016 saakka virkamiehen oli määrä siirtyä eläkkeelle sen vuoden lopussa, jona hän täyttää 65 vuotta.

15. Vuonna 1942 syntyneen valittajan tapauksessa tämä ajankohta – ellei häntä koskevaa kurinpitopäätöstä olisi tehty – olisi ollut 1.1.2008. Tuolloin eläkkeiden määrän määrittämiseen sovellettavat pääasialliset säännökset sisältyivät vuoden 1965 eläkelakiin (Pensionsgesetz 1965, jäljempänä PG), sellaisena kuin se oli saatettu voimaan BGBl:ssä I nro 53/2007 julkaistulla liittovaltion lailla (jäljempänä vuoden 2007 liittovaltion laki). Kyseisissä säännöksissä vahvistettiin säännöt eläkkeiden määrän laskemiselle ottaen huomioon muun muassa palvelukseentuloajankohta ja palvelusaika.

*3 Poliisin ammattieettiset säännöt*

16. Valittajaa koskeva kurinpitopäätös tehtiin 10.6.1975 tuolloin sovellettujen poliisin ammattieettisten sääntöjen (Dienstpragmatik, jäljempänä DP) (RGBl. nro 15/1914) perusteella. DP:n 24 ja 87 §:ssä säädettiin seuraavaa:

”Käytös

24 §

1) Virkamiehen on ylläpidettävä palveluksessa ollessaan ja vapaa-ajalla ammattimainetta, käyttäydyttävä aina käyttäytymisvaatimuksia koskevien sääntöjen mukaisesti ja vältettävä kaikkea sellaista käytöstä, joka todennäköisesti heikentää hänen asemansa edellyttämää arvostusta ja luottamusta.

– –

Kurinpitoseuraamukset

87 §

Virkamiehille, jotka eivät noudata ammattiinsa ja virkamiesasemaansa liittyviä velvollisuuksia, määrätään – tämän rajoittamatta heidän rikosoikeudellista vastuutaan – hallinnollisia tai kurinpidollisia seuraamuksia sen mukaan, onko kyseessä pelkästään hallinnollisten sääntöjen rikkominen tai, kun otetaan huomioon valtion etujen vahingoittaminen tai loukkaaminen, rikkomisen luonne tai vakavuus, rikkomisen uusiminen tai muut raskauttavat seikat, onko tätä rikkomista pidettävä virkavelvollisuuksien rikkomisena.”

4 Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 9.1.2003, L. ja V. v. Itävalta (CE:ECHR:2003:0109JUD003939298); ks. myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 9.1.2003, S. L. v. Itävalta (CE:ECHR:2003:0109JUD004533099) ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 21.10.2004, Woditschka ja Wilfling v. Itävalta (CE:ECHR:2004:1021JUD006975601).

## III Tosiseikat, asian käsittelyn vaiheet ja ennakkoratkaisukysymykset

17. Valittaja, joka on syntynyt 1.1.1942, on eläkkeellä.

18. Syyskuun 10. päivänä 1974 annetulla tuomiolla valittaja, joka toimi tuolloin poliisina, tuomittiin StG:n 129 §:n I kohdan mukaisen, samaa sukupuolta olevaan henkilöön kohdistuvan haureuden yrityksestä. Hänet tuomittiin kolmen kuukauden vankeusrangaistukseen, joka määrättiin ehdollisena kolmen vuoden koeajalla. Valittajan tästä ensimmäisen asteen tuomioistuimen tuomiosta tekemä valitus hylättiin.

19. Liittovaltion poliisin Wienin (Itävalta) yksikön (Bundespolizeidirektion Wien, jäljempänä BPD-Wien) kurinpitolautakunnan 10.6.1975 tekemällä päätöksellä valittajan todettiin syyllistyneen

”ammattieettisten sääntöjen (DP:n 24 §:n 1 momentti) rikkomiseen siten, että 25.2.1974 illansuussa vapaa-ajallaan Wienin Prater-puistoalueella hän vaati 15-vuotiasta W:tä ja 14-vuotiasta H:ta tyydyttämään häntä seksuaalisesti käsillään, minkä vuoksi hänet tuomittiin rikoslain 8 ja 129 §:n I kohdannojalla samaa sukupuolta olevaan alaikäiseen kohdistuvan haureuden yrityksestä.

Hän syyllistyi näin virkavirheeseen (DP:n 87 §). Tästä syystä hänet siirretään kurinpitorangaistuksena pysyvästi eläkkeelle, jonka määrää alennetaan, ja tavanomaisesta eläkkeestä vähennettäväksi määräksi vahvistetaan 25 (kaksikymmentäviisi) prosenttia (DP:n 93 §:n 1 momentin d kohta, luettuna yhdessä 97 §:n 1 momentin kanssa).”

20. Valittajan tekemä oikaisuvaatimus hylättiin 24.3.1976 tehdyllä päätöksellä. Valittaja siirrettiin näin eläkkeelle 1.4.1976 lukien.

21. Valittajan eläkkeen määrä määritettiin 17.5.1976 tehdyssä päätöksessä hänen 1.4.1976 tapahtuvan eläkkeelle siirtämisensä perusteella ja kurinpitoviranomaisen tekemä 25 prosentin vähennys huomioon ottaen.

22. Suullisessa käsittelyssä vahvistettiin, että valittaja alkoi saada alennettua eläkettä kyseisestä ajankohdasta lähtien.

23. Kuten edellä 11 ja 12 kohdassa todettiin, Verfassungsgerichtshof (perustuslakituomioistuin) totesi 21.6.2002 antamassaan tuomiossa StGB:n 209 §:n (joka vastaa StG:n 129 §:n I kohtaa) perustuslain vastaiseksi, joten Itävallan lainsäätäjä kumosi sen myöhemmin samana vuonna.

24. Valittaja vaati 2.6.2008 päivätyllä kirjeellä kurinpitoviranomaista muun muassa kumoamaan 10.6.1975 tehdyn kurinpitopäätöksen ja päättämään häntä koskevan kurinpitomenettelyn sekä toissijaisesti toteamaan, että kyseisen kurinpitopäätöksen oikeusvaikutukset ovat rauenneet 21.6.2002. Hän vaati lisäksi palvelusajan palkan maksamista tarkemmin mainituilta ajanjaksoilta ja toissijaisesti määräämään, ettei eläkkeen alentamista sovelleta 21.6.2002 alkaen.

25. Nämä vaatimukset hylättiin.

26. Valittaja vaati 11.2.2009 viranomaista, jonka palveluksessa hän oli ollut eli vastaavasti eläkeviranomaista määrittämään ja maksamaan taannehtivasti palvelusajan palkkaa tai korkeampaa eläkettä. Hän katsoi ensisijaisesti, että (jatketun) syrjinnän välttämiseksi häntä on kohdeltava palkka- ja eläkeoikeudellisesti ikään kuin hän olisi ollut palveluksessa lakisääteisen eläkeiän saavuttamiseen asti. Valittaja katsoi toissijaisesti, että hänellä on ainakin oikeus eläkkeeseensä ilman 25 prosentin vähennystä.

27. Nämä vaatimukset hylättiin. Tästä hylkäyspäätöksestä Bundesverwaltungsgerichtiin (liittovaltion ylin hallintotuomioistuin, Itävalta) tehty valitus hylättiin. Valittaja teki tästä tuomiosta ylimääräisen Revision-valituksen Verwaltungsgerichtshofiin, joka on käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin.

28. Ennakkoratkaisupyynnössään kyseinen tuomioistuin arvelee, ettei valittajan osalta tehdyn kaltaista kielteistä kurinpitopäätöstä olisi voitu enää tehdä sen jälkeen, kun direktiivi 2000/78 pantiin täytäntöön Itävallan lainsäädännössä. Koska yhtäältä homoseksuaaliseen kanssakäymiseen täysi-ikäisen kanssa ja toisaalta heteroseksuaaliseen tai lesbolaiseen kanssakäymiseen täysi-ikäisen kanssa sovellettavalle erilaiselle suojaiälle ei ole esitetty (uusia) oikeuttamisperusteita, olisi näet kiellettyä tehdä myös kurinpito-oikeudellisesti eroa tapauksen, jossa täysi-ikäinen vaatii alaikäistä henkilöä suorittamaan homoseksuaalisen teon, ja tapauksen, jossa täysi-ikäinen vaatii samaa alaikäistä suorittamaan heteroseksuaalisen tai lesbolaisen teon, välillä.

29. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan kyseessä oleva kurinpitopäätös perustui ”kiistatta” tällaiseen erotteluun, sillä sen keskeisenä perusteena oli menettelyn, josta valittajaa syytettiin, (silloinen) rangaistavuus laissa. Vaikka ei olisi voitu sulkea pois sitä, että tällainen vaatimus heteroseksuaaliseen tai lesbolaiseen tekoon olisi tulkittu ammattieettisten sääntöjen rikkomiseksi, mahdollinen kurinpito-oikeudellinen päätös olisi ollut ”selvästi lievempi”, koska StG:n 129 §:n I kohdan tunnusmerkistö ei olisi täyttynyt.

30. Edellä esitetyt näkökohdat huomioon ottaen ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii, mitä vaikutuksia direktiivin 2000/78 voimaantulolla ja sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän kiellolla on valittajalle edelleen maksettaviin eläkkeisiin. Verwaltungsgerichtshof päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko [direktiivin 2000/78] (jäljempänä direktiivi) 2 artikla esteenä sille, että kansallisen lainsäädännön mukaan lainvoimaiseksi tulleen, virkamieslainsäädännön kurinpitosäännöksiä koskevan hallintopäätöksen (kurinpitopäätös), jolla määrättiin virkamiehen eläkkeelle siirtämisestä ja eläkkeen alentamisesta, oikeustilaa muuttava vaikutus pysytetään, jos

unionin oikeuden säännökset, erityisesti direktiivi, eivät vielä olleet merkityksellisiä mainitun hallintopäätöksen kannalta sen tekemisajankohtana, mutta

(kuvitteellinen) samankaltainen päätös olisi direktiivin vastainen, jos se tehtäisiin direktiivin ajallisella soveltamisalalla?

2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, onko syrjimättömän tilanteen aikaansaamiseksi

a) unionin oikeuden kannalta välttämätöntä kohdella virkamiestä hänen eläkettään määritettäessä ikään kuin hän ei olisi ollut hallintopäätöksen voimaantulon ja lakisääteisen eläkeikänsä täyttymisen välisenä aikana eläkkeellä vaan työssä, vai

b) riittääkö tältä osin, että lyhentämätön eläke, johon virkamies on eläkkeelle siirtämisen seurauksena hallintopäätöksessä mainittuna ajankohtana oikeutettu, tunnustetaan asiaankuuluvaksi?

3) Määräytyykö toiseen kysymykseen annettava vastaus sen perusteella, onko virkamies aloitteellisesti pyrkinyt tosiasiallisesti aloittamaan työskentelyn liittovaltion palveluksessa ennen eläkeiän saavuttamista?

4) Mikäli (kuitenkin myös kolmannessa kysymyksessä mainituista seikoista riippuen) eläkkeen prosentuaalisen alentamisen peruuttamista pidetään riittävänä:

   voiko direktiiviin sisältyvä syrjintäkielto olla sellainen, jota kansallisen tuomioistuimen on eläkettä määritettäessä sovellettava ensisijaisesti sen kanssa ristiriidassa olevaan kansalliseen lainsäädäntöön nähden myös sellaisten viiteajanjaksojen osalta, jotka edelsivät ajankohtaa, jolloin direktiivistä tuli jäsenvaltiossa suoraan sovellettava?

5) Jos neljänteen kysymykseen vastataan myöntävästi: mitä ajankohtaa tällainen ’taannehtiva vaikutus’ koskee?”

31. Kirjallisia huomautuksia esittivät valittaja, Italian ja Itävallan hallitukset ja Euroopan komissio. Italian hallitusta lukuun ottamatta nämä osapuolet esittivät myös suulliset lausumansa 29.5.2018 pidetyssä istunnossa.

## IV Arviointi

32. Voidaanko hallintopäätöksen edelleen jatkuvat seuraukset riitauttaa vetoamalla uuteen oikeussääntöön, kun hallintopäätös tehtiin ja tuli lainvoimaiseksi ennen kuin kyseistä uutta oikeussääntöä alettiin soveltaa? Tämä perustava kysymys tulee esille ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäisessä kysymyksessä.

33. Pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa tähän kysymykseen on mielestäni vastattava kieltävästi.

34. Kun otetaan huomioon ensimmäiseen kysymykseen ehdottamani vastaus (jäljempänä A jakso), muihin ennakkoratkaisukysymyksiin ei ole tarpeen vastata. Siltä varalta, että unionin tuomioistuin tulee toisenlaiseen tulokseen, käsittelen myös lyhyesti muissa ennakkoratkaisukysymyksissä esille tulevia seikkoja (jäljempänä B ja C jakso) samoin kuin SEUT 157 artiklan (aiempi EY-sopimuksen 141 artikla) merkityksellisyyttä käsiteltävän asian kannalta. Viimeksi mainittua määräystä ei mainita ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymyksissä, mutta valittaja on tuonut sen esille (jäljempänä D jakso).

### *A Ensimmäinen kysymys*

35. Jos hallintopäätös, johon liittyy sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvaa syrjintää ja joka johtaa eläkkeen alentamiseen, tuli lainvoimaiseksi ennen kuin tällainen syrjintä kiellettiin direktiivillä 2000/78, onko eläkkeen alentamisen jatkaminen poissuljettua nyt, kun direktiivi on voimassa? Tämä on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäisen kysymyksen ydin.

36. Ennakkoratkaisupyynnön mukaan ensimmäinen kysymys ei koske valittajan eläkkeelle siirtämisestä ja hänen eläkkeensä alentamisesta tehdyn päätöksen pätevyyttä. Tämä päätös riitautettiin 1970-luvulla ja (tuloksetta) uudelleen sen jälkeen, kun perustuslain vastaiseksi todettu StGB:n säännös kumottiin.

37. Siltä osin kuin kyseiseen hallintopäätökseen liittyi syrjintää ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäisessä kysymyksessä tiedustellaan pikemminkin, onko direktiivin 2000/78 vastaista *pysyttää* kyseisen päätöksen *vaikutukset alennetun eläkkeen muodossa*.

38. Tätä kysymystä käsitellessäni palautan aluksi mieleen unionin tuomioistuimen yleisen lähestymistavan uusien sääntöjen ajalliseen soveltamiseen aiemmin syntyneiden tilanteiden edelleen jatkuviin vaikutuksiin (1 jakso). Sen jälkeen tarkastelen unionin tuomioistuimen lähestymistapaa nimenomaisesti eläkkeitä koskevissa tapauksissa (2 jakso). Seuraavaksi esitän pääpiirteissään edelleen jatkuvia suhteita koskevan oikeuskäytännön (3 jakso) ja aiemmin tehtyjen päätösten uudelleen avaamista koskevan velvollisuuden laajuuden (4 jakso). Lisäksi sovellan näitä toteamuksia käsiteltävään asiaan (5 jakso).

39. Ennen näiden kysymysten tarkastelua on kuitenkin syytä esittää kaksi alustavaa huomautusta.

40. Ensinnäkin näyttää vallitsevan yksimielisyys siitä, että alaikäisten kanssa tapahtuvan seksuaalisen kanssakäymisen erilainen *rikosoikeudellinen* kohtelu sen mukaan, onko kyseessä homo- vai heteroseksuaalinen kanssakäyminen, mitä sovellettiin Itävallan lainsäädännön mukaan vuonna 1974, ei olisi hyväksyttävää *nykyään*. Loogisesti sama pätisi siten myös *kurinpito*päätöksen perusteluihin sisältyviin viittauksiin valittajan sukupuoliseen suuntautumiseen. Itävallan hallitus ei tosiasiassa kiistänyt yhtäkään näistä toteamuksista. Itävallan hallitus kuitenkin totesi – muiden sitä kiistämättä –, että sekä rikosoikeudelliset että kurinpidolliset seuraamukset olivat täysin laillisia vuosina 1974 ja 1975 voimassa olleen Itävallan lainsäädännön nojalla. Se myös väitti, että seuraamukset olivat tuolloin vallinneiden, sittemmin muuttuneiden eurooppalaisten normien mukaisia.

41. Toiseksi käsiteltävässä asiassa huomattavasti vähemmän selvää on, mikä on pääasiassa määrättyjen rikosoikeudellisten ja kurinpidollisten seuraamusten täsmällinen suhde. Sekä kirjallisissa huomautuksissa että istunnossa on käsitelty hyvin seikkaperäisesti sitä, oliko kurinpitoseuraamus (joka oli vakavuudeltaan tietynasteinen) väistämätön seuraus rikostuomiosta vai ei. Yhtäältä, toisin kuin StGB:ssä, virkamiehiin sovellettavissa (melko yleisesti muotoilluissa [5]) kurinpitosäännöissä ei muodollisesti erotettu käyttäytymistä sen homo- tai heteroseksuaalisen luonteen perusteella. Toisaalta ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin totesi pyynnössään, että ellei rikostuomiota olisi annettu, määrätyt kurinpitoseuraamukset olisivat olleet ”selvästi lievempiä”.

42. Vastauksena kysymyksiin rikosoikeudellisten ja kurinpidollisten seuraamusten täsmällisestä suhteesta Itävallan hallitus totesi, että vuonna 1974 poliisille annettu lainvoimainen rikostuomio ei välttämättä *ollut riittävä* automaattiseen erottamiseen. [6] Rikostuomio ei kuitenkaan myöskään ollut *välttämätön*, jotta kurinpitoseuraamuksia voitiin määrätä. Itävaltalaisten poliisien edellytettiin vuonna 1974 käyttäytyvän erittäin tiukkojen vaatimusten mukaisesti sekä työssä että vapaa-ajalla. Se, ettei tietystä menettelystä annettu rikostuomiota (tai ettei sitä ollut ylipäätään kriminalisoitu), ei siten tarkoittanut, ettei siitä aiheutunut ongelmia kurinpitosääntöjen perusteella. Itävallan hallitus totesi – muiden sitä kiistämättä – tältä osin, että täysin sukupuolisesta suuntautumisesta *riippumatta* sitä, että 32-vuotias poliisi ehdottaa seksuaalista kanssakäymistä 14- ja 15-vuotiaille yleisessä puistossa, ei todennäköisesti pidetty asianmukaisena käyttäytymisenä. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin nimittäin vahvistaa, että vastaava heteroseksuaalisen kanssakäymisen ehdottaminen alaikäisille yleisissä puistoissa olisi voitu tulkita ammattieettisten sääntöjen rikkomiseksi, josta voitiin tuolloin määrätä kurinpitoseuraamus.

43. Teen näistä toteamuksista kaksi päätelmää. Ensinnäkin tulkitsen niin, että poliisille annetun lainvoimaisen rikostuomion *pelkkää olemassaoloa* oli lähtökohtaisesti pidettävä hänen ammatillisten velvollisuuksiensa laiminlyöntinä. On jokseenkin selvää, että poliisien käyttäytymiselle asetettavat vaatimukset ovat tiukempia kuin pelkästään se, ”ettei syyllistytä rikoksiin”. Tässä mielessä on näin ollen hyvin loogista, että rikostuomion olemassaololla oli lähtökohtaisesti suoria vaikutuksia siihen, millaiset seuraamukset olivat mahdollisia, minkä vuoksi seuraamukset olivat ”suhteessa

5 DP:n 24 §, lainattu edellä tämän ratkaisuehdotuksen 16 kohdassa.

6 Lisättäköön, että nykyisin voimassa olevien kansallisten säännösten mukaan virkamiehelle annetusta lainvoimaisesta rikostuomiosta seuraa automaattisesti työsuhteen irtisanominen ex lege, ilman että tältä osin on tarpeen tehdä kurinpitopäätöstä.

(suhteettomasti) tiukempia” kuin tapauksissa, joissa ei ollut annettu rikostuomiota.[7] Toiseksi katson, että tämän yksipuolisen vaikutuksen (joka rikostuomion olemassaololla oli kurinpitoseuraamukselle) kurinpitoseuraamuksen vakavuuteen lisäksi rikostuomio *ei ollut välttämätön edellytys* kyseisen kurinpitoseuraamuksen määräämiselle.

*1 Uusien sääntöjen ajallinen sovellettavuus*

*a) Yleinen lähestymistapa*

44. Unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on niin, että uutta sääntöä sovelletaan lähtökohtaisesti välittömästi ”vanhan säännön voimassa ollessa syntyneen tilanteen tuleviin vaikutuksiin” ja että luottamuksensuojan periaatteen soveltamisalaa ei saa laajentaa sellaiseksi, että ”yleisesti estetään uuden säännön soveltuminen vanhan säännön voimassa ollessa syntyneen tilanteen tuleviin vaikutuksiin”.[8]

45. Unionin aineellisen oikeuden sääntöjä on oikeusvarmuuden ja luottamuksensuojan periaatteiden noudattamisen takaamiseksi kuitenkin tulkittava siten, että ne koskevat ”ennen niiden voimaantuloa toteutuneita tilanteita” ainoastaan siinä tapauksessa, että ”niiden sanamuodosta, tarkoituksesta tai systematiikasta käy selvästi ilmi, että niille on annettava tällainen vaikutus”.[9]

46. Toisen unionin tuomioistuimen käyttämän muotoilun mukaan uutta oikeussääntöä ”ei sovelleta aikaisemman lainsäädännön soveltamisaikana syntyneisiin ja lopullisiksi tulleisiin oikeudellisiin tilanteisiin, [mutta] sitä sovelletaan niiden tuleviin vaikutuksiin samoin kuin uusiin oikeudellisiin tilanteisiin. Toisin on vain – jollei oikeudellisten toimien taannehtivuuskiellon periaatteesta muuta johdu –, jos uuteen sääntöön liittyy erityisiä säännöksiä, joissa nimenomaisesti vahvistetaan sen ajallista soveltamista koskevat edellytykset.”[10]

47. Näistä asioista seuraavia yleissääntöjä voitaisiin siten kuvata seuraavasti: i) uusia sääntöjä ei sovelleta ”lopullisiksi tulleisiin tilanteisiin”, jotka syntyivät vanhojen sääntöjen soveltamisaikana ja jotka ratkaistiin näiden vanhojen sääntöjen perusteella, ja ii) uusia sääntöjä sovelletaan ”olemassa olevien tilanteiden”, jotka tuottavat edelleen vaikutuksia, tuleviin vaikutuksiin. Vanhemmat tosiseikat otetaan lisäksi huomioon uusien sääntöjen mukaisessa uudessa oikeudellisessa arvioinnissa vain, jos uusien sääntöjen luonne tai rakenne edellyttää tällaista arviointia.

48. Sama lähestymistapa on nähtävissä myös silloin, kun Euroopan unioniin liittyy uusi jäsenvaltio,[11] sekä (uusien) unionin oikeussääntöjen kansallisessa soveltamisessa että ennakkoratkaisuja koskevassa unionin tuomioistuimen toimivallassa vastata tällaisia tilanteita koskeviin kysymyksiin. Aiemmat (toisin sanoen liittymistä edeltävät) tosiseikat voidaan ottaa huomioon, jos ne ovat merkityksellisiä ja niitä on arvioitava (uudelleen) sovellettaessa uutta lainsäädäntöä liittymisen jälkeen.[12] Siten esimerkiksi unionin tuomioistuimen asia ei ollut pohjimmiltaan alkaa arvioida liittymisen jälkeen uudelleen sisällöllisesti sitä, olivatko jotkin ennen liittymistä tehdyn kuluttajasopimuksen ehdot kohtuuttomia, vaikka sopimus

7 Kuten itse asiassa jo käy ilmi tuolloin sovelletun DP:n 87 §:n (mainittu edellä 16 kohdassa) sanamuodosta.

8 Ks. esim. tuomio 16.5.1979, Tomadini (84/78, EU:C:1979:129, 21 kohta) ja tuomio 6.10.2015, komissio v. Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647, 49 kohta).

9 Tuomio 6.10.2015, komissio v. Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647, 50 kohta).

10 Tuomio 26.3.2015, komissio v. Moravia Gas Storage (C-596/13 P, EU:C:2015:203, 32 kohta).

11 Ero ei tavallaan ole lähtökohtainen vaan koskee ainoastaan mittakaavaa (koko oikeusjärjestys, jos sitä tosiasiallisesti ”muutetaan”).

