Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
М. ВОВЕК
представено на 10 септември 2019 година[1]

**Дело C-450/18**

**WA**
**срещу**
**Instituto Nacional de la Seguridad Social**

(Преюдициално запитване, отправено от Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Съд по трудови и осигурителни спорове № 3, Херона, Испания)

„Преюдициално запитване — Работещи жени и мъже — Равно третиране в областта на социалното осигуряване — Директива 79/7/ЕИО — Пенсия за инвалидност — Добавка към пенсията, предоставяна на майки на две или повече деца, които получават зависеща от вноски социалноосигурителна пенсия — Член 157, параграф 4 от ДФЕС — Позитивно действие — Мерки, насочени към компенсиране на неизгоди, свързани с професионалната кариера на работещи жени“

## I. Въведение

1. Съгласно испанското законодателство *жените, които са имали две или повече биологични или осиновени деца*, имат право на добавка към тяхната зависеща от вноски социалноосигурителна пенсия за осигурителен стаж и възраст, наследствена пенсия или пенсия за трайна инвалидност. Жалбоподателят в главното производство (наричан по-нататък „жалбоподателят“), който е баща на две дъщери, оспорва решение на националния социалноосигурителен орган, който отказва да му предостави подобна добавка към пенсията му за трайна инвалидност.

2. Запитващата юрисдикция иска да се установи дали националната разпоредба, с която се установява добавката към пенсията за жени, но не се предоставя такова право на мъжете, нарушава забраната на Съюза за дискриминация, основана на пола.

3. Съдът вече е имал възможност да разгледа въпроса за пенсионните системи, предоставящи свързани с майчинството предимства само на работещи жени. Делата Griesmar[2] и Leone[3] обаче се отнасят до професионалните пенсии на държавните служители, които попадат в обхвата на принципа за равно заплащане, закрепен в член 157 ДФЕС. В настоящия случай Съдът е приканен да определи дали подобен подход следва да се прилага и по отношение на обезщетения, които са част от обща пенсионноосигурителна схема.

1 Език на оригиналния текст: английски.

2 Решение от 29 ноември 2001 г. (C-366/99, EU:C:2001:648).

3 Решение от 17 юли 2014 г. (C-173/13, EU:C:2014:2090).

## II. Правна уредба

### *A. Правото на Съюза*

4. Съгласно трето съображение от Директива 79/7/ЕИО относно постепенното прилагане на принципа на равното третиране на мъжете и жените в сферата на социалното осигуряване[4] „прилагането на принципа на равното третиране в сферата на социалното осигуряване не засяга разпоредбите относно закрилата на жените поради майчинство; […] в това отношение държавите членки могат да приемат специфични разпоредби, предназначени за премахването на случаите на неравно третиране на жените“.

5. Целта на Директива 79/7 съгласно член 1 е „постепенното прилагане в сферата на социалното осигуряване и на другите елементи на социалната закрила, предвидени в член 3, на принципа на равното третиране на мъжете и жените в сферата на социалното осигуряване, наричан по-долу „принцип на равното третиране“.

6. Съгласно член 3, параграф 1 Директива 79/7 се прилага:

„а) в законно установените схеми, които осигуряват закрила срещу следните рискове:

[…]

– инвалидност,

[…]“.

7. Член 4 от Директива 79/7 гласи:

„1. Принципът на равното третиране означава, че не се допуска каквато и да е дискриминация, основана на пола, пряко или косвено, в частност чрез позоваване на брачното или семейното положение, особено що се отнася до:

[…]

– изчисляването на обезщетенията, включително и увеличенията, дължими за съпрузи и на издържани лица[,] и условията, които определят продължителността и запазването на правото на обезщетение.

2. Принципът на равното третиране не накърнява разпоредбите относно закрилата на жените поради майчинство“.

8. Съгласно член 7, параграф 1, буква б) от Директива 79/7 тази директива не засяга правото на държавите членки да изключват от приложното ѝ поле „привилегиите, свързани с правото на пенсия за старост, предоставяни на лица, които са отгледали деца“, и „придобиването на право на обезщетение след прекъсване на работа поради отглеждането на деца“.

4 Директива на Съвета от 19 декември 1978 г. (ОВ L 6, 1979 г., стр. 24; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 1, стр. 192).

### *Б. Испанското право*

9. Член 60, параграф 1 от Ley General de la Seguridad Social (Общ закон за социалното осигуряване, наричан по-нататък „LGSS“)[5] предвижда следното:

„Въз основа на техния демографски принос за социалното осигуряване с оглед броя на децата, които са имали, се отпуска добавка към пенсията на жените, които са имали родени или осиновени деца и получават зависеща от вноски пенсия за осигурителен стаж и възраст, наследствена пенсия или пенсия за инвалидност по който и да е режим от системата за социално осигуряване.

Тази добавка, която във всяко отношение има правното естество на зависеща от вноски държавна пенсия, представлява сума, получена в резултат от прилагането към основния размер на посочените пенсии на определен процент, който зависи от броя на децата съгласно следната скàла:

a) При две деца: 5 %.

b) При три деца: 10 %.

c) При четири или повече деца: 15 %.

При преценката дали лицето има право да получи добавката и при определянето на размера ѝ се вземат предвид единствено децата, които са родени или осиновени преди настъпването на събитието, пораждащо правото на съответната пенсия“.

## III. Фактите, производството и преюдициалният въпрос

10. С решение на Instituto Nacional de la Seguridad Social (Национален институт за социално осигуряване, Испания, наричан по-нататък „INSS“) от 25 януари 2017 г. на жалбоподателя е отпусната пенсия за трайна абсолютна загуба на работоспособност в размер на 100 % от основния размер, която възлиза на 1603,43 EUR на месец заедно със съответното осъвременяване.

11. Жалбоподателят подава жалба по административен ред срещу това решение, като по същество твърди, че тъй като е баща на две дъщери, има право да получи добавка в размер на 5 % от пенсията при същите условия като жените.

12. С решение от 9 юни 2017 г. INSS отхвърля подадената по административен ред жалба и потвърждава решението си от 25 януари 2017 г. INSS посочва, че добавката за майчинство, видно от наименованието ѝ, представлява добавка, която се отпуска изключително на жени, които получават зависещо от вноски социалноосигурително обезщетение и които са майки на две или повече деца, поради техния демографски принос за социалното осигуряване.

5 Одобрен с Real Decreto Legislativo 1/1994 (Кралски законодателен декрет 1/1994) от 20 юни 1994 г. (BOE № 154 от 29 юни 1994 г., стр. 20658) в консолидираната му редакция, одобрена с Real Decreto Legislativo 8/2015 (Кралски законодателен декрет 8/2015) от 30 октомври 2015 г. (BOE № 261 от 31 октомври 2015 г., стр. 103291), изменен с Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos generales del Estado para el año 2016 (Закон 48/2015 за общия държавен бюджет за 2016 г.) (BOE № 260 от 30 октомври 2015 г., стр. 101965).

13. На 23 май 2017 г. жалбоподателят подава жалба срещу решението на INSS пред запитващата юрисдикция — Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Съд по трудови и осигурителни спорове № 3, Херона, Испания). Той иска признаване на правото да получи увеличение на пенсията си в размер на 5 % от основната сума на пенсията си за трайна абсолютна неработоспособност под формата на добавка, равностойна на добавката за майчинство, предоставяна в съответствие с член 60, параграф 1 от LGSS.