12 Ks. esim. tuomio 14.6.2007, Telefónica O2 Czech Republic (C-64/06, EU:C:2007:348) (liittymisajankohtana vireillä ollut viranomaismenettely, päätös liittymisen jälkeen); tuomio 22.12.2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816, 22–27 kohta) (ennen liittymistä tehty lupahakemus, liittymisen jälkeen tehty uusi päätös); tuomio 24.11.2011, Circul Globus Bucureşti (C-283/10, EU:C:2011:772, 29 kohta) (ennen liittymistä tehty lisenssisopimus, liittymisen jälkeen esitetty väite tekijänoikeuksien loukkaamisesta); tuomio 12.9.2013, Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, 30 kohta) (ennen liittymistä tehty työsopimus, eläkkeelle siirtyminen liittymisen jälkeen) ja tuomio 3.9.2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, 21–24 kohta) (ennen liittymistä tapahtunut työtapaturma, siihen liittyvän valituksen tekeminen liittymisen jälkeen).

pannaan tosiasiassa täytäntöön liittymisen jälkeen.[13] Unionin tuomioistuimella oli sitä vastoin toimivalta arvioida, oliko unionin oikeuden kanssa yhteensopiva kansallinen lainsäädäntö, jossa määritettiin viivästyskoron enimmäismäärä maksuille, jotka liittyivät paljon liittymisajankohtaa aikaisemmin toteutettuun oikeustoimeen, joka tuotti edelleen vaikutuksia (viivästyskorkojen laskentaan) liittymisen jälkeen.[14]

*b) Ciola*

49. Sekä valittaja että komissio tukeutuivat kirjallisissa huomautuksissaan ja suullisissa lausumissaan laajasti unionin tuomioistuimen tuomioon Ciola.[15] Kyseistä tuomiota on todellakin syytä tarkastella yksityiskohtaisesti, koska se osoittaa, miten edellisessä jaksossa pääpiirteittäin esitettyjä yleisohjeita sovelletaan konkreettisessa tapauksessa.

50. Ratkaiseva päivämäärä asiassa Ciola oli 1.1.1995, jolloin Itävalta liittyi Euroopan yhteisöihin. Kyseisenä ajankohtana, tietysti lukuun ottamatta nimenomaisia poikkeuksia, yhteisön oikeus, vapaata liikkuvuutta koskevat määräykset mukaan luettuina, tuli voimaan täysimääräisesti, ja sitä alettiin soveltaa välittömästi kyseisessä uudessa jäsenvaltiossa.

51. Ciolan yhtiö omisti 200 venepaikkaa vapaa-ajan käyttöön tarkoitettuja veneitä varten Boden-järven Itävallan puoleisella rannalla, ja se vuokrasi näitä asiakkailleen. Vuonna 1990 tehdyn hallintopäätöksen mukaan enintään 60 venettä, joiden omistajat asuvat ulkomailla, voi saada venepaikan satamasta.[16] Viranomaiselle piti toimittaa vuosittain luettelo ulkomailla asuville henkilöille annetuista venepaikoista.[17]

52. Heinäkuun 10. päivänä 1996 (18 kuukautta yhteisöön liittymisen jälkeen) tehtiin uusi erillinen hallintopäätös, jonka mukaan yhtiö oli syyllistynyt tammi- ja toukokuussa 1995 kahden venepaikan vuokraamiseen sellaisille veneenomistajille, jotka asuivat ulkomailla, vaikka ulkomaalaisille varattu 60 paikan kiintiö oli jo ylittynyt. Ciolalle määrättiin maksuseuraamus molemmista vuoden 1990 hallintopäätöksen rikkomuksista.[18] Ciola valitti seuraamuksen määräämisestä vuonna 1996 tehdystä päätöksestä. Asiassa esitettiin yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyyntö, jonka toisessa kysymyksessä tiedusteltiin nimenomaisesti kyseisen kiellon ajallista soveltamisalaa, kun otetaan huomioon, että alkuperäinen hallintopäätös tuli lainvoimaiseksi ennen liittymistä.

53. Tuomion perusteluissa vahvistettiin aluksi, että palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevat määräykset olivat esteenä ulkomailla asuvien venepaikkakiintiölle. Niissä kuitenkin todettiin lisäksi, että ”kyse ei ole hallintotoimesta, eli 9.8.1990 tehdystä päätöksestä sellaisenaan, vaan siitä, onko päätös jätettävä soveltamatta *arvioitaessa* siihen perustuvan velvoitteen noudattamatta jättämisestä johtuvaa [liittymisajankohdan jälkeen määrättyä] *seuraamusta*, koska päätös on palvelujen tarjoamista koskevan periaatteen vastainen”.[19] Tuomiossa katsottiin, että tällaista päätöstä on jätettävä soveltamatta.

54. Käsiteltävässä asiassa valittaja katsoo, että tuomiossa Ciola todetaan tosiasiallisesti, että henkilöllä, johon hallintopäätöksen kielteiset vaikutukset kohdistuvat, on oikeus näiden vaikutusten poistamiseen, mikäli – hypoteettisesti – hallintopäätös *olisi ollut* yhteensopimaton uusien oikeussääntöjen kanssa, jos se olisi tehty näiden uusien sääntöjen voimaantulon jälkeen.

13 Tuomio 10.1.2006, Ynos (C-302/04, EU:C:2006:9).

14 Tuomio 15.12.2016, Nemec (C-256/15, EU:C:2016:954).

15 Tuomio 29.4.1999 (C-224/97, EU:C:1999:212).

16 Tuomio 29.4.1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, 3 ja 4 kohta).

17 Julkisasiamies Mischon ratkaisuehdotus Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, 5 kohta).

18 Tuomio 29.4.1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, 8 kohta) ja julkisasiamies Mischon ratkaisuehdotus Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, 6 kohta).

19 Tuomio 29.4.1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, 25 ja 34 kohta) (kursivointi tässä). Ks. myös julkisasiamies Mischon ratkaisuehdotus Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, 40–43 kohta).

55. Tuomiosta Ciola ei kuitenkaan voida tehdä tällaista päätelmää. Siinä riitautettiin sellaisen *seuraamusmaksun pätevyys*, joka määrättiin vapaata liikkuvuutta koskevien määräysten Itävallassa *voimaantulon jälkeen* tehdyllä päätöksellä. Seuraamusmaksu määrättiin lisäksi Ciolan yhtiön toteuttamista *toimista* – venepaikkojen vuokraus tammi- ja toukokuussa 1995 –, jotka *itsessään* tapahtuivat liittymisen jälkeen.

56. Näin ollen on jokseenkin selvää, että tuomiossa Ciola oli kyse uuden lainsäädännön soveltamisesta liittymisajankohdan jälkeen, mikä oli loogisesti tarpeen uuden tilanteen arvioimiseksi. Liittymisen jälkeisiä tosiseikkoja (venepaikkojen vuokraus) oli arvioitava uuden liittymisen jälkeisen lainsäädännön perusteella ja sovitettava siihen (kansallinen lainsäädäntö, jota mahdollisesti mukautettiin, jotta se on uusien sovellettavien unionin säännösten mukainen). Vuoden 1990 päätöksen (aiempia) vaikutuksia ei myöskään selkeästi ”poistettu” valittajan väittämässä mielessä. Tuomiossa Ciola ei todettu, että kyseistä päätöstä olisi tarkasteltava uudelleen tai että sen aiemmasta soveltamisesta olisi maksettava korvausta. Sen sijaan siinä yksinkertaisesti edellytettiin, että kyseistä vanhaa päätöstä, josta tuli vuoden 1995 jälkeen uuden lainsäädännön vastainen, ei voida enää soveltaa, kun lainsäädäntöä sovelletaan uudella tavalla hallinnollisten seuraamusten määräämisen yhteydessä liittymisen jälkeen.

### *2 Eläkkeitä koskeva oikeuskäytäntö*

57. Edellisessä jaksossa pääpiirteittäin esitettyä yleistä lähestymistapaa sovelletaan myös direktiivin 2000/78 ja eläkejärjestelmien yhteydessä.[20] Se, *miten* näitä sääntöjä tarkasti ottaen sovelletaan yksittäistapauksissa, ei kuitenkaan ole välttämättä mitenkään itsestään selvää. Eläkejärjestelmien erityispiirteitä ei voida jättää huomiotta. Eläkeoikeudet kertyvät ja eläkkeitä maksetaan vuosikymmenten ajan, ja tänä aikana lainsäädäntö voi muuttua merkittävästi. Entistä arkaluonteisemman asiasta tekee se, että eläkkeitä koskeviin riita-asioihin voi liittyä niin merkittäviä rahasummia niin yksilön kuin – laajemmin – valtiollisten ja yksityisten eläkerahastojenkin kannalta.

58. Tämä on todellakin merkittävä piirre, joka voidaan nähdä punaisena lankana tässä jaksossa eläkkeiden yhteydessä tarkasteltavissa tuomioissa. Valtaosa näistä asioista koskee eläkepäätöksiä, jotka on tehty uusien sääntöjen voimaantulon *jälkeen*.

#### *a) Vanhat tosiseikat, uusi lainsäädäntö ja tarve uudelle päätökselle*

59. On monia nimenomaisesti eläkkeitä koskevia ratkaisuja, joissa unionin tuomioistuin on vahvistanut, että määritettäessä eläkeoikeutta on otettava huomioon ennen syrjinnän kieltävien uusien sääntöjen voimaantuloa tapahtuneet tosiseikat (erityisesti työskentelykaudet).

20 Tuomio 1.4.2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179) ja tuomio 10.5.2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286). Tietyt eläkejärjestelmät on kuitenkin jätetty direktiivin 2000/78 soveltamisalan ulkopuolelle sen 3 artiklan 3 kohdassa.

60. Siten esimerkiksi tuomiot Bruno ja O'Brien [21] koskivat osa- ja kokoaikaisten työntekijöiden yhdenvertaista kohtelua, josta säädetään direktiivissä 97/81/EY. [22] Kyseisissä tuomioissa katsottiin, että määritettäessä sitä, onko henkilö oikeutettu eläkkeeseen, on otettava huomioon kyseisen direktiivin voimaantuloa edeltävät osa-aikaiset työskentelykaudet. [23] Sekä tuomiossa Bruno että tuomiossa O'Brien eläkeoikeus oli määritettävä direktiivin voimaantulon *jälkeen*. [24]

61. Näin oli myös tuomioissa Barber [25] ja Ten Oever [26] tarkastelluissa tapauksissa, joissa oli kyse ETY:n perustamissopimuksen 119 artiklan vastaisesta väitetystä sukupuoleen perustuvasta syrjinnästä. Mainituissa tapauksissa eläkeoikeus määritettiin ETY:n perustamissopimuksen 119 artiklan voimaantulon *jälkeen*. [27]

62. Tuomiossa Maruko [28] oli kyse leskeneläkettä koskevan oikeuden epäämisestä, joka oli seurausta direktiivin 2000/78 vastaisesta väitetystä sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvasta syrjinnästä. Kuten tuomiossa Ten Oever [29] tarkastellussa tapauksessakin, merkityksellinen tapahtuma toteutui ja uusi päätös tehtiin (kumppanin kuolema ja päätös evätä leskeneläke) täytäntöönpanon määräajan päättymisen *jälkeen*. [30]

63. Tuomiot Kauer ja Duchon koskivat kansalaisuuteen perustuvaa syrjintää. [31] Mainituissa asioissa kantajat hakivat eläkettä Itävallassa sen yhteisöön liittymisen *jälkeen* ja pyysivät, että tässä yhteydessä otetaan huomioon tietyt muissa jäsenvaltioissa ja ennen liittymistä tapahtuneet tosiseikat (Kauerin tapauksessa lapsen hoitamiseen Belgiassa käytetyt ajanjaksot ja Duchonin tapauksessa Saksassa tapahtunut, työkyvyttömyyteen johtanut työtapaturma).

64. Yhteenvetona on todettava, että kaikissa edellä mainituissa, eläkkeitä koskevissa asioissa on kyse tilanteista, joissa ennen uutta lainsäädäntöä tapahtuneet tosiseikat otetaan huomioon tehtäessä päätöstä uuden lainsäädännön voimaantulon *jälkeen*. Tämä sopii täydellisesti edellä mainitun yleisen oikeuskäytännön kaavaan: kyseessä on jatkuva tosiasiallinen tilanne, jota on arvioitava oikeudellisesti uudelleen uuden lainsäädännön voimaantulon jälkeen. Tällaisissa tilanteissa on, etenkin sosiaaliturvan yhteydessä, täysin loogista, että kaikki ennen uuden lainsäädännön voimaantuloa tapahtuneet merkitykselliset tosiseikat on otettava huomioon.

65. Tästä syystä tätä oikeuskäytäntöä ei mielestäni voida soveltaa käsiteltävässä asiassa, jossa tosiseikat tapahtuivat ja sovellettava lainsäädäntö ja hallintopäätös itsessään olivat olemassa ennen uuden lainsäädännön voimaantuloa. Ainoan uuden lainsäädännön voimaantulon jälkeen tapahtuneen tosiseikan muodostavat valittajalle maksetut eläkkeet.

21 Tuomio 10.6.2010, Bruno ym. (C-395/08 ja C-396/08, EU:C:2010:329) ja tuomio 1.3.2012, O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110).

22 Euroopan teollisuuden ja työnantajain keskusjärjestön (UNICE), julkisten yritysten Euroopan keskuksen (CEEP) ja Euroopan ammatillisen yhteisjärjestön (EAY) tekemästä osa-aikatyötä koskevasta puitesopimuksesta – Liite: Osa-aikatyötä koskeva puitesopimus – 15.12.1997 annettu neuvoston direktiivi (EYVL 1998, L 14, s. 9).

23 Tuomio 10.6.2010, Bruno ym. (C-395/08 ja C-396/08, EU:C:2010:329, 55 kohta) ja tuomio 1.3.2012, O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, 24 ja 25 kohta).

24 O'Brienin tapauksessa vuonna 2005. Tätä ei vahvisteta nimenomaisesti tuomiossa Bruno, mutta sen 12 kohdasta ilmenee epäsuorasti, ettei yksikään kantajista ollut eläkkeellä. Asioissa Bruno ym. esittämässään ratkaisuehdotuksessa julkisasiamies Sharpston totesi, että "näin ollen direktiiviä 97/81 sovelletaan pääasiassa kyseessä olevien eläkkeen saamiseksi huomioon otettavien viikkojen laskentaan *edellyttäen, että kukaan kantajista ei siirtynyt lopullisesti eläkkeelle ennen direktiivin voimaantuloa*. Kansallisen tuomioistuimen asia on selvittää, onko asia näin." Julkisasiamies Sharpstonin ratkaisuehdotus Bruno ym. (C-395/08 ja C-396/08, EU:C:2010:28, 40 kohta). Kursivointi tässä.

25 Tuomio 17.5.1990 (C-262/88, EU:C:1990:209).

26 Tuomio 6.10.1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

27 Tuomiossa Ten Oever väitetty oikeus leskeneläkkeeseen syntyi aviopuolison kuoltua vuonna 1988. Barber irtisanottiin vuonna 1980.

28 Tuomio 1.4.2008 (C-267/06, EU:C:2008:179).

29 Tuomio 6.10.1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

30 Ks. tuomio 1.4.2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, 21 kohta).

31 Tuomio 7.2.2002, Kauer (C-28/00, EU:C:2002:82) ja tuomio 18.4.2002, Duchon (C-290/00, EU:C:2002:234).

66. Näin on sitäkin suuremmalla syyllä, että käsiteltävässä asiassa väitetysti syrjivään päätökseen liittyy lainsäädännön arvioimista ja soveltamista tosiseikkoihin, jotka itsessään eivät liity *suoraan* eläkeoikeuteen tai sen laskemiseen. Väitetty syrjintä liittyy kurinpitopäätökseen, jossa vahvistettiin valittajan syyllisyys ja jolla hänelle määrättiin kaksi kurinpitoseuraamusta.[32] Ei tietenkään voida kiistää, että kyseisellä päätöksellä on ollut vaikutuksia valittajan eläkkeeseen.[33] Tässä jaksossa tarkastelluista tuomioista poiketen käsiteltävään asiaan ei kuitenkaan liity esimerkiksi eläkeoikeuden objektiivisia edellytyksiä, jotka liittyvät henkilön tilanteeseen tai työskentelykausiin. Käsiteltävä asia koskee sen sijaan eläkeoikeudesta erillistä kurinpitopäätöstä, joka liittyy tiettyyn tosiseikkojen kokonaisuuteen.

*b) Olemassa olevat eläkkeet, uusi lainsäädäntö ja nykyiset tilanteet*

67. Tuomio Römer,[34] johon kaikki menettelyn osapuolet ovat viitanneet, ei sovi aivan yhtä hyvin edellä kuvattuun kaavaan. Sitä on näin ollen syytä tarkastella lähemmin.

68. Kyseisessä asiassa miespuolinen kantaja oli itse asiassa jo eläkkeellä ja sai eläkettä, kun hän vuonna 2001 (eli ennen direktiivin 2000/78 täytäntöönpanon määräajan päättymistä) rekisteröi parisuhteen samaa sukupuolta olevan kumppaninsa kanssa. Römeriltä evättiin verokohtelu, jota olisi tavallisesti sovellettu (heteroseksuaaliseen) avioliittoon[35] ja jonka nojalla hänen eläkkeensä olisi ollut suurempi.

69. Tuomiossa Römer unionin tuomioistuin katsoi, että siltä osin kuin kyseessä oli syrjintä, Römer voisi vaatia yhdenvertaista verokohtelua direktiivin 2000/78 *täytäntöönpanon määräajan päättymisestä lähtien*. Toisin kuin muissa edellä mainituissa tapauksissa, tuomiossa Römer tarkastellussa tapauksessa kantajan eläkeoikeudesta päätettiin ennen uusien sääntöjen voimaantuloa. Kyse oli myöhempien maksujen ja kantajan verotuksellisen aseman osalta *jatkuvasta syrjinnästä*.

70. Kyseinen tapaus eroaa kuitenkin nyt tarkasteltavasta tapauksesta etenkin kahdesta syystä.

71. Ensinnäkin on niin, että Römerin verotuksellinen asema oli määritetty ennen direktiivin 2000/78 täytäntöönpanon määräajan päättymistä, joten kyse oli siinä mielessä ”lainvoimaisesta” päätöksestä. On kuitenkin myös niin, että merkityksellisessä kansallisessa lainsäädännössä säädettiin verokohtelun *uudelleentarkastelusta*, jos *henkilön tilanne muuttuu*. Kuten unionin tuomioistuin vahvisti, sovellettavassa kansallisessa lainsäädännössä siten säädettiin, että ”jos [edullisemman verokohtelun] edellytykset täyttyvät vasta eläkkeen maksamisen alkamisen jälkeisenä päivänä, viimeksi mainittua säännöstä on asianomaisen henkilön hakemuksesta sovellettava kyseisestä päivästä lähtien”.[36]

72. Tuomiossa Römer tarkastellussa tapauksessa oli näin ollen käytössä mekanismi uusien päätösten tekemiseksi ottaen huomioon uudet ja sosiaaliturvaan liittyvien laskelmien yhteydessä merkitykselliset muutokset henkilön tilanteessa.

73. Toiseksi, mikä vieläkin tärkeämpää, jos jätetään huomiotta edellä mainittu uudelleentarkastelua koskeva lauseke, tuomio Römer koskee sitä tapaa, jolla uusia sääntöjä (direktiiviä 2000/78) voitaisiin soveltaa yksilön *tämänhetkiseen henkilökohtaiseen tilanteeseen*, jotta voidaan tarkastella uudelleen *hänen eläkeoikeuksiaan koskevaa päätöstä*.

32 Kurinpitopäätöksen päätösosa on toistettu edellä tämän ratkaisuehdotuksen 19 kohdassa.

33 Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 21 ja 22 kohta.

34 Tuomio 10.5.2011 (C-147/08, EU:C:2011:286).

35 Tarkemmin ottaen verokohtelu, jossa fiktiiviset nettotyötulot otetaan huomioon eläkkeen laskemiseksi.

36 Tuomio 10.5.2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, 19 kohta).

74. Tämä eroaa mielestäni täysin sellaisesta ajallisesta soveltamisesta, jota valittaja on puoltanut käsiteltävässä asiassa. Käsiteltävässä asiassa ei esitetä henkilön tilanteen (lainsäädännössä säädettyä) huomioon ottamista tulevien mukautusten tekemiseksi vaan uudet oikeussäännöt huomioon ottaen tehtävää *suljetun tosiseikaston*, joka on tapahtunut useita vuosia aiemmin, ja niiden osalta tehdyn *kurinpitopäätöksen* uudelleentarkastelua, minkä tarkoituksena on muuttaa eläkeoikeuksiin kohdistuvia kerrannaisvaikutuksia.

*c) Poikkeuksia säännöstä?*

75. On totta, että unionin tuomioistuin on antanut joitain yksittäisiä tuomioita, joissa päätös eläkkeen myöntämisestä ja kaikki merkitykselliset tosiseikat vaikuttavat edeltävän uusien sääntöjen voimaantuloa. Toisin sanoen on tehty päätös eläkkeen myöntämisestä (tai epäämisestä) ja eläkeoikeuden tasosta, mutta sittemmin vedotaan uusiin sääntöihin kyseisen päätöksen avaamiseksi uudelleen, vaikka ei ole ilmennyt uusia tosiseikkoja tai henkilön tilanne ei ole muuttunut.

76. Tällaiset tuomiot ovat kuitenkin käytännössä harvinaisia, ja lähemmässä tarkastelussa ne voidaan helposti erottaa. Tuomiossa P [37] kantaja oli komission virkamiehen entinen aviopuoliso. Kun virkamies kuoli, P:llä ei ollut oikeutta leskeneläkkeeseen, koska edesmennyt aviomies ei ollut yksin ”syyllinen” avioeroon. Vain muutama kuukausi hänen kuolemansa jälkeen voimaan tulivat uudet säännöt, joiden mukaan P:llä *olisi ollut* oikeus leskeneläkkeeseen. [38] Yhteisöjen tuomioistuin sovelsi tuomiossaan näitä uusia sääntöjä, jotka antoivat P:lle oikeuden eläkkeeseen näiden uusien sääntöjen voimaantuloajankohdasta lähtien.

77. Tuomiossa P tarkastellussa tapauksessa oli kuitenkin joitain erityisiä piirteitä. Komissio itse asiassa puolsi painokkaasti uusien sääntöjen soveltamista (se riitautti eläkkeen maksamisen muilla perusteilla). Muut toimielimet sovelsivat sääntöjä välittömästi, ja niiden soveltamatta jättäminen johtaisi komission mukaan virkamiesten väliseen syrjintään. Alkuperäinen päätös, jossa eläke evättiin P:ltä, tehtiin lisäksi käytännössä muutamia päiviä uusien sääntöjen voimaantulon *jälkeen* (vaikka entinen aviopuoliso oli kuollut ennen niiden voimaantuloa).

78. Tuomiossa Brock kantajalle oli myönnetty työkyvyttömyyseläke vuonna 1958. Se muutettiin vanhuuseläkkeeksi vuonna 1961. [39] Kyse oli lähinnä siitä, sovellettiinko uusia sääntöjä, joissa edellytettiin muissa jäsenvaltioissa maksettujen eläkemaksujen huomioon ottamista ja jotka tulivat voimaan 1.1.1964. Tuomion mukaan niitä sovellettiin.

79. Pidän merkittävänä sitä, että kyseisessä asiassa merkitykselliseen lainsäädäntöön sisältyi säännös, jossa s*äädettiin nimenomaisesti sellaisten eläkkeiden uudelleentarkastelusta, jotka oli laskettu ennen* kyseisen lainsäädännön *voimaantuloa*.

80. Tuomiot P ja Brock käsiteltävästä asiasta erottava tärkein tekijä on kuitenkin se, että niissä merkitykselliset päätökset koskivat *uusissa oikeussäännöissä eläkkeen myöntämiselle asetettujen edellytysten* arvioimista.

81. Tämä selvästikin eroaa *aiemman menettelyn arvioimisesta uusien oikeussääntöjen perusteella* sen määrittämiseksi, miten erilainen (kurinpidollinen) päätös olisi ollut ja millaisia kerrannaisvaikutuksia sillä olisi ollut myöhempiin eläkeoikeuksiin.

37 Tuomio 5.2.1981, P v. komissio (40/79, EU:C:1981:32).

38 Edellytys, jonka mukaan edesmennyt oli yksin ”syyllinen” avioeroon, poistettiin, ja sen tilalle otettiin uusi edellytys, jonka mukaan jälkeen jäänyt *ei* ollut yksin ”syyllinen” avioeroon.

39 Tuomio 14.4.1970 (68/69, EU:C:1970:24).

82. Siten esimerkiksi tuomiossa P tarkastellussa tapauksessa entinen aviopuoliso ei pyytänyt arvioimaan uudelleen hänen avioeroaan sen määrittämiseksi, oliko hänen entinen aviomiehensä yksin ”syyllinen”. Tuomiossa Brock tarkastellussa tapauksessa työkyvyttömäksi tullut kantaja ei pyytänyt arvioimaan uudelleen hänen onnettomuutensa olosuhteita sen määrittämiseksi, voitiinko sitä pitää työtapaturmana. ”Syyllisyyttä” avioerossa tai vastuuta onnettomuudesta koskevat päätökset olivat lopullisia, aivan kuten käsiteltävässä asiassa tarkasteltava kurinpitopäätöskin oli lopullinen.

83. Näin ollen voidaan todeta, että tuomioiden P ja Brock kaltaisissa tuomioissa on ensi silmäyksellä ”vahvempi taannehtiva tuntu” kuin muissa tapauksissa, kuten edellä tarkastelluilla. Sen lisäksi, että ne ovat verrattain vanhoja ja erillisiä oikeustapauksia, ne voidaan kuitenkin selkeästi erottaa käsiteltävästä asiasta. Joka tapauksessa on nähdäkseni selvää, ettei tällaisia tuomioita voida tulkita siten, että uusien sääntöjen vahvistaminen antaa ehdottoman oikeuden taustalla olevien, aiemmin tehtyjen hallintopäätösten, joista on tullut lopullisia, uudelleentarkasteluun näiden uusien sääntöjen valossa ja vastaavien mukautusten tekemiseen eläkemaksuihin.