14. На 18 май 2018 г. запитващата юрисдикция е уведомена, че жалбоподателят е починал на 9 декември 2017 г. Съпругата на жалбоподателя встъпва в процеса като негов правоприемник и продължава да го поддържа в рамките на главното производство [6].

15. Според запитващата юрисдикция понятието за *демографски принос* е еднакво валидно както по отношение на жените, така и на мъжете, тъй като възпроизводството и отговорността за отглеждането, грижите, изхранването и възпитанието на децата се поемат от всяко лице, което е родител, независимо от неговия пол. Освен това прекъсването на работата поради раждане или осиновяване на деца или поради отглеждане на родени или осиновени деца може да навреди еднакво на мъжете и на жените. Запитващата юрисдикция счита, че от тази гледна точка уредбата на добавката за майчинство по член 60, параграф 1 от LGSS въвежда неоснователна разлика в полза на жените и в ущърб на мъжете, които се намират в еквивалентно положение.

16. Запитващата юрисдикция обаче признава, че от *биологична* гледна точка има безспорна разлика, тъй като при възпроизводството жените жертват себе си много повече, отколкото мъжете. Те трябва да преминат през период на бременност и през раждане, което изисква очевидни биологични и физиологични жертви, заедно с неизгодите, с които се сблъскват жените не само физически, но и в областта на заетостта. Запитващата юрисдикция счита, че от биологична гледна точка добавката за майчинство, уредена с член 60, параграф 1 от LGSS, предвижда добавка в полза на жените, която е обоснована. Мъжете не се намират в еквивалентно положение. Положението на работещ мъж не е съпоставимо с това на работеща жена, изправена пред неизгодите в професионален план, до които води прекъсването на професионалната кариера поради бременност и раждане на дете. Тази юрисдикция обаче има съмнения относно последиците от практиката на Съда, и по-специално от решението Griesmar [7], за настоящото дело.

17. При тези условия Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Съд по трудови и осигурителни спорове № 3, Херона) решава да спре производството и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Нарушава ли принципа на равно третиране, който забранява всяка форма на дискриминация, основана на пола, закрепен в член 157 [ДФЕС] и в Директива 76/207/ЕИО на Съвета от 9 февруари 1976 година относно прилагането на принципа на равното третиране на мъжете и жените по отношение на достъпа до заетост, професионалната квалификация и развитие, и на условията на труд, изменена с Директива 2002/73/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 23 септември 2002 г. и преработена с Директива 2006/54/ЕО от 5 юли 2006 г. за прилагането на принципа на равните възможности и равното третиране на мъжете и жените в областта на заетостта и професиите, национална правна разпоредба (по-конкретно член 60, параграф 1 от [LGSS]), която, въз основа на техния демографски принос за социалното осигуряване, признава право на добавка към пенсията на жените, които са имали родени или осиновени деца и които получават зависеща от вноски пенсия за осигурителен стаж и възраст, наследствена пенсия или пенсия за инвалидност по който и да е режим от системата за социално осигуряване, но не признава това право на мъжете в еднакво положение?“.

6 Позоваванията на жалбоподателя в настоящото заключение следва да се тълкуват в съответствие с това.

7 Решение от 29 ноември 2001 г. (C-366/99, EU:C:2001:648).

18. Писмени становища представят жалбоподателят, INSS и Европейската комисия. Устните становища на тези страни, както и на испанското правителство, което отговаря и на писмени въпроси от Съда, са изслушани в състоялото се на 13 юни 2019 г. съдебно заседание.

## IV. Анализ

19. Структурата на настоящото заключение е следната. Първо ще започна с установяването на съответния акт от правото на Съюза, приложим към разглежданото в настоящия случай обезщетение (А). След това ще пристъпя към тълкуване на релевантните разпоредби, приложими към настоящия случай, които се съдържат в Директива 79/7 (Б). Накрая, тъй като ще достигна до заключението, че посочената директива трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска мярка като разглежданата в настоящия случай, ще разгледам въпроса дали националната разпоредба може все пак да попада в обхвата на общото изключение за „позитивна дискриминация“, предвидено в член 157, параграф 4 от ДФЕС (В).

### *А. Приложим акт от правото на Съюза*

20. В акта за преюдициално запитване се поставя въпросът за съвместимостта на член 60, параграф 1 от LGSS с принципа за равно третиране, закрепен в член 157 ДФЕС и в Директива 2006/54/ЕО за прилагането на принципа на равните възможности и равното третиране на мъжете и жените в областта на заетостта и професиите [8].

21. Жалбоподателят подкрепя установената в акта за преюдициално запитване правна рамка на Съюза. От друга страна INSS, испанското правителство и Комисията изразяват несъгласие с тази позиция и поддържат, че приложимият към настоящия случай акт от правото на Съюза е Директива 79/7. При условията на евентуалност жалбоподателят твърди, че във всеки случай посочената директива е приложима.

22. Съгласен съм, че приложимият правен инструмент е Директива 79/7.

23. Естествено Съдът е обвързан от фактите по делото, както са установени от националната юрисдикция, както и от обхвата на въпросите и общата рамка на случая, както са определени от националната юрисдикция в акта за преюдициално запитване. Случаят обаче не е такъв, що се отнася до приложимото право на Съюза. Съдът има право да тълкува всички относими разпоредби от правото на Съюза, които са необходими на националните юрисдикции, за да се произнасят по споровете, с които са сезирани, дори тези разпоредби да не са изрично посочени във въпросите, отправени от тези юрисдикции до Съда [9]. Iura (Europaea) novit Curia (Europaea).

24. В правото на Съюза се прави разграничение между професионалните пенсионни схеми, които попадат в обхвата на понятието „заплащане“ по член 157, параграфи 1 и 2 от ДФЕС [10], и законоустановените пенсионноосигурителни схеми, които не попадат в неговия обхват [11].

25. В практиката на Съда постоянно е потвърждавано, че „социалноосигурителните схеми или обезщетения, и по-специално пенсиите за осигурителен стаж и възраст, пряко уредени със закон, изключвайки всякакъв елемент на договаряне в рамките на съответното предприятие или професионален отрасъл, които са задължителни за общи категории работници“, не могат да

8 Директива на Европейския парламент и на Съвета от 5 юли 2006 г. (преработена) (ОВ L 204, 2006 г., стр. 23; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 8, стр. 262).

9 Вж. в този смисъл например решение от 19 септември 2013 г., Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, т. 40 и 41 и цитираната съдебна практика).

10 Вж. например решение от 17 май 1990 г., Barber (C-262/88, EU:C:1990:209, т. 25—28).

11 Вж. например решение от 25 май 1971 г., Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, т. 7 и 8).

се включат в понятието „заплащане“ по смисъла на член 157 ДФЕС. Причината за това е, че „тези схеми позволяват на работниците или служителите да се ползват от задължителна система, за чието финансиране допринасят работници и служители, работодатели и евентуално публичните органи в съотношение, което е в зависимост не толкова от трудовото правоотношение между работодател и работник или служител, колкото от съображения на социалната политика“ [12].

26. В съдебното заседание жалбоподателят твърди, че настоящото дело се отнася до основана на вноски пенсия, която зависи от предишната заетост. По-високата заплата дава право на по-висока пенсия. Ето защо според него разглежданото обезщетение следва да се счита за „заплащане“ по смисъла на член 157, параграф 2 от ДФЕС.