*d) Siirtymäsäännökset*

84. Toinen oikeuskäytäntölinja, jota on syytä tarkastella eläkkeiden yhteydessä, koskee direktiiviä 79/7/ETY.[40] Kyseisen direktiivin mukaan jäsenvaltioiden oli toteutettava miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaate sosiaaliturvaa koskevissa kysymyksissä. Osana tätä prosessia jäsenvaltiot muuttivat etuuksia koskevia kansallisia säännöksiään sukupuoleen perustuvan syrjinnän poistamiseksi.

85. Näistä lainsäädäntömuutoksista esitettiin useita ennakkoratkaisupyyntöjä unionin tuomioistuimelle. Käsiteltävän asian kannalta merkityksellisin osin nämä tapaukset koskivat naispuolisia kantajia, joilta oli syrjivien kansallisten säännösten perusteella evätty sosiaaliturvaetuuksia *ennen* kyseisen direktiivin *täytäntöönpanon määräajan päättymistä* tehdyillä päätöksillä. He pyrkivät itse asiassa saamaan nämä etuudet *täytäntöönpanon määräajan päättymisen jälkeen* vetoamalla uusiin syrjimättömiin säännöksiin.

86. Unionin tuomioistuimen tuomioissa vahvistettiin toistuvasti, että syrjinnän vaikutukset oli poistettava täytäntöönpanon määräajan päättymisen jälkeen. Lähemmän tarkastelun perusteella myös nämä tapaukset eroavat kuitenkin merkittävästi käsiteltävästä asiasta.

87. Esimerkiksi tuomiossa Borrie Clarke[41] tarkastellussa tapauksessa kansallisessa lainsäädännössä asetettiin lisäedellytys työkyvyttömyyseläkettä hakeville naisille miehiin verrattuna (kyvyttömyys tehdä kotitöitä). Kantaja ei täyttänyt tätä lisäedellytystä, joten hänen eläkehakemuksensa hylättiin vuonna 1983. Kansallista lainsäädäntöä muutettiin myöhemmin vastaamaan direktiiviä. Työkyvyttömyyseläke korvattiin vammaisetuudella, jolle asetetut uudet edellytykset olivat samat miehille ja naisille. Osana tätä siirtymävaihetta henkilöt, joille oli myönnetty työkyvyttömyyseläke ennen uuden lainsäädännön voimaantuloa, saivat kuitenkin automaattisesti vammaisetuuden, eikä heidän tarvinnut täyttää sille asetettuja uusia edellytyksiä. Näin ollen syrjintä tosiasiallisesti vahvistettiin ja sitä jatkettiin siirtymäsäännöksissä.

40 Miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen asteittaisesta toteuttamisesta sosiaaliturvaa koskevissa kysymyksissä 19.12.1978 annettu neuvoston direktiivi (EYVL 1979, L 6, s. 24).

41 Tuomio 24.6.1987 (384/85, EU:C:1987:309).

88. Mainitussa tuomiossa todettiin, että ”jos [täytäntöönpanon määräajasta] lähtien naisen kanssa samassa tilanteessa oleva mies oli automaattisesti oikeutettu edellä mainittujen siirtymäsäännösten mukaiseen uuteen, vakavasti vammaisille maksettavaan etuuteen ilman, että hänen tarvitsi osoittaa oikeuttaan uudelleen, nainen oli myös oikeutettu tähän etuuteen, eikä hänen tarvinnut täyttää ennen kyseistä ajankohtaa yksinomaan avioliitossa oleviin naisiin sovellettua lisäedellytystä”. [42]

89. Tilanne tuomiossa Borrie Clarke tarkastellussa tapauksessa on mielestäni samankaltainen kuin muissa edellä a jaksossa jo tarkastelluissa eläkkeitä koskevissa tapauksissa. Siirtymäsäännökset merkitsivät tosiasiallisesti syrjivien säännösten uutta soveltamista (tai ainakin aiemmin tehdyn päätöksen uudistamista uuden lainsäädännön perusteella) tulevaisuudessa. Tämäkin oikeuskäytäntölinja voidaan näin ollen erottaa selkeästi käsiteltävästä asiasta.

90. Samankaltainen tilanne on nähtävissä myös muissa tuomioissa, jotka tosin koskevat erilaisia etuuksia. [43]

*3 Jatkuvat suhteet*

91. Komissio viittasi kirjallisissa huomautuksissaan myös tuomioon Österreichischer Gewerkschaftsbund, [44] jossa oli kyse kuukausipalkan maksamiseen liittyvästä syrjinnästä ja johon se rinnasti käsiteltävän asian. Tämä käy yksiin valittajan väitteiden kanssa, joissa viitataan toistuvasti alennetuista eläkkeistä, jotka maksetaan säännöllisesti, muodostuvaan jatkuvaan syrjintään.

92. Siltä osin kuin viittauksen tähän oikeuskäytäntölinjaan voitaisiin katsoa tukevan väitettä, joka eroaa edellisessä jaksossa käsitellystä väitteestä, en näe, miten se voisi olla hyödyllinen valittajan esittämien vaatimusten kannalta. Myös kyseinen oikeuskäytäntö on nähdäkseni yksinkertaisesti erilainen.

93. Tuomiossa Österreichischer Gewerkschaftsbund [45] oli kyse siitä, että työsopimussuhteessa olevien opettajien palkan laskemisessa Itävallan lainsäädännössä otettiin täysimääräisesti huomioon Itävallassa hankittu aiempi opetuskokemus. Muissa jäsenvaltioissa hankittu opetuskokemus otettiin huomioon ainoastaan rajoitetusti. Kyseisessä tuomiossa katsottiin, että tämä rajoitus on työntekijöiden vapaan liikkuvuuden vastainen. Siinä myös todettiin, että syrjinnän poistamiseksi muissa jäsenvaltioissa hankittu opetuskokemus olisi otettava huomioon täysimääräisesti, vaikka se olisikin hankittu *ennen Itävallan liittymistä Euroopan unioniin*.

94. Österreichischer Gewerkschaftsbund on itse asiassa yksi monista tuomioista, joissa unionin tuomioistuin on lähinnä katsonut, että työsuhteita koskevissa asioissa uusien sääntöjen voimaantuloa edeltävät tosiseikat voi olla tarpeen ottaa huomioon määritettäessä työntekijöiden palkkaa, jos ne ovat merkityksellisiä tämän uuden lainsäädännön mukaisen arvioinnin kannalta. [46] Siten esimerkiksi useissa tuomion Hütter jälkeen annetuissa tuomioissa on katsottu, että Itävallan säännökset, joissa otettiin huomioon ennen 18 ikävuoden täyttämistä hankittu työkokemus määritettäessä virkamiesten ja toimihenkilöiden palkkaluokkia, olivat direktiivissä 2000/78 säädetyn ikään perustuvan syrjinnän kiellon vastaisia. [47] Palkkaluokkia oli mukautettava syrjinnän poistamiseksi myös siinä tapauksessa, että asianomainen kokemus oli hankittu ennen kyseisen direktiivin täytäntöönpanon määräajan päättymistä.

42 Tuomio 24.6.1987, Borrie Clarke (384/85, EU:C:1987:309, 12 kohta).

43 Ks. esim. tuomio 8.3.1988, Dik ym. (80/87, EU:C:1988:133).

44 Tuomio 30.11.2000 (C-195/98, EU:C:2000:655).

45 Tuomio 30.11.2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655).

46 Ks. esim. tuomio 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513); tuomio 26.10.2006, komissio v. Italia (C-371/04, EU:C:2006:668) ja tuomio 18.6.2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381).

47 Tuomio 18.6.2009, Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381); tuomio 28.1.2015, Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38) ja tuomio 14.3.2018, Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180).

95. Tällaisia tapauksia, joissa on kyse palkkojen mukauttamisesta syrjinnän poistamiseksi, ei mielestäni voida rinnastaa suoraan nyt käsiteltävän kaltaisiin tapauksiin yksinkertaisesta syystä: tuomiossa Österreichischer Gewerkschaftsbund tarkastellun kaltaisissa tapauksissa kyse oli *jatkuvasta* työsuhteesta siihen liittyvine voimassa olevine vastavuoroisine oikeuksineen ja velvollisuuksineen. Työntekijällä on tietty palkkaluokka tai arvoasema ja tietty määrä työkokemusta, joiden perusteella hänen palkkansa lasketaan joka kuukausi. ”Uudistaminen” toistuu siten kuukausittain, kun voimassa olevaa lainsäädäntöä sovelletaan uudelleen palkan asianmukaista laskentaa varten, mikä edellyttää jatkuvia mukautuksia uusi lainsäädäntö ja henkilön tilanteessa tapahtuvat muutokset huomioon ottaen.[48] Tämä muistuttaa jollain tapaa tuomiossa Römer tarkasteltua tilannetta, jossa kantajan tilanteen muuttumista koskevat säännökset mahdollistivat samantapaisen ”uudistamisen”.[49]

96. Sitä vastoin nyt tarkasteltavan kaltaisissa tapauksissa työsuhde oli päättynyt[50] ja kaikki eläkeoikeudet olivat kertyneet hyvissä ajoin ennen kyseistä ajankohtaa, ja kurinpitopäätös eläkkeen alentamisesta 25 prosentilla oli tehty vuonna 1975 aiempien tapahtumien perusteella ja tullut lainvoimaiseksi. Kyseisen päätöksen käytännön vaikutukset tuntuvat edelleen, kuten voi olla minkä tahansa aiemman tapahtuman tapauksessa, mutta käsiteltävässä asiassa ei ole enää olemassa jatkuvaa suhdetta, joka edellyttäisi (uudelleen) arvioimista uuden lainsäädännön perusteella. Aiemmin tapahtuneita tosiseikkoja, joilla olisi jatkuvaa merkitystä, ei ole. Tässä mielessä näiden aiempien tosiseikkojen oikeusvaikutukset ovat nimittäin lakanneet.

### *4 Aiemmin tehtyjen päätösten avaaminen uudelleen*

97. Kattavan yleiskatsauksen esittämiseksi on syytä lisätä, että sääntöjen, jotka koskevat uusien sääntöjen ajallista sovellettavuutta aiempiin tosiseikkoihin ja/tai jatkuviin oikeussuhteisiin, lisäksi unionin oikeudessa on myös olemassa rajattu velvollisuus avata aiemmin tehdyt päätökset uudelleen, jos ne ovat unionin oikeuden vastaisia.

98. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä korostetaan oikeusvoiman periaatteen tärkeyttä oikeusrauhan ja oikeussuhteiden vakauden samoin kuin hyvän lainkäytön varmistamiseksi. Kaikkien käytettävissä olevien oikeussuojakeinojen tultua käytetyiksi tai näitä oikeussuojakeinoja varten säädettyjen määräaikojen päätyttyä lainvoimaisiksi tulleita ratkaisuja ei voida enää saattaa kyseenalaisiksi.[51] Näin on siinäkin tapauksessa, että kansallisen tuomioistuimen olisi siten mahdollista lopettaa unionin oikeuden loukkaus kyseisellä ratkaisulla.[52]

99. On totta, että lainvoimaisiksi tulleita päätöksiä voidaan avata uudelleen, mutta näin on vain silloin, jos kyseessä ovat aidosti poikkeukselliset olosuhteet. Näihin olosuhteisiin kuuluu se, että on tehty virheellinen unionin oikeuden tulkinta, johon päädyttiin esittämättä unionin tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymystä, ja että kyseessä oleva henkilö on kääntynyt hallintoelimen puoleen välittömästi saatuaan tietää kyseisestä oikeuskäytännöstä.[53]

48 Noudattaen jälleen yleissääntöjä, joiden mukaan jatkuvissa oikeussuhteissa, esimerkiksi edellisen sääntelyn nojalla tehdyissä sopimuksissa, vastavuoroisten oikeuksien ja velvollisuuksien sisältöä on mukautettava *tulevaisuuden osalta*, jotta se on uuden lainsäädännön mukainen – ks. lisäksi esim. ratkaisuehdotukseni Nemec (C-256/15, EU:C:2016:619, 41 kohta).

49 Edellä tämän ratkaisuehdotuksen 67–74 kohta.

50 Ennakkoratkaisupyynnössä selitetään, että teknisesti ”palvelusajan työsuhde” on muuttunut ”eläköityneeksi työsuhteeksi”. Tällä tarkoitetaan sitä, ettei virkamies ole enää palveluksessa.

51 Ks. esim. tuomio 11.11.2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, 38 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

52 Tuomio 1.6.1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, 46 ja 47 kohta) ja tuomio 16.3.2006, Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178, 21 kohta).

53 Tällaisia poikkeuksellisia olosuhteita tarkastellaan 13.1.2004 annetussa tuomiossa Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, 28 kohta) ja 18.7.2007 annetussa tuomiossa Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434, 63 kohta).

100. Jos jätetään huomiotta kysymys siitä, missä tarkasti ottaen kulkee raja, jolloin olosuhteista tulee ”poikkeuksellisia”, yhteinen nimittäjä näille vähälukuisille tapauksille, joissa tällainen velvollisuus asetettiin, oli kuitenkin se, että yhteensopimattomuus *oli jo olemassa* silloin, kun kansallinen päätös tehtiin. Alkuperäinen päätös oli siten jo unionin oikeuden vastainen.

101. Sitä vastoin käsiteltävässä asiassa ajankohtana, jona merkitykselliset päätökset (sekä kurinpitopäätös että eläkkeen myöntämisestä valittajalle tehty päätös) tehtiin, Itävalta ei ollut unionin jäsenvaltio, eikä direktiiviä 2000/78 ollut vielä annettu. Lisäksi Itävallan hallituksen näkemyksen, jota valittaja ei kiistä, mukaan kurinpitopäätös oli kansallisen lainsäädännön mukainen, kun se tehtiin vuonna 1974.

102. Käsiteltävässä asiassa ei siten ole poikkeuksellisia olosuhteita, jotka oikeuttaisivat lainvoimaisten hallintopäätösten avaamisen uudelleen, puhumattakaan sellaisista seikoista, jotka oikeuttaisivat unionin oikeuden ajallista soveltamista koskevan yleisemmän ja kattavamman säännön, jolla pyritään samaan lopputulokseen.

*5 Soveltaminen käsiteltävään asiaan*

103. Edellä pääpiirteittäin esitetyistä eri oikeuskäytäntölinjoista voidaan tehdä seuraavat tärkeimmät päätelmät.

104. Ensinnäkin uuden lainsäädännön ajallisia vaikutuksia ja eläkeoikeuksia koskeva unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö keskittyy hyvin pitkälti tilanteisiin, joissa eläkeoikeudesta päätettiin uuden lainsäädännön voimaantulon *jälkeen*.

105. Toiseksi jatkuvia (työ)suhteita sekä palkkaluokkien ja kuukausipalkkojen mukauttamista koskevaa oikeuskäytäntöä ei voida soveltaa sellaisten eläkkeiden maksamiseen, jotka on laskettu ja joita on jo maksettu (kauan) ennen uuden lainsäädännön voimaantuloa.

106. Kolmanneksi unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ei ole vankkaa perustaa sellaiselle kauaskantoiselle näkemykselle, että hallintopäätösten, jotka ovat tulleet lainvoimaisiksi *ennen* uuden lainsäädännön voimaantuloa, jatkuvia vaikutuksia eläkkeisiin on tarkasteltava uudelleen ottaen huomioon tapa, jolla kyseistä uutta lainsäädäntöä olisi sovellettu. Tällainen näkemys on lisäksi ristiriidassa oikeusvoiman periaatetta koskevan unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön kanssa.

107. Olen jo edellä pyrkinyt erottamaan käsiteltävän asian ja selittämään, miksi se ei kuulu mihinkään edellisissä jaksoissa tarkastelluista ryhmistä. Tiivistetysti katson, että käsiteltävässä asiassa eläkkeelle siirtämisestä ja alennettujen eläkeoikeuksien määrittämisestä oli jo tullut edellä 46 kohdassa mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitettu ”lopullinen tilanne” ennen kuin direktiivin 2000/78 mukainen siirtymäkausi päättyi. Eläkkeen jatkuvaa maksamista valittajalle ei voida pitää sellaisen tilanteen, joka syntyi ennen kyseisen direktiivin voimaantuloa, unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitettuina ”tulevina vaikutuksina” siten, että nämä vaikutukset olisi poistettava tai niitä olisi mukautettava.

108. Kurinpitopäätös riitautettiin jo tuloksetta 1970-luvulla. Oikeudellinen kysymys valittajan asemasta eläköityneenä poliisina ja hänen eläkkeensä alentamisesta ratkaistiin tuolloin. Valittaja on saanut eläkettä vuodesta 1976 lähtien. Käsiteltävässä asiassa ei ole olemassa uutta päätöstä, joka tehtiin tai joka pitäisi tehdä direktiivin 2000/78 täytäntöönpanon määräajan päättymisen jälkeen.

109. Lisäksi kaikki käsiteltävän asian kannalta merkitykselliset, kurinpitopäätöksen perustana olleet tosiseikat tapahtuivat 1970-luvulla. Toisin kuin tuomiossa Römer tarkastellussa tapauksessa, käsiteltävässä asiassa ei siten ole nykyisiä tosiseikkoja, jotka liittyvät valittajan jatkuvaan henkilökohtaiseen tilanteeseen ja joita olisi arvioitava uudelleen direktiivin 2000/78 perusteella.

110. Tuomioissa Brock ja P tarkasteltujen kaltaisten tapausten perusteella ei nähdäkseni voida väittää yleisesti, että on olemassa oikeus eläkkeiden uudelleentarkasteluun, joka koostuu uusien sääntöjen taannehtivasta soveltamisesta aiemmin tehtyyn päätökseen, joka vaikuttaa eläkeoikeuteen ja eläkkeen suuruuteen. Tuomioissa Brock ja P tarkastellut tapaukset eroavat mielestäni myös suuresti käsiteltävästä asiasta. Näissä molemmissa tapauksissa jo aiemmin olemassa ollut hallintopäätös tehtiin soveltamalla useita melko erityisiä ja objektiivisia edellytyksiä eläkeoikeuteen ja eläkkeen suuruuteen. Näitä edellytyksiä mukautettiin lainsäädäntöön myöhemmin tehdyillä muutoksilla. Tämä eroaa käsiteltävästä asiasta, jossa itse asiassa ehdotetaan 40 vuoden takaisen kurinpitomenettelyn käynnistämistä uudelleen syrjintää koskevien uusien sääntöjen valossa ja sen laadullista arvioimista, olisiko päätös muuttunut, ja jos olisi, niin missä suhteessa.

111. Valittaja piti lausumissaan kiinni kuukausittaisen eläkkeensä alentamisena ilmenevän syrjinnän ”jatkuvasta” luonteesta. Niiden tapausten, jotka koskevat todellisia jatkuvia oikeussuhteita ja tarvetta mukauttaa näitä oikeussuhteita asteittain uudet säännöt huomioon ottaen, kuten tuomio Österreichischer Gewerkschaftsbund tai tuomio Römer, tarkastelusta kuitenkin ilmenee, että pelkkä vuosina 1975 ja 1976 tehtyihin lainvoimaisiin päätöksiin perustuva kuukausittaisen eläkkeen saaminen ei edellytä merkityksellisten tosiseikkojen uudelleen arvioimista.

112. Käsiteltävässä asiassa vaaditaan itse asiassa tilanteen taustalla olevan lainvoimaisen kurinpitopäätöksen uudelleen arvioimista soveltamalla syrjimättömyyttä koskevia uusia vaatimuksia sen määrittämiseksi, mitä kerrannaisvaikutuksia kyseisellä päätöksellä on kuukausittaiseen eläkkeeseen. Tämän vaatimuksen todellista luonnetta kuvaa ehkä parhaiten ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämän ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen viimeisen virkkeen saksankielinen sanamuoto, jossa viitataan sellaisen (”gedachte”) uuden päätöksen tekemiseen, joka olisi, jos se tehtäisiin direktiivin 2000/78 ollessa voimassa, kyseisen direktiivin vastainen. ”Gedachte” voidaan nimittäin kääntää ilmaisulla ”kuvitteellinen”, mutta sen todellinen merkitys käsiteltävänä olevassa asiayhteydessä on pikemminkin (täysin) ”mielikuvituksellinen”.

113. Käsiteltävän kaltaisessa asiassa unionin oikeudessa ei nähdäkseni selvästikään anneta yksilöille oikeutta vaatia minkä tahansa hallintopäätöksen, joka heidän osaltaan on tehty heidän elinaikanaan ja jolla on tai voi olla kielteisiä vaikutuksia heidän eläkkeeseensä (tai muihin etuuksiinsa), uudelleentarkastelua uuden lainsäädännön valossa. Tällaiselle kauaskantoiselle vaatimukselle ei yksinkertaisesti ole perustaa unionin oikeudessa.

114. Jotta valittajan esittämille väitteille annetaan täysimääräisesti niiden ansaitsema merkitys, on todettava, että valittajan esittämissä toteamuksissa piilee paljon syvällisempi *moraalinen* peruste, joka osittain nivoutuu uusien sääntöjen ajallista soveltamista koskevaan ”tekniseen” perusteeseen mutta joka on myös osittain riippumaton siihen nähden. Jos tätä moraalista perustetta tarkastellaan erikseen, kuten valittaja nimittäin istunnossa ehdotti, sillä ei ole juurikaan tekemistä vuonna 1975 tehdyn kurinpitopäätöksen mahdollisen uudelleentarkastelun kanssa. Siinä tapauksessa Itävaltaa ei moitittaisi siitä, ettei se ole palannut menneisyyteen, vaan siitä, ettei se ole aktiivisesti hyvittänyt tulevaisuuden osalta aiempia virheitä vuoden 2003 jälkeen, jolloin direktiivi 2000/78 oli jo voimassa ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuin oli antanut Itävallan kannalta kielteiset tuomiot.[54]

54 Mainittu edellä alaviitteessä 4.

115. Tältä osin tyydyn toistamaan, ettei *unionin lainsäädännössä* nähdäkseni ole tällaista velvollisuutta. Direktiivin 2000/78 17 artikla, jonka mukaan jäsenvaltioiden on säädettävä tehokkaita, oikeasuhteisia ja varoittavia seuraamuksia, sinänsä nivoutuu loogisesti saman direktiivin ajalliseen sovellettavuuteen.

116. Hallintopäätökset tehdään lisäksi kulloisellekin ajankohdalle ominaisessa asiayhteydessä. Rikosoikeudellinen, kurinpidollinen ja moraalinen kehys Itävallassa, kuten muuallakin Euroopassa, on muuttunut huomattavasti vuodesta 1975 lähtien. Siten esimerkiksi Itävallassa kurinpitoseuraamuksia määrätään nykyään vain poliiseille, joiden toimet heikentävät kansalaisten luottamusta poliisiin. Rikostuomiot kuitenkin johtavat automaattisesti irtisanomiseen, ymmärtääkseni ilman minkäänlaista eläkeoikeutta. Suojaikä Itävallassa on nykyisin 14 vuotta sekä homo- että heteroseksuaaleilla. Lainsäädännössä säädetään kuitenkin myös poikkeuksista alle 16-vuotiaille lasten osalta, joiden ei katsota olevan riittävän kypsiä seksuaaliseen kanssakäymiseen.

117. Moraalisuus on sanalla sanoen liikkuva maalitaulu. Moraaliset perusteet ovat lisäksi usein kaksiteräinen miekka. Tosiseikastoltaan monimutkaisissa asioissa, joissa on tehtävä useita moraalisia päätöksiä, kuten käsiteltävässä asiassa, tällaiset perusteet voivat johtaa myönteiseen tai kielteiseen lopputulokseen. Lukuun ottamatta äärimmäisiä tilanteita, joissa ihmisarvoon liittyvät perusarvot jätetään ilmiselvästi ja räikeästi huomiotta, minkä voitaisiin sanoa synnyttävän moraalisen velvoitteen korjata aiempia vääryyksiä ajankohdasta riippumatta,[55] yhteiskuntien ja niiden lainsäädännön olisi siten annettava kehittyä vähitellen ja menneiden annettava olla menneitä.

*6 Ensimmäistä kysymystä koskeva ratkaisuehdotus*

118. Edellä esitetty huomioon ottaen ehdotan, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäiseen kysymykseen vastataan seuraavasti:

Direktiivin 2000/78 2 artikla ei ole esteenä sille, että kansallisen lainsäädännön mukaan lainvoimaiseksi tulleen, virkamieslainsäädännön kurinpitosäännöksiä koskevan hallintopäätöksen (kurinpitopäätös), jolla määrättiin virkamiehen eläkkeelle siirtämisestä ja eläkkeen alentamisesta, oikeustilaa muuttava vaikutus pysytetään, jos

– unionin oikeuden säännökset, erityisesti direktiivi, eivät vielä olleet merkityksellisiä mainitun hallintopäätöksen kannalta sen tekemisajankohtana, mutta

– (kuvitteellinen) samankaltainen päätös olisi direktiivin vastainen, jos se tehtäisiin direktiivin ajallisella soveltamisalalla.