27. Вярно е, както твърди жалбоподателят, че съдебната практика посочва *критерия за заетостта* като определящ фактор за класифицирането на дадена пенсионна схема като „заплащане“ [13]. Въпреки това фактът, че дадена пенсионна схема се финансира чрез вноски, чието изчисляване зависи от заплатата, едва ли автоматично превръща пенсионната схема в „заплащане“. В действителност проверката, възприета от Съда, предполага цялостен анализ, който не се основава само на един критерий като например зависещия от вноски характер на дадено обезщетение [14]. Въпреки че социалноосигурителните обезщетения могат да са свързани с понятието за заплащане и със заетостта чрез заплащането на вноски, за обезщетенията, уредени със закон, при които не е налице никакъв елемент на договаряне в рамките на предприятието или сектора и които са приложими към общи категории работници, се счита, че попадат извън обхвата на понятието „заплащане“ [15].

28. Съдът вече е имал възможност да разгледа различни обезщетения, обхванати от общата испанска схема за социално осигуряване. Той систематично е постановявал, че зависещите от вноски обезщетения, като например пенсиите за осигурителен стаж и възраст и обезщетенията за безработица, както и пенсията за трайна инвалидност, към която се прилага спорната добавка, не попадат в обхвата на понятието „заплащане“, а попадат в рамките на Директива 79/7 [16].

29. Според мен в настоящия случай няма причина за отклоняване от този подход. Няма съмнение, че разглежданото обезщетение представлява част от схема за социално осигуряване, уредена от законодателството —като се изключва всякакъв елементи на договаряне — и че то се прилага общо към работещото население, а не към конкретна категория работници.

30. По отношение на понятието „заплащане“ Директива 2006/54 следва същото разграничение, установено от съдебната практика във връзка с член 157, параграф 2 от ДФЕС. Приложното поле на Директивата е специално ограничено до „професионалните социалноосигурителни схеми“, от чието определение се изключват законоустановените социалноосигурителни схеми [17].

12 Вж. например решение от 25 май 1971 г., Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, т. 7 и 8).

13 Вж. например решения от 28 септември 1994 г., Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, т. 43), или от 29 ноември 2001 г., Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, т. 28).

14 По отношение на въпроса за зависещия от вноски характер на дадено обезщетение и класифицирането му като „заплащане“ вж. заключението на генералния адвокат Sharpston по дело Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:223, т. 34—38).

15 Вж. в този смисъл например решения от 25 май 1971 г., Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, т. 7 и 8), или от 28 септември 1994 г., Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, т. 24).

16 По отношение на зависещите от вноски пенсии за осигурителен стаж и възраст, които също са обхванати от разглежданата в настоящия случай добавка към пенсията, вж. например решения от 22 ноември 2012 г., Elbal Moreno (C-385/11, EU:C:2012:746, т. 26), и от 8 май 2019 г., Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382, т. 56). По отношение на обезщетенията за безработица вж. решение от 9 ноември 2017 г., Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:833, т. 33 и 34). По отношение на пенсията за инвалидност вж. решения от 16 юли 2009 г., Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, т. 63), и от 14 април 2015 г., Cachaldora Fernández (C-527/13, EU:C:2015:215, т. 26 и 34).

17 Вж. съображения 13 и 14. Съгласно член 1, буква в) от Директива 2006/54 тази директива се прилага към „професионалните социалноосигурителни схеми“, като тези схеми са изрично определени в член 2, параграф 1, буква е) като „схемите, които не са регулирани от Директива 79/7 […]“.

31. Следователно разглежданото обезщетение не попада в обхвата на понятието „заплащане“ по смисъла на член 157, параграф 2 от ДФЕС. Поради това то не е обхванато и от Директива 2006/54.

32. Следователно приложимият към настоящия случай акт от правото на Съюза е Директива 79/7. Спорното обезщетение допълва социалноосигурителната пенсия за трайна инвалидност, която е част от законоустановена схема за закрила срещу един от рисковете, посочени в член 3, параграф 1, буква а) от тази директива, а именно инвалидност. Подобно на самата пенсия, добавката е пряко и ефективно свързана със закрила срещу риска от инвалидност. Тя е неразривно свързана с настъпването на този риск и има за цел да гарантира, че получателите ѝ са подходящо защитени срещу риска от инвалидност [18], като се намалява неравнопоставеността между половете [19].

33. Всички тези съображения ме водят до заключението, че преюдициалният въпрос трябва да се преформулира като отнасящ се до Директива 79/7.

### *Б. Допуска ли Директива 79/7 мярка като разглежданата в случая?*

34. Анализът на съвместимостта на спорната национална разпоредба с Директива 79/7 се състои от три стъпки. Първо, намират ли се в сходно положение мъжете и жените за целите на прилагането на спорната национална разпоредба? (1). Второ, представлява ли спорната национална разпоредба дискриминация по смисъла на член 4, параграф 1 от Директива 79/7? (2). Трето, ако случаят е такъв, може ли член 60, параграф 1 от LGSS да бъде обхванат от една от дерогациите, предвидени в член 7 от посочената директива? (3).

#### *1. Сравнимост*

35. Дискриминацията включва прилагането на различни правила към сходни положения или прилагането на едно и също правило към обективно различни положения [20]. Съгласно установената практика на Съда анализът на сравнимостта следва да се извърши не глобално и абстрактно, а специфично *с оглед на съответното обезщетение*. Това предполага да се отчетат надлежно целите на конкретната разглеждана национална мярка или обезщетение [21]. Ето защо (посочените) законодателни цели са от особено значение, когато става въпрос за установяване на сравнимостта между работещите жени и мъже.

36. В практиката на Съда, както и във вторичното законодателство, са обособени положения, при които работещите жени и мъже просто не са сравними поради биологичното състояние на жените, като се счита, че това обхваща бременността, раждането и периода непосредствено след раждането.

37. От една страна, що се отнася до положението на отпуска по *майчинство*, Съдът е приел, че жените „се намират в особено положение, което изисква да им бъде предоставена специална закрила, но което не може да се приравни на положението на мъж или жена, който или която действително полага труд на работното си място“ [22]. Съдът неизменно е заявявал, че

18 По отношение на мерките на адаптиране вж. в този смисъл решение от 20 октомври 2011 г., Brachner (C-123/10, EU:C:2011:675, т. 42 и сл.).

19 По отношение на целите на мярката вж. раздел Б, подраздел 1, буква б) от настоящото заключение.

20 Вж. например решение от 14 юли 2016 г., Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, т. 39 и цитираната съдебна практика).

21 Вж. в този смисъл например решения от 1 октомври 2015 г., O (C-432/14, EU:C:2015:643, т. 33), и от 19 юли 2017 г., Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, т. 25 и цитираната съдебна практика). За повече подробности относно анализа на сравнимостта вж. заключението ми по дело Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, т. 64—79).

22 Вж. например решения от 13 февруари 1996 г., Gillespie и др. (C-342/93, EU:C:1996:46, т. 17), и от 14 юли 2016 г., Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, т. 39).

„положението на работещ мъж не е сравнимо с положението на работеща жена, когато предоставеното единствено на работещата жена предимство цели да компенсира неблагоприятни последици в професионален план, присъщи на отпуска по майчинство, които възникват за работещите жени поради отсъствие от работа“ [23].

38. От друга страна, Съдът установява, че позициите на работещите майки и бащи са сравними по отношение на много други обстоятелства, свързани с *родителството и отглеждането на деца*. Жените и мъжете се намират в сходно положение в качеството си на родители и когато става въпрос за отглеждането на техните деца [24]. В резултат на това те се намират в сходно положение например от гледна точка на евентуалната им нужда да намалят дневното си работно време, за да се грижат за децата си [25], или по отношение на необходимостта да използват детски градини, когато работят [26].

39. Ето защо в настоящия случай е необходимо да се определи дали спорните национални норми са свързани с конкретните биологични особености на жените във връзка с бременността, раждането и майчинството (а). Ако това не е така, от решаващо значение е да се идентифицират обективните цели на спорната мярка, за да се определи дали работещите жени и мъже се намират в сходно положение в това отношение (б).

*а) Налице ли е мярка относно закрилата поради майчинство съгласно член 4, параграф 2 от Директива 79/7?*

40. В член 4, параграф 2 от Директива 79/7 се посочва, че „[п]ринципът на равното третиране не накърнява разпоредбите относно закрилата на жените *поради майчинство*“. Съгласно трето съображение от тази директива „прилагането на принципа на равното третиране в сферата на социалното осигуряване не засяга разпоредбите относно закрилата на жените поради майчинство“ и „в това отношение държавите членки могат да приемат специфични разпоредби, предназначени за премахването на случаите на неравно третиране на жените“.

41. Тази разпоредба може да се разглежда като признание за липсата на сравнимост между жените и мъжете от гледна точка на тяхното биологично състояние, което е в съответствие със съдебната практика, изтъкната по-горе в точка 37 от настоящото заключение.

42. Може ли спорната мярка да се счита за разпоредба „относно закрилата на жените поради майчинство“ по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 79/7?

43. Испанското правителство и INSS поддържат, че член 60, параграф 1 от LGSS попада в приложното поле на член 4, параграф 2 от Директива 79/7. INSS посочва, че тази мярка е неразривно свързана с майчинството, тъй като обхванатите от нея жени са майки: ако не е налице майчинство, изобщо не възниква положението, което се опитва да поправи националната разпоредба. В съдебното заседание испанското правителство изтъква, че член 4, параграф 2 от Директива 79/7 следва да се разбира в смисъл, че допуска мерки за позитивна дискриминация поради майчинство и следва да се тълкува в широк смисъл с оглед на член 157, параграф 4 от ДФЕС и на член 23 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“).

23 Решение от 29 ноември 2001 г., Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, т. 41). Вж. също така решение от 16 септември 1999 г., Abdoulaye и др. (C-218/98, EU:C:1999:424, т. 18, 20 и 22).

24 Вж. например решения от 25 октомври 1988 г., Комисия/Франция (312/86, EU:C:1988:485, т. 14), от 29 ноември 2001 г., Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, т. 56), от 26 март 2009 г., Комисия/Гърция (C-559/07, непубликувано, EU:C:2009:198, т. 69), и от 16 юли 2015 г., Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, т. 47).

25 Решение от 30 септември 2010 г., Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, т. 24).

26 Решение от 19 март 2002 г., Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, т. 30).

44. Жалбоподателят и Комисията, напротив, считат, че спорната мярка не може да бъде обхваната от член 4, параграф 2 от Директива 79/7. Тези заинтересовани страни подкрепят стриктно тълкуване на тази разпоредба в смисъл, че тя обхваща само аспектите, свързани с биологичното състояние на жените. Такъв би бил по-специално случаят с периода, обхванат от отпуска по майчинство.

45. Изразът „поради майчинство“ не е определен в Директива 79/7. Доколкото ми е известно, Съдът досега не е тълкувал член 4, параграф 2 от тази директива. Съдът обаче е тълкувал многократно подобни разпоредби в контекста на член 2, параграф 3 от Директива 76/207/ЕИО [27], в които по доста сходен начин с разпоредбите на член 4, параграф 2 от Директива 79/7 се установява, че Директива 76/207 „не накърнява разпоредбите относно закрилата на жените, по-специално по време на бременност и майчинство“.

46. В контекста на член 2, параграф 3 от Директива 76/207 Съдът счита, че изключението за „майчинство“ трябва да се тълкува строго [28]. Съдът многократно е обвързвал прилагането на това изключение с биологичното състояние на жените и особените отношения между жената и нейното дете. Поради това за обхванати от тази разпоредба се считат само мерки, свързани със закрилата на жените по време на бременност, раждане и отпуск по майчинство [29]. Обратно, за непопадащи в обхвата на изключението за майчинство се считат мерки, които не са строго свързани със закрилата на жените в такива случаи [30].

47. Този стриктен подход към понятието „майчинство“ се прилага от Съда и за да определи дали положението на работещите жени и мъже е сходно за целите на прилагането на принципа за равно заплащане по член 157 ДФЕС в областта на професионалните пенсии. В решение Griesmar Съдът посочва, че дадена мярка може да бъде приета, ако цели „да компенсира неблагоприятни последици в професионален план, които възникват за работещите жени поради отсъствие от работа през периода след раждането, в който случай положението на работещия мъж не е сходно с положението на работещата жена“ [31]. Съдът обаче изрично отказва да приеме, че неблагоприятните последици за жените в хода на професионалната им кариера поради значимата им роля за отглеждането на деца са свързани с „отпуска по майчинство“ или с неблагоприятни последици, настъпили в резултат на отсъствието им от работа след раждането [32]. Това отчасти се дължи на факта, че разглежданата в посочения случай бонификация се е отпускала и за осиновени деца, без да е свързана с предварително предоставяне на майката на отпуск за осиновяване [33].

27 Член 2, параграф 7, както е изменен, от Директива 76/207/ЕИО на Съвета от 9 февруари 1976 година относно прилагането на принципа на равното третиране на мъжете и жените по отношение на достъпа до заетост, професионалната квалификация и развитие, и на условията на труд (ОВ L 39, 1976 г., стр. 40; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 1, стр. 164), изменена с Директива 2002/73/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 23 септември 2002 г.(ОВ L 269, 2002 г., стр. 15; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 6, стр. 143). Този член е заменен с член 28 от Директива 2006/54.

28 Вж. например решение от 15 май 1986 г., Johnston (222/84, EU:C:1986:206, т. 44).

29 По отношение на отпуска по майчинство вж. например решение от 18 ноември 2004 г., Sass (C-284/02, EU:C:2004:722, т. 33); по отношение на допълнителния период на отпуск по майчинство вж. решение от 12 юли 1984 г., Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, т. 25 и 26); и по отношение на специфични мерки относно евентуалното използване на период на отпуск от заети по трудово правоотношение майки или бащи вж. решение от 19 септември 2013 г., Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, т. 61—65).

30 Вж. например решения от 25 октомври 1988 г., Комисия/Франция (312/86, EU:C:1988:485, т. 13 и 14), относно някои „специални права на жените“, с които се закрилят жените в качеството им на по-възрастни работници или родители, и от 30 септември 2010 г., Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, т. 26—31), относно период на отпуск, който, макар да се нарича „отпуск за кърмене“, всъщност не се свързва със самото кърмене и може да се счита за насочен към полагането на грижи за деца. В този смисъл вж. също решение от 16 юли 2015 г., Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, т. 51), по отношение на родителския отпуск.

31 Решение от 29 ноември 2001 г. (C-366/99, EU:C:2001:648, т. 46).

32 Пак там, т. 51.

33 Пак там, т. 52.

48. Следователно понятието „майчинство“, както се тълкува от Съда, се отнася до специфичната биологична реалност, при която жените и мъжете не са сравними: бременност, раждане и отпуск по майчинство. Това определя целта на тази специална закрила не само ratione materiae, но — логично — и ratione temporis, тъй като не може да се счита, че изключението за майчинство обхваща всички последващи събития или обстоятелства само поради факта, че жената е станала майка. Следователно *майчинството* трябва да се разбира в тесен смисъл. То не може да се приравни към по-общите понятия *качество на майка* или *родителство*.

49. INSS и испанското правителство предлагат отклонение от този подход в контекста на Директива 79/7 и прилагане на по-широко тълкуване на понятието „майчинство“ като „качеството на майка“. При отправен въпрос за мотивите за подобно широко тълкуване испанското правителство изтъква в съдебното заседание, че с оглед на член 157, параграф 4 от ДФЕС и член 23 от Хартата, член 4, параграф 2 от Директива 79/7 следва да се тълкува като разпоредба, която позволява приемането на мерки за позитивна дискриминация по отношение на качеството на майка в широкия смисъл на думата.

50. Намирам този довод за неубедителен. Както ще обясня подробно по-нататък [34], може би е възможно да се намери евентуално правно основание за предприемане на позитивно действие в контекста на настоящото дело извън приложното поле на Директива 79/7, а именно в член 157, параграф 4 от ДФЕС. Тук е достатъчно да се отбележи, че мерките, позволяващи различно третиране на жените и мъжете, които представляват мерки за закрила поради майчинство в приложното поле на Директива 79/7, се основават на различни схващания и логика в сравнение с общите правила за позитивно действие по член 157, параграф 4 от ДФЕС. Да се предположи, че следва да се позволи приети на по-късен етап общи разпоредби относно позитивното действие да водят до тълкувателно изкривяване на разбирането за сравнимостта в предходно специфично секторно законодателство, като така по същество се обезсмисля една от ключовите му разпоредби, според мен не е добър подход за тълкуване на законодателството.

51. Накратко, не виждам основателна причина да се придаде различно и по-широко значение на израза „поради майчинство“ в контекста на Директива 79/7. По-скоро приемам обратната гледна точка, както Комисията правилно предупреждава: широко разбиране на дерогацията за „майчинство“ би дало възможност за различно третиране в положения, в които работещите майки и бащи в действителност се намират в сходно положение, като така се обезсмисля самата цел на Директивата.

52. Въз основа на това сравнително тясно тълкуване на израза „поради майчинство“, което според мен трябва да се приложи и в контекста на Директива 79/7, не виждам как би могло да се счита, че спорната мярка е обхванатата от изключението по член 4, параграф 2 от същата директива.

53. Това заключение се потвърждава от прегледа на специфичните особености на спорната мярка. Добавката за майчинство, предвидена в член 60, параграф 1 от LGSS, не е свързана с нито един от специфичните случаи на бременност, раждане и отпуск по майчинство. В действителност тя не изисква нито едно от тези положения като условие за ползване на добавката за майчинство.

34 Вж. раздел B, точки 93 и 96—98.

54. Първо, както отбелязва жалбоподателят, не всяка работеща жена, която има достъп до добавката за майчинство, може действително да е използвала период на отпуск по майчинство. Тъй като съгласно националното право отпускът за осиновяване може да се ползва в еднаква степен от жени и мъже[35], може да се окаже, че жената може да ползва добавката за майчинство, въпреки че не е ползвала такъв отпуск или всъщност дори не е била бременна, нито е раждала. Второ, когато детето има две майки[36], и двете ще имат право на добавката за майчинство, но само една от тях може да е ползвала отпуск по майчинство. Тъй като спорната мярка не съдържа нито едно условие, съгласно което жените трябва да са спрели да работят към момента, в който са имали деца, връзката с отпуска по майчинство също така би липсвала например в случаите, в които жената е родила преди навлизането на пазара на труда. Трето, фактът, че мярката не се прилага за майки с едно дете, потвърждава, че тя не е свързана със закрилата на майчинството.

55. Следователно като цяло мярката не включва положения, които са ясно и обективно свързани с майчинството, като същевременно включва положения, които не са свързани с него. Подобен законодателен дизайн трудно може да се впише в ограниченията по член 4, параграф 2 от Директива 79/7.

56. Освен това изглежда, че INSS и испанското правителство в крайна сметка признават, че специфичната цел на член 60, параграф 1 от LGSS е много по-широка от целта за закрила на жените поради майчинство в горепосочения (тесен) смисъл.

57. Всички тези съображения потвърждават, че член 60, параграф 1 от LGSS не съдържа никакви елементи, които да установяват връзка между добавката и неблагоприятните последици в професионален план, свързани с понятието „майчинство“ по смисъла на член 4, параграф 2 от Директива 79/7.

*б) Какви са целите на спорната мярка?*

58. Съгласно член 60, параграф 1 от LGSS добавката за майчинство е въведена като признание на „демографския принос“ за социалното осигуряване. Както изтъква Комисията, преамбюлът на акта за приемане на мярката не съдържа по-конкретна обосновка[37].

59. Ако вниманието бъде насочено към декларираната цел на самия член 60, параграф 1 от LGSS, би било трудно да се разбере как жените и мъжете не са в сравнимо положение по отношение на техния „демографски принос“ към социалноосигурителната система, тъй като и двете страни все още изглеждат необходими за възпроизводството[38].

60. При все това, както се вижда от подготвителните работи и от контекста на политиката, описани от Комисията, INSS и испанското правителство, спорната мярка е вдъхновена от и преследва много по-широка цел.

35 Съгласно член 48, параграф 5 от Ley del Estatuto de los Trabajadores (Закон за статута на работниците) в редакцията му съгласно измененията с Real decreto legislativo 2/2015 (Кралски законодателен декрет 2/2015) от 23 октомври 2015 г. (BOE No 255 от 24 октомври 2015 г.).

36 Жалбоподателят обяснява, че това е възможно съгласно член 44, параграф 5 от Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (Закон 20/2011 от 21 юли 2011 г. за гражданското състояние) (BOE № 175 от 22 юли 2011 г.).

37 Ley 48/2015 de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (Закон 48/2015 за общия държавен бюджет за 2016 г.) (BOE № 260 от 10 октомври 2015 г.).

38 Въпреки някои начални колебания относно възможността за партеногенно активиране на овоцити, които започват процеса на развитие на човешко същество в неоплодена човешка яйцеклетка (вж. решение от 18 октомври 2011 г., Brüstle, C-34/10, EU:C:2011:669, т. 36, но вж. и решение от 18 декември 2014 г., International Stem Cell Corporation, C-364/13, EU:C:2014:2451, т. 38), изглежда двата пола все още са необходими за зачеването на дете дори съгласно правото на ЕС.

61. От становището на Комисията, както и от писмения отговор на испанското правителство на поставения от Съда въпрос следва, че направеното от парламента изменение, което е в основата на спорната мярка, разкрива необходимостта от признаване на свързаното с пола измерение на пенсиите и от премахване или поне *намаляване на неравнопоставеността на половете по отношение на пенсиите*[39]. Това е така, защото жените по-често напускат работата си, за да се грижат за децата, което оказва пряко въздействие върху техните доходи и върху техните пенсии и поражда явлението, известно като „двойно ощетяване“[40]. Следователно целта на мярката е да се въведе понятието „демографски принос“, за да се отчетат положените от жените усилия за грижите и отглеждането на децата в ущърб на тяхната професионална дейност[41]. Това се счита и за основната цел на мярката според испанския Конституционен съд: целта е да се компенсират майките, които въпреки намерението си за по-дълъг професионален живот са се посветили на отглеждането на децата, поради което не са били в състояние да плащат вноски толкова години, колкото други работници[42].

62. Освен това INSS представя статистически данни, които показват, че социалноосигурителните вноски са пряко свързани с пола на родителя и с броя на децата. В съответствие с тези доказателства неравнопоставеността на половете по отношение на пенсиите оказва по-голямо въздействие върху жените, които са майки на две или повече деца.

63. От горепосочените данни може да се достигне до първо предварително заключение. Очевидно е, че спорната мярка всъщност *не* е насочена към закрила на жените, които поемат отговорности за полагане на грижи за деца. В действителност член 60, параграф 1 от LGSS не съдържа никакво условие, което да свързва спорното обезщетение с действителните грижи за деца. То не изисква да се докаже период на отпуск, прекъсване на заетостта или поне известно намаляване на работното време. Несъмнено, дори декларираната цел да беше такава, това не би било от особена полза, тъй като Съдът неизменно постановява, че бащите и майките се намират в сравнимо положение по отношение на грижите за деца[43].

64. Второто предварително заключение е, че истинската цел на спорната мярка изглежда е *намаляването на неравнопоставеността на половете* по отношение на пенсиите въз основа на общи статистически данни, които показват, че жените, които са майки на повече от едно дете, са в особено неблагоприятно положение по отношение на пенсионните права.

65. Тази последна цел непосредствено води до въпроса дали такова структурно положение на неравенство е достатъчно, за да направи жените и мъжете несравними във всяко конкретно положение.

66. Според мен случаят не може да бъде такъв. Вярно е, че в някои случаи в практиката на Съда се отчитат различията, засягащи различни групи лица, за да се отхвърли тяхната сравнимост[44]. Съдът обаче счита за сходно положението на лица от различни възрастови групи, които са засегнати от структурни проблеми, например безработица[45]. Освен това Съдът предупреждава да не се разчита на генерализации и статистически данни именно защото така има вероятност

39 Boletín Oficial de las Cortes Generales — Congreso de los Diputados (1.9.2015, Serie A, nº 163-4, p. 2812—2814).

40 Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017 (Цялостна програма за семейно подпомагане 2015—2017 г.), одобрена от Министерския съвет на 14 май 2015 г. (достъпна на www.mscbs.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf).

41 Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas (Доклад относно добавката за майчинство към зависещите от вноски пенсии), изпратен от испанското правителство през юни 2015 г. до Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (Комисия за оценка и последващи действия по споразуменията на Пакта от Толедо).

42 Определение на Tribunal Constitucional (Конституционен съд, Испания) от 16 октомври 2018 г., № 3307-2018, ES:TC:2018:114A, точка 3, буква b).

43 Вж. съдебната практика, цитирана по-горе в бележки под линия 29 и 30.

44 Решение от 1 октомври 2015 г., O (C-432/14, EU:C:2015:643, т. 37—39).

45 Вж. решение от 19 юли 2017 г., Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, т. 26 и 27).

да се стигне до дискриминационно третиране на жените и мъжете в конкретно положение [46]. В действителност наличието на солидни статистически данни, които доказват съществуването на структурни различия, засягащи жените, не изключва възможността да има положение, в които жените и мъжете се намират в сходно положение.

67. Не виждам причина в настоящия случай да не се следва същият подход. Освен това доводите, свързани с различните положения, в които се намират групите, при условие че тази разлика не би била толкова значителна, че да направи групите напълно несравними, трябва да бъдат надлежно оценени на етапа на обосноваване [47] или, ако е релевантно, в рамките на оценката за „позитивно действие“. По-специално, „позитивното действие“ позволява отклонение от индивидуалния подход към равенството, като целта е да се вземе предвид неблагоприятното положение на дадена група с оглед постигане на действително равенство [48].

68. В резултат стигам до заключението, че съществуването на общо структурно неравенство по отношение на пенсиите допуска работещи жени и мъже, които са родители на две или повече деца, да се намират в сходно положение по отношение на въпросното обезщетение, а именно достъпа до (добавка към) зависеща от вноски пенсия за инвалидност.

### *2. Дискриминация*

69. Поради естеството на спорната мярка анализът на въпроса дали член 60, параграф 1 от LGSS поражда дискриминация, е изключително кратък. Тази разпоредба ограничава ползването на добавката единствено от жените. Поради това тя представлява пряка дискриминация, основана на пола, която засяга изчисляването на обезщетенията по смисъла на член 4, параграф 1 от Директива 79/7.

70. Както основателно отбелязва Комисията, в рамките на Директива 79/7 не е възможно да се обоснове такъв случай на пряка дискриминация [49]. Дерогация от забраната за пряка дискриминация, основана на пола, е възможна само в изчерпателно предвидените в тази директива положения [50]. Поради това трябва да се провери дали спорната мярка може да бъде обхваната от член 7, параграф 1 от Директива 79/7.

### *3. Член 7, параграф 1 от Директива 79/7*

71. Поради особено чувствителния характер на социалното осигуряване и поради широко разпространените разлики в третирането на жените и мъжете към момента на договарянето на Директива 79/7 член 7, параграф 1 позволява на държавите членки да изключат някои въпроси от приложното поле на Директивата. В действителност Директива 79/7 е насочена „само“ към „постепенното“ прилагане на принципа на равно третиране на жените и мъжете [51]. Следователно

46 Вж. в този смисъл решение от 3 септември 2014 г., X (C-318/13, EU:C:2014:2133, т. 38). По отношение на доводи, доста сходни с изложените от испанското правителство и от INSS в конкретния случай, вж. също решение от 29 ноември 2001 г., Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, т. 56).

47 По отношение на преходността във вътрешен аспект между тези категории вж. заключението ми по дело Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, т. 61 и 62).

48 Вж. в тази връзка заключението на генералния адвокат Tesauro по дело Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, т. 8). За моето предложение в този смисъл вж. раздел B от настоящото заключение.

49 Вж. по аналогия решения от 18 ноември 2010 г., Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703, т. 41), и от 12 септември 2013 г., Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, т. 50).

50 Вж. в тази връзка решение от 26 юни 2018 г., MB (Промяна на пола и пенсия за осигурителен стаж и възраст) (C-451/16, EU:C:2018:492, т. 50 и цитираната съдебна практика).

51 Вж. решения от 11 юли 1991 г., Johnson (C-31/90, EU:C:1991:311, т. 25), и от 16 юли 2009 г., Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, т. 60).

изключенията в член 7, параграф 1 не могат да бъдат логически свързани със систематичен опит за закрила на жените или с позитивна дискриминация. Те по-скоро целят да запазят определени елементи от системите за социално осигуряване, които са съществували към момента на приемане на Директивата [52].

72. Сред въпросите, които държавите членки имат право да изключат от приложното поле на Директива 79/7, в член 7, параграф 1, буква б) се посочват „привилегиите, свързани с правото на пенсия за старост, предоставяни на лица, които са отгледали деца“, и „придобиването на право на обезщетение след прекъсване на работа поради отглеждането на деца“.

73. INSS и испанското правителство поддържат в общ план, че разглежданата в настоящия случай мярка е обхваната от това изключение.

74. Жалбоподателят, обратно, твърди, че изключението по член 7, параграф 1, буква б) не е приложимо. Според жалбоподателя това изключение е приложимо само за пенсиите за старост, но не и за пенсиите за инвалидност като разглежданата в този случай.

75. Нямам възражения срещу прилагането на член 7, параграф 1, буква б) по отношение на пенсия за трайна инвалидност. Всъщност, въпреки че първата част от тази разпоредба се отнася до пенсия за „старост“, случаят не е такъв във втората част, която се отнася в общ смисъл до придобиването на право на обезщетение след прекъсване на работа поради отглеждането на деца. Всъщност Съдът вече е прилагал изключението по член 7, параграф 1, буква б) в контекста на испанските пенсии за трайна инвалидност [53].

76. В настоящия случай обаче член 7, параграф 1, буква б) не е приложим по друга причина. Както основателно изтъква жалбоподателят, член 60, параграф 1 от LGSS *не е свързан с действително прекъсване на работа* поради отглеждането на деца. Добавката за майчинство се предоставя независимо дали е налице прекъсване на работа, било под формата на отпуск по майчинство или на родителски отпуск, или на какъвто и да било друг вид прекъсване [54].

77. От съображения за яснота бих искал да добавя, че дори мярка като разглежданата действително да беше свързана с прекъсване на работата поради отглеждането на деца, според мен това не би означавало, че може да бъде включена в обхвата на изключението по член 7, параграф 1, буква б).

78. Както правилно изтъкват Комисията и жалбоподателят, съдържащите се в член 7, параграф 1 от Директива 79/7 изключения са замислени в контекста на *постепенно премахване* на различията в третирането [55] и трябва да се тълкуват стриктно [56]. Макар в член 7, параграф 2 и член 8, параграф 2 от тази директива да се посочва възможността държавите членки да „запазят“ съществуващи разпоредби, Съдът не е тълкувал член 7, параграф 1 като стриктна клауза

52 Както е подчертано в съдебната практика, дори тези цели да не са посочени в съображенията на Директива 79/7, „от естеството на изключенията, съдържащи се в член 7, параграф 1 от Директивата, може да се направи извод, че общностният законодател е възнамерявал да позволи на държавите членки да запазят временно предимствата, предоставени на жените по отношение на пенсионирането, за да им се даде възможност постепенно да адаптират пенсионните си системи в това отношение, без да се нарушава сложната финансова стабилност на тези системи, чието значение не трябва да се пренебрегва“. Вж. например решения от 30 април 1998 г., De Vriendt и др. (C-377/96—C-384/96, EU:C:1998:183, т. 26), и от 27 април 2006 г., Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, т. 35).

53 Решение от 16 юли 2009 г., Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, т. 60 и 63).

54 Точка 63 по-горе.

55 Вж. например решение от 7 юли 1992 г., Equal Opportunities Commission (C-9/91, EU:C:1992:297, т. 14).

56 По отношение на член 7, параграф 1, буква а) вж. например решение от 21 юли 2005 г., Vergani (C-207/04, EU:C:2005:495, т. 33 и цитираната съдебна практика).

„standstill“. В съдебната практика се приема, че член 7, параграф 1 от Директива 79/7 може да се прилага към последващо приемане на мерки, които не могат да бъдат отделени от вече съществуващи мерки, попадащи в обхвата на тази дерогация, както и към изменения на такива мерки [57].

79. При все това разглежданата в настоящия случай разпоредба при никакво разумно тълкуване не може да се счита за свързана с *постепенен напредък* към пълно прилагане на принципа на равенство между жените и мъжете в областта на социалното осигуряване. Мярката е приета през 2015 г., няколко десетилетия след влизането в сила на Директива 79/7. Тя представлява нововъведение в националния правен контекст, в който не е съществувала подобна разпоредба, с която би могла да бъде свързана. Поради това не е възможно мярката да се счита за необходима или неделима от вече съществуващ режим, като се използва дерогацията, предвидена в член 7, параграф 1, буква б). Освен това тя няма връзка с общата цел на член 7, параграф 1 за запазване на финансовото равновесие на социалноосигурителната система.

80. В резултат стигам до заключението, че разглежданата в настоящия случай мярка не може да се счита за обхванатa от изключението, предвидено в член 7, параграф 1, буква б) от Директива 79/7.

### *B. Член 157, параграф 4 от ДФЕС*

81. Въпреки констатацията ми, че Директива 79/7 не допуска член 60, параграф 1 от LGSS, остава да се анализира дали спорната мярка все пак може да бъде допустима съгласно член 157, параграф 4 от ДФЕС — разпоредба, която е подробно обсъдена от заинтересованите страни, представили становища в настоящия случай.

82. Член 157, параграф 4 от ДФЕС гласи, че „[з]а да се осигури на практика пълна равнопоставеност между мъжете и жените в професионалния живот, принципът за равно третиране не е пречка всяка държава членка да запази или да приеме мерки, предвиждащи специфични придобивки за улеснение на упражняването на професионална дейност от недостатъчно представения пол или да предотврати или да компенсира неизгоди в професионалната кариера“. Следователно тази разпоредба позволява да се „спасят“ или да се направят отново съвместими с правото на Съюза мерки, които не са обхванати от специалните изключения или дерогации, предвидени във вторичното право в областта на равенството между половете [58].

83. Въпреки това приложното поле на член 157, параграф 4 от ДФЕС остава неясно. Първо, остава неизяснено дали член 157, параграф 4 от ДФЕС е ограничен до областта на „равното заплащане“ или има по-широко приложно поле (1). Второ, какви видове мерки могат да се считат за обхванати от тази разпоредба по-специално що се отнася до мерки, предвидени „да компенсира[т] неизгоди в професионалната кариера“? (2) След анализ на тези два основни въпроса като цяло и като се има предвид, че някои внимателно изготвени национални мерки в областта на социалноосигурителните пенсии биха могли да бъдат обхванати от член 157, параграф 4 от ДФЕС, все пак неизбежно достигам до извода, че разглежданата в настоящия случай мярка не попада сред тези мерки, тъй като не отговаря на основните изисквания за пропорционалност (3).

57 Вж. решения от 7 юли 1994 г., Bramhill (C-420/92, EU:C:1994:280), и от 23 май 2000 г., Hepple и др. (C-196/98, EU:C:2000:278, т. 23), както и заключенията на генералния адвокат Saggio по дело Hepple и др. (C-196/98, EU:C:1999:495, т. 21—24) и на генералния адвокат Mischo по дело Taylor (C-382/98, EU:C:1999:452, т. 66—69).

58 Като даващи основание да се счита, че член 157, параграф 4 от ДФЕС може да се прилага в случаи, когато дадена национална мярка е била обявена за несъвместима със специални норми от вторичното право на Съюза, които допускат позитивно действие, вж. например решения от 28 март 2000 г., Badeck и др. (C-158/97, EU:C:2000:163, т. 14), от 6 юли 2000 г., Abrahamsson и Anderson (C-407/98, EU:C:2000:367, т. 40, 54 и 55), и от 30 септември 2004 г., Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, т. 29 и 30).

*1. Приложното поле на член 157, параграф 4 от ДФЕС и „равното заплащане“*

84. Спорното обезщетение не попада в обхвата на понятието „заплащане“ по смисъла на член 157, параграф 2 от ДФЕС.[59] Следователно може ли член 157, параграф 4 от ДФЕС да „спаси“ национална мярка, която не попада в приложното поле на член 157, параграф 2 от ДФЕС?

85. Попитана по този въпрос в съдебното заседание, Комисията изтъква, че като се има предвид, че посоченото в член 157, параграф 4 от ДФЕС понятие „професионална кариера“ е много широко, приложното поле на тази разпоредба не е ограничено до понятието „равно заплащане“. Следователно тя би могла да се прилага и към областта на социалното осигуряване.

86. Съгласен съм с Комисията, че няма причина да се ограничава приложното поле на член 157, параграф 4 от ДФЕС до областта на „равното заплащане“.

87. Несъмнено конкретната разпоредба, която позволява на държавите членки да приемат мерки за „позитивно действие“, се съдържа в член 157 ДФЕС, който исторически е свързан с „равното заплащане“. Редица обстоятелства обаче подкрепят становището, че параграф 4 от тази разпоредба надхвърля конкретната област на „равното заплащане“.

88. Първо, текстът на член 157, параграф 4 от ДФЕС очевидно е формулиран в доста широк смисъл. В него се предвижда изключение от „принципа за равно третиране“ на жените и мъжете, а не от „равното заплащане“, без да се налагат изрични ограничения по отношение на областите, в които се прилага[60]. Позволените съгласно тази разпоредба мерки също са описани в много широк смисъл като „мерки, предвиждащи специфични придобивки за улеснение на упражняването на професионална дейност от недостатъчно представения пол“, или мерки, с които „да [се] предотврат[ят] или да [се] компенсира[т] неизгоди в професионалната кариера“. По подобен начин целите на член 157, параграф 4 от ДФЕС са формулирани чрез посочване на доста широкообхватната цел „да се осигури на практика пълна равнопоставеност […] в професионалния живот“.

89. Второ, от систематична гледна точка член 157, параграф 3 от ДФЕС, който представлява широко правно основание, надхвърлящо в значителна степен принципа на равно заплащане и включващо приемането на „мерки, които осигуряват прилагането на принципа за равни възможности и равно третиране на мъжете и жените в областта на заетостта и труда“, вече представлява пречка за всякакво евентуално общо ограничаване на член 157 ДФЕС до специфичната област на „равното заплащане“[61].

90. Трето, вярно е, че в миналото Съдът е следвал „стеснително“ тълкуване на изключението за позитивно действие, закрепено в член 2, параграф 4 от Директива 76/207, като е посочвал, че тази разпоредба представлява дерогация от принципа за равно третиране[62]. Въпреки това тази позиция постепенно е изоставена[63]. Тя не присъства в съдебната практика относно

59 Вж. по-горе, точки 27—31 от настоящото заключение.

60 Вж. *Tobler*, C. Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam. — European Journal of Law Reform, vol. 1, No 1, Kluwer Law International, 2000, 135—151, p. 142.

61 *Langenfeld*, C. AEUV Art. 157 Gleiches Entgelt für Männer und Frauen. — In: Grabitz, E., Hilf, M., et Nettesheim, M., Das Recht der Europäischen Union, C.H. Beck, *München* 2019, Werkstand: 66. pt. 84. Вж. също *Krebber*, S. Art 157 AEUV. — In: Callies, C. et Ruffert, M., EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, C.H. Beck, *München* 2016, pt. 73.

62 Вж. решение от 17 октомври 1995 г., Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:322, т. 21).

63 Вж. в този смисъл решение от 11 ноември 1997 г., Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, т. 32), в което вече не се посочва задължението за „стриктно тълкуване“, или решения от 19 март 2002 г., Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, т. 39), и от 30 септември 2004 г., Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, т. 24). По аналогия вж. също решение от 22 януари 2019 г., Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, т. 65).

по-широкообхватното и общо изключение за позитивно действие, съдържащо се в член 157, параграф 4 от ДФЕС. Според мен това не е случайно. Член 157, параграф 4 от ДФЕС представлява консолидиране в първичното право на визия за действително равенство в областта на равенството между половете, а не просто дерогация, която следва да се тълкува стеснително.

91. Ето защо считам, че член 157, параграф 4 от ДФЕС следва да се тълкува в смисъл, че в обхвата на „позитивната дискриминация“ се включват мерки, които иначе биха били възпрепятствани от принципа за равно третиране, закрепен в Директива 79/7, при условие че тези мерки действително целят да гарантират „пълна равнопоставеност между мъжете и жените в професионалния живот“ и да предвидят „специфични придобивки за улеснение на упражняването на професионална дейност от недостатъчно представения пол“ или „да предотврат[ят] или да компенсира[т] неизгоди в професионалната кариера“.

92. Съществува обаче и още един предварителен въпрос: прилага ли се член 157, параграф 4 от ДФЕС към областта на социалното осигуряване? В действителност тази област остава в рамките на специален режим, като донякъде е отделена от всички други инструменти в областта на равенството между половете по отношение на условията на труд и заплащане и се урежда от единствената все още действаща директива от т.нар. „стари“ директиви, приети въз основа на член 235 от Договора за ЕИО (понастоящем член 352 от ДФЕС)[64].

93. Независимо от това от по-широка гледна точка трябва да се подчертае, че изключването на уредената в Директива 79/7 област от приложното поле на член 157, параграф 4 от ДФЕС би довело до доста парадоксалната ситуация областта на социалното осигуряване да се изолира и изключи от целта на тази разпоредба за постигане на действително равенство на практика. Това е така, защото разпоредбите на Директива 79/7, които предвиждат възможността за дерогация — член 4, параграф 2 и член 7, не са подходящи като инструменти за позитивна дискриминация. Това се дължи най-вече на стеснителното тълкуване, което трябва да се прилага и към двете разпоредби, но също така по-специално на различните им структури и цели.

94. Освен това, както вече беше посочено, Директива 79/7 е „последният мохикан“ на все още действащото законодателство в областта на равенството от 70-те и 80-те години на миналия век. Красотата, яснотата и простотата на нейния език, на който с оглед на изготвянето на законодателни текстове в днешно време можем само да се възхищаваме, не следва да омаловажават факта, че съществуващата през 1978 г. социална действителност, във връзка с която е приета Директивата, неминуемо е различна от действителността около четиридесет години по-късно.

95. Все пак, при всички направени уговорки, продължавам да бъда на мнение, че приемането при определени условия на член 157, параграф 4 от ДФЕС като основание за тясно формулирани мерки в областта на социалното осигуряване, попадащи в приложното поле на Директива 79/7, но очевидно в противоречие с нейните разпоредби, е за предпочитане от

64 Останалите „стари“ директиви в тази област или са преработени посредством Директива 2006/54, чието правно основание е член 157, параграф 3 от ДФЕС, или са изменени с правни актове, приети съгласно същото правно основание (това е така по отношение на Директива 76/207 на Съвета, посочена по-горе, и също на Директива 75/117/ЕИО на Съвета от 10 февруари 1975 година за сближаване на законодателствата на държавите членки относно прилагането на принципа за равно заплащане на мъжете и жените (ОВ L 45, 1975 г., стр. 19; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 1, стр. 156); Директива 86/378/ЕИО на Съвета от 24 юли 1986 година относно прилагането на принципа на равното третиране на мъжете и жените в професионалните социалноосигурителни схеми (ОВ L 225, 1986 г., стр. 40; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 2, стр. 53); и Директива 86/613/ЕИО на Съвета от 11 декември 1986 година за прилагане принципа на равното третиране на мъжете и жените, които извършва[т] дейности в качеството на самостоятелно заети лица, включително и в сектора на земеделието, както и за закрила на самостоятелно заетите жени по време на бременност и майчинство (ОВ L 359, 1986 г., стр. 56; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 2, стр. 56).

системна и логическа гледна точка пред алтернативата, застъпвана от INSS и испанското правителство, а именно пристъпване към тълкуване и по същество към изменение на съдържащите се в Директива 79/7 понятия с оглед на член 157, параграф 4 от ДФЕС и на каквато и да е визия за (действително) равенство [65].

96. Както вече бе посочено по-горе, в член 4, параграф 2 от Директива 79/7 се приема, че мъжете и жените не са сравними