## *B Toinen ja kolmas kysymys*

119. Kun otetaan huomioon ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäiseen kysymykseen ehdottamani vastaus, toiseen ja kolmanteen kysymykseen ei ole tarpeen vastata. Siltä varalta, että unionin tuomioistuin päätyy toisenlaiseen tulokseen, tarkastelen näitä kysymyksiä kuitenkin lyhyesti jäljempänä.

120. Jos unionin tuomioistuin katsoo, ettei kurinpitopäätöksen vaikutuksia voida pysyttää, esiin tulee kysymys siitä, mitä se, että ”näitä vaikutuksia ei pysytetä”, tarkkaan ottaen merkitsee käsiteltävän kaltaisessa asiassa.

55 Jolloin oikeudenmukaisuuden ja oikeusvarmuuden välille syntyy sellainen sietämätön jännite, että viimeksi mainitun on tehtävä tilaa ensiksi mainitulle ja kyseisen (virheellisen) lainsäädännön on todettava jälkikäteen lakanneen olemasta – Radbruch, G., ”Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, Volume 1, issue 5, s. 105–108.

121. Ellei vastausta tähän kysymykseen erotettaisi 1970-luvulla annetuista ratkaisuista, joiden mukaan – samaan tapaan kuin mitä edellä on juuri todettu aktiivisesta, tulevasta velvollisuudesta maksaa korvausta (oletettavasti kertaluonteisina maksuina) – kansallisen tuomioistuimen olisi tarkasteltava kurinpitopäätöksen sisältöä voidakseen todeta, onko se tehty direktiivin 2000/78 kanssa yhteensopivalla tavalla, ja ajankohtaa, josta lähtien uutta kuvitteellista päätöstä sovellettaisiin. Käytän tästä jäljempänä nimitystä ”mitä jos -lähestymistapa”.

122. Yli 40 vuotta sitten tehdyn päätöksen ja sen vaikutusten rekonstruoiminen on mielestäni erittäin ongelmallista. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin käsittelee kuitenkin toisessa ja kolmannessa kysymyksessään melko yksityiskohtaisesti erityisiä ”juonilinjoja” tällaisessa oikeudellisen fiktion teoksessa. Näin ollen, ellei unionin tuomioistuin yksinkertaisesti totea, että ”vaikutuksia ei voida pysyttää”, ja jätä kansallisen tuomioistuimen ratkaistavaksi, miten nämä vaikutukset yksilöidään ja ”neutraloidaan”, unionin tuomioistuimesta tulee väistämättä yksi tämän teoksen tekijöistä. Esitän jäljempänä joitain pohdintoja siitä, millainen tästä kertomuksesta voisi tulla.

*1 Toinen kysymys*

123. Kurinpitopäätöksellä valittaja siirrettiin eläkkeelle ja hänen eläkettään alennettiin 25 prosenttia. Toisella kysymyksellään kansallinen tuomioistuin tiedustelee, riittääkö kurinpitopäätökseen liittyvän syrjinnän poistamiseksi, että kumotaan valittajan eläkkeeseen tehty 25 prosentin vähennys, vai olisiko eläke laskettava ikään kuin valittaja olisi ollut työssä eläkkeelle siirtämisestään lähtien. Riittääkö *25 prosentin vähennyksen* tulevien vaikutusten poistaminen, vai onko myös tarpeen poistaa *ennenaikaisen eläkkeelle siirtämisen* tulevat vaikutukset?

124. Valittaja väittää, että eläkkeeseen tehty 25 prosentin vähennys olisi kumottava täysimääräisesti ja että hänen eläkeoikeutensa olisi laskettava ikään kuin hän olisi tällä välin työskennellyt poliisina. Toisin sanoen olisi luotava tilanne, joka olisi vallinnut, jos kurinpitopäätöstä ei olisi lainkaan tehty (tai seuraamusta ei olisi määrätty).

125. Komissio puoltaa mitä jos -lähestymistavan soveltamista ainoastaan 25 prosentin vähennykseen ja myöntää, että valittajan eläkettä olisi saatettu alentaa seuraamuksena hänen käyttäytymisestään ilman, että tähän liittyy mitään homofobista ennakkoasennetta. Komissio ei sitä vastoin pidä tämän lähestymistavan soveltamista itse eläkkeeseen asianmukaisena. Ennenaikaisesta eläkkeelle siirtämisestä seuraava eläkkeen aleneminen ei ole itse asiassa sellaisen tilanteen tuleva vaikutus, joka syntyi aiemmin ja johon uusia sääntöjä on sovellettava. Komission mukaan eläkkeelle siirtämisen oikeudelliset vaikutukset lakkasivat työsuhteen päättyessä. Tästä syystä vaikutukset, jotka koostuvat siitä, ettei eläkeoikeuksia kertynyt lisää, mikä johtui ennenaikaisesta eläkkeelle siirtämisestä, voidaan pysyttää.

126. Esitän tästä seuraavat huomautukset.

127. Jos kurinpitopäätös olisi tehty vuonna 1975 tavalla, joka *oli* yhteensopiva vuonna 2000 käyttöön otetun sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvan syrjinnän kiellon kanssa, on epäselvää, olisiko valittajan ollut ylipäätään pakko siirtyä eläkkeelle. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mainitseman seuraamuksen ”selvästi lievemmän”[56] luonteen voitaisiin nimittäin myös ymmärtää tarkoittavan, ettei valittajaa olisi siirretty eläkkeelle.

56 Tarkasteltu edellä tämän ratkaisuehdotuksen 41 kohdassa.

128. Jos asia on näin, ensimmäiseen kysymykseen annetun vastauksen mukaisesti ”ennenaikaisen eläkkeelle siirtämisen tulevia vaikutuksia” ei voitaisi pysyttää. Näihin vaikutuksiin kuuluu varmastikin se, ettei valittaja työskennellyt enää poliisina, hänelle ei kertynyt enää eläkeoikeuksia eikä näitä ”menetettyjä vuosia” otettu huomioon hänen eläkkeensä laskennassa. Tässä mielessä seuraamuksen vaikutukset nimittäin ”jatkuvat” yhä. Ennenaikaisen eläkkeelle siirtämisen tulevien vaikutusten poistamisessa on siten otettava (jotenkin) huomioon nämä menetetyt vuodet.

129. Komissio pitää tätä päätelmää virheellisenä. Sen mukaan vaikutukset, jotka johtavat ennenaikaisen eläkkeelle siirtämisen seurauksena siihen, ettei eläkeoikeuksia enää kerry, voidaan pysyttää.

130. Myönnän, että komission tästä seikasta esittämiä perusteluja on mielestäni mahdotonta sovittaa yhteen sen näkemyksen kanssa, jonka mukaan kurinpitopäätöksessä tehty 25 prosentin vähennys *on* ”tuleva vaikutus” edellä kuvatussa merkityksessä. Molemmat seuraamukset – eläkkeelle siirtäminen ja 25 prosentin vähennys – määrättiin samojen tosiseikkojen perusteella ja samalla kurinpitopäätöksellä. Molemmissa tapauksissa periaatteellinen kysymys koskee sitä, millaisia vaikutuksia kurinpitopäätöksellä olisi ollut, jos se olisi tehty tavalla, joka on yhteensopiva direktiivin 2000/78 kanssa.

131. Jos nimittäin noudatettaisiin komission eri vaikutusten välillä tekemää erottelua, se merkitsisi sitä, että valittaja olisi itse asiassa voitu irtisanoa työstään eikä hän olisi enää voinut riitauttaa sitä. Toisin kuin eläkkeelle siirtäminen, välitön irtisanominen olisi lähtökohtaisesti päättänyt oikeussuhteen, eikä sillä olisi jatkuvia vaikutuksia maksettavaan eläkkeeseen.

132. Edellä esitetty huomioon ottaen, jos unionin tuomioistuin katsoo, ettei syrjivän kurinpitopäätöksen vaikutuksia voida pysyttää ja että on omaksuttava mitä jos -lähestymistapa, tässä lähestymistavassa olisi tarkasteltava vaihtoehtoista historiaa, jossa valittajaa ei siirretä eläkkeelle, samoin kuin sellaista skenaariota, jossa valittajan eläkkeeseen tehtyä 25 prosentin vähennystä ei sovelleta (täysimääräisesti).

133. Huomautan, että tällaisesta päätelmästä heräisi useita uusia hankalia kysymyksiä. Olisiko vuonna 1976 tapahtuneen eläkkeelle siirtämisen ”tulevien vaikutusten” poistamiseksi oletettava, että valittaja työskenteli keskeytyksettä vuodesta 1976 lähtien vai direktiivin 2000/78 täytäntöönpanon määräajan päättymisestä lähtien? Olisiko vastaavasti suuremmasta eläkkeestä vähennettävä valittajalle näiden vuosien aikana muusta työskentelystä kertynyt eläke?[57] Olisiko vastaavasti suuremmasta eläkkeestä vähennettävä eläketulot, jotka valittaja on jo saanut poliisina työskentelystä eläkkeelle siirtämisestään lähtien (joita hän ei tietenkään olisi saanut, jos olisi jatkanut työskentelyä)?[58]

134. Kun tarkastellaan lisäksi erityisesti 25 prosentin vähennystä, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toisessa kysymyksessä oletetaan epäsuorasti, että tämä vähennys on kokonaan seurausta päätöksen syrjivästä luonteesta.

135. Ilmauksen ”mitä jos” pitäisi kuitenkin oikeasti tarkoittaa ”mitä jos”. Siten on otettava huomioon se mahdollisuus, että vaikka valittajaa ei olisikaan tuomittu rikoksesta, hänelle määrättäisiin silti seuraamus kurinpitomenettelyssä samojen tosiseikkojen perusteella[59] ja valittajan eläkettä olisi silti alennettu, mutta vähemmän kuin 25 prosenttia. Tämä on itse asiassa komission kirjallisissa huomautuksissaan omaksuma lähestymistapa. Siten, jos kyseessä ei olisi syrjintä ja valittajan eläkettä olisi silti alennettu, mutta esimerkiksi vain 5 tai 10 prosenttia, tämän 5:n tai 10 prosentin vähennyksen vaikutusten olisi säilyttävä.

57 Kirjallisissa huomautuksissa ja istunnossa vahvistettiin, että poliisin palveluksesta lähtemisensä jälkeen valittaja työskenteli yksityisellä sektorilla, mistä hän saa eläkettä.

58 Kuten istunnossa vahvistettiin, valittaja on saanut eläkettä poliisina työskentelystään vuodesta 1976 lähtien, jolloin hänet siirrettiin eläkkeelle.

59 Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 42 kohta ja Itävallan hallituksen väitteet, joiden mukaan seksuaalisessa kanssakäymisessä alaikäisten kanssa olleelle poliisille voitaisiin määrätä seuraamuksia kurinpitomenettelyssä asianosaisten *sukupuolisesta suuntautumisesta riippumatta*.

136. Siinä tapauksessa, että mitä jos -lähestymistapaa sovelletaan 25 prosentin vähennykseen, olen samaa mieltä komission kanssa siitä, että tätä fiktiota on seurattava sen loogiseen loppuun saakka. Se, miten erilainen kurinpitopäätös olisi tarkasti ottaen ollut, jos se olisi tehty syrjimättömästi, olisi (jokseenkin hankala) kysymys kansalliselle tuomioistuimelle ratkaistavaksi.

*2 Kolmas kysymys*

137. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee kolmannella kysymyksellään, määräytyykö toiseen kysymykseen annettava vastaus sen perusteella, onko virkamies aloitteellisesti pyrkinyt tosiasiallisesti aloittamaan työskentelyn liittovaltion palveluksessa ennen eläkeiän saavuttamista.

138. Minun on myönnettävä, että olen ymmälläni tämän kysymyksen merkityksellisyydestä, kun otetaan huomioon pääasian tosiseikat. Tällaista kysymystä on kuitenkin melko vaikea luokitella hypoteettiseksi, kun kerran tarkastelemme jo erilaisia mitä jos -skenaarioita.

139. Tosiseikkoihin ei sisälly mainintaa siitä, onko valittaja pyrkinyt aloittamaan (uudelleen) työskentelyn liittovaltion palveluksessa. Voitaneen kohtuudella olettaa, että jos henkilö oli irtisanottu liittovaltion palveluksesta pääasiassa kyseessä olevien kaltaisissa olosuhteissa, yritys päästä takaisin sen palvelukseen olisi jokseenkin turha (jos se on ylipäätään lain mukaan mahdollista). Jos asia on näin ja jos valittaja ei ole myöhemmin pyrkinyt aloittamaan työskentelyn liittovaltion palveluksessa, mitä päätelmiä tästä seikasta voidaan tehdä? Voitaisiinko valittajaa moittia siitä, ettei hän ole tehnyt näin? Voitaisiinko hänet asettaa tämän seurauksena mahdollisesti epäedullisempaan asemaan?

140. Sikäli kuin sillä on merkitystä, kuten edellä 133 kohdassa todettiin, siltä osin kuin ennenaikaisen eläkkeelle siirtämisen vaikutukset on tarkoitus poistaa, tästä herää kuitenkin useita siihen liittyviä kysymyksiä, miten väliajanjakson osalta olisi meneteltävä. Vaihtoehtoista historiaa luotaessa olisi nähdäkseni jätettävä kansallisen tuomioistuimen ratkaistavaksi, mitkä yksityiskohdat on otettava huomioon, jotta voidaan saattaa tasapainoon yhtäältä vaihtoehto, jossa nämä välillä olevat vuodet jätetään kokonaan huomiotta, ja toisaalta vaihtoehto, jossa ne otetaan huomioon täysimääräisesti ikään kuin valittaja olisi työskennellyt silloin julkisella sektorilla.

## *C Neljäs ja viides kysymys*

141. Kun otetaan huomioon ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäiseen kysymykseen ehdottamani vastaus, myöskään neljänteen ja viidenteen kysymykseen ei ole tarpeen vastata. Siltä varalta, että unionin tuomioistuin päätyy toisenlaiseen tulokseen, esitän kuitenkin tältä osin joitain huomautuksia.

142. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee neljännessä ja viidennessä kysymyksessään, mistä ajankohdasta lähtien 25 prosentin vähennyksen mahdollinen (osittainen) kumoaminen olisi tehtävä. Nämä kysymykset koskevat pelkästään ajankohtaa, josta alkaen 25 prosentin vähennyksen vaikutukset on poistettava. Niissä ei käsitellä ennenaikaisen eläkkeelle siirtämisen vaikutuksia. Kuten edellä 133 kohdassa todettiin, erilaisesta lähestymistavasta 25 prosentin vähennyksen tuleviin vaikutuksiin ja eläkkeelle siirtämisen tuleviin vaikutuksiin aiheutuu kuitenkin nähdäkseni epäjohdonmukaisuuteen liittyviä ongelmia.

143. Vastaus näihin kysymyksiin seuraa nähdäkseni edellä 44 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa tiivistetysti esitetystä oikeuskäytännöstä. Direktiivin 2000/78 soveltamiseen pätee toivottavasti yhä – huolimatta edellä tarkastellusta mahdollisesti kauaskantoisesta lähestymistavasta edellä tarkasteltujen tulevien vaikutusten poistamiseen – taannehtivuuskiellon periaate. Siten ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ensimmäiseen kysymykseen annettavasta vastauksesta riippumatta sen perusteella voidaan joka tapauksessa todeta, että 25 prosentin vähennyksen vaikutukset on poistettava direktiivin täytäntöönpanon määräajan päättymisestä eikä mistään tätä aikaisemmasta ajankohdasta lähtien.

## *D Sukupuoleen perustuva syrjintä*

### *1 Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymysten ulottuvuus*

144. Valittaja väitti lisäksi kirjallisissa huomautuksissaan, että kurinpitopäätöksellä määrätty seuraamus merkitsi (myös) sukupuoleen perustuvaa syrjintää, joka on SEUT 157 artiklan (aiempi ETY:n perustamissopimuksen 119 artikla ja sen jälkeen EY:n perustamissopimuksen 141 artikla) vastaista. Valittajan mukaan kyseistä määräystä, joka ensin tuli voimaan vuonna 1979, voidaan näin ollen käyttää kurinpitopäätöksen tulevien vaikutusten estämiseen samaan tapaan kuin kansallinen tuomioistuin hahmotteli ensimmäisessä kysymyksessä direktiivin 2000/78 osalta. Tämä tapahtuisi kuitenkin huomattavasti aikaisemmasta ajankohdasta alkaen.

145. Esitän tästä seuraavat huomautukset.

146. Kansallinen tuomioistuin ei viittaa SEUT 157 artiklaan (tai sen edeltäjiin). Valittaja on ainoa menettelyn osapuoli, joka on ottanut tämän kysymyksen esille kirjallisissa huomautuksissaan. Voitaisiin väittää, että SEUT 157 artiklan mahdollisen soveltamisen tarkastelu olisi hyödyllistä kansallisen tuomioistuimen kannalta. Unionin tuomioistuimen ei nähdäkseni kuitenkaan pitäisi tehdä näin, etenkään seuraavista syistä.

147. Kyseiseen määräykseen ei ensinnäkään viitata lainkaan ennakkoratkaisukysymyksissä tai yleisemmin ennakkoratkaisupyynnössä. Jos kansallinen tuomioistuin olisi pitänyt SEUT 157 artiklaa merkityksellisenä, se olisi mielestäni ainakin maininnut sen. Tällaiseen pois jättämiseen voi olla lukuisia syitä, ja olisi väärin olettaa, että se on jätetty mainitsematta ”epähuomiossa”. Kyse ei ole siitä, että unionin tuomioistuimen pitäisi tuoda esille jonkin mahdollisesti huomaamatta jääneen hämärän teknisen lainsäädännön yksityiskohdat ja merkityksellisyys. SEUT 157 artikla on tärkeä perustamissopimuksen määräys. Koska SEUT 157 artiklaa koskevat väitteet ovat itse asiassa keskeisessä asemassa valittajan kirjallisissa huomautuksissa, on pikemminkin yhtä mahdollista, että valittaja ehdotti kansalliselle tuomioistuimelle ennakkoratkaisukysymysten esittämistä unionin tuomioistuimelle tästä määräyksestä mutta että ehdotus hylättiin.

148. Toiseksi unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 94 artiklassa edellytetään, että ennakkoratkaisupyyntöön on sisällytettävä muun muassa asiaa koskevat tosiseikat ja kansalliset säännökset sekä syyt, jotka saivat kansallisen tuomioistuimen esittämään kysymykset unionin tuomioistuimelle. Käsiteltävässä asiassa kansallinen tuomioistuin on laatinut ennakkoratkaisupyynnön mainitsematta SEUT 157 artiklaa (tai sen edeltäjiä) ja täsmentämättä tämän määräyksen kannalta mahdollisesti merkityksellisiä tosiseikkoja tai kansallista lainsäädäntöä. Tällaisessa tilanteessa olisi mielestäni työjärjestyksen 94 artiklaa koskevan oikeuskäytännön[60] vastaista sivuuttaa nämä pois jättämiset ja antaa yhden menettelyn osapuolen kehotuksesta oma-aloitteisesti ohjeita kysymyksestä, jota ei ole esitetty.

60 Äskettäin ks. esim. määräys 31.5.2018, Bán (C-24/18, ei julkaistu, EU:C:2018:376, 18 kohta ja sitä seuraavat kohdat); määräys 7.6.2018, easyJet Airline (C-241/18, ei julkaistu, EU:C:2018:421, 12 kohta ja sitä seuraavat kohdat) ja määräys 7.6.2018, Filippi ym. (C-589/16, EU:C:2018:417, 25 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

149. Siltä varalta, että unionin tuomioistuin kuitenkin päättää käsitellä valittajan SEUT 157 artiklasta esittämiä väitteitä, tarkastelen sitä lyhyesti seuraavassa jaksossa.

*2 SEUT 157 artikla*

150. Selitin ensimmäiseen kysymykseen ehdottamassani vastauksessa, miksi direktiivi 2000/78 ei ole esteenä kurinpitopäätöksen vaikutusten pysyttämiselle. Kyseinen päätös ei kuulu direktiivin ajalliseen soveltamisalaan. Direktiiviä ei voida käyttää kurinpitopäätöksen avaamiseen uudelleen joidenkin sen vaikutusten poistamiseksi. Nämä perusteet pätevät soveltuvin osin SEUT 157 artiklaan.

151. Mikäli unionin tuomioistuin päätyy toisenlaiseen tulokseen, olisi kansallisen tuomioistuimen tehtävä ratkaista tällaisen syrjinnän mahdollinen esiintyminen. Perusargumentti on kuitenkin ymmärtääkseni se, että miespuolisia homoseksuaaleja kohdeltiin epäsuotuisammin kuin naispuolisia homoseksuaaleja.[61] Valittaja väitti, että naispuoliselle poliisille, joka on sukupuolisessa kanssakäymisessä samaa sukupuolta olevan yli 14-vuotiaan alaikäisen kanssa, ei määrättäisi lainkaan kurinpitoseuraamusta (tai se olisi joka tapauksessa lievempi) vastaavaan tekoon syyllistyneeseen miespuoliseen homoseksuaaliseen poliisiin verrattuna.

152. Sikäli kuin tällainen väite on tosiseikkojen perusteella oikea (kun otetaan huomioon Itävallan poliisin kurinpitokäytäntö 1970-luvulla), minkä varmistaminen on kansallisen tuomioistuimen asia, SEUT 157 artiklassa kielletään sukupuoleen perustuva syrjintä ”palkan” osalta. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan palkka tässä merkityksessä *ei sisällä* lakisääteisten eläkejärjestelmien perusteella suoritettavia maksuja, jotka luokitellaan pikemminkin sosiaaliturvaetuuksiksi.[62] Itävallan hallitus totesi istunnossa, että kyseessä oleva eläkejärjestelmä on lakisääteinen. Kansallisen tuomioistuimen on myös varmistettava, onko kyseessä todellakin tällainen järjestelmä (unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitetussa merkityksessä[63]). Itävallan hallituksen tästä seikasta esittämän toteamuksen perusteella tämän tyyppiset maksut eivät kuitenkaan lähtökohtaisesti kuuluisi SEUT 157 artiklan soveltamisalaan, jolloin tätä määräystä ei voida soveltaa käsiteltävässä asiassa.

153. Ellei näin kuitenkaan ole, olisi tarkasteltava SEUT 157 artiklan (ja sen edeltäjien) ajallista soveltamista. Viittaan tältä osin edellä neljännen ja viidennen kysymyksen yhteydessä esittämiini huomautuksiin, jotka pätevät soveltuvin osin. Lisäksi, kuten tuomiossa Barber[64] ja tuomiossa Ten Oever[65] on todettu, ”[ETY:n] perustamissopimuksen 119 artiklan välittömään oikeusvaikutukseen voidaan vedota ja sen perusteella vaatia tasa-arvoista kohtelua ammatillisen eläkkeen osalta ainoastaan sellaisten etuuksien ollessa kysymyksessä, jotka maksetaan tuomion [Barber] antamisajankohdan eli *17.5.1990 jälkeisten työskentelykausien perusteella*, paitsi jos on kyse työntekijöistä tai heidän jälkeensä etuuteen oikeutetuista, jotka ovat ennen tätä ajankohtaa panneet vireille oikeudenkäynnin tai esittäneet muuten vastaavan vaatimuksen asiaan sovellettavan kansallisen lainsäädännön mukaisesti”.[66]

154. Tosiseikoista, sellaisina kuin ne on esitetty ennakkoratkaisupyynnössä, kuitenkin ilmenee, ettei yksikään merkityksellisistä työskentelykausista sijoitu 17.5.1990 jälkeiseen aikaan.

61 Ks. sitä vastoin tuomio 17.2.1998, Grant (C-249/96, EU:C:1998:63).

62 Ks. tuomio 28.9.1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, 20–24 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

63 Ks. tuomio 28.9.1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, 20–24 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio 24.11.2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, 34 ja 35 kohta).

64 Tuomio 17.5.1990 (C-262/88, EU:C:1990:209).

65 Tuomio 6.10.1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

66 Ks. tuomion 6.10.1993, Ten Oever (C-109/91, EU:C:1993:833) tuomiolauselma. Kursivointi tässä.

## V Ratkaisuehdotus

155. Ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Verwaltungsgerichtshofin ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

Yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista 27.11.2000 annetun neuvoston direktiivin 2000/78/EY 2 artikla ei ole esteenä sille, että kansallisen lainsäädännön mukaan lainvoimaiseksi tulleen, virkamieslainsäädännön kurinpitosäännöksiä koskevan hallintopäätöksen (kurinpitopäätös), jolla määrättiin virkamiehen eläkkeelle siirtämisestä ja eläkkeen alentamisesta, oikeustilaa muuttava vaikutus pysytetään, jos

– unionin oikeuden säännökset, erityisesti direktiivi 2000/78, eivät vielä olleet merkityksellisiä mainitun hallintopäätöksen kannalta sen tekemisajankohtana, mutta

– (kuvitteellinen) samankaltainen päätös olisi direktiivin 2000/78 vastainen, jos se tehtäisiin direktiivin ajallisella soveltamisalalla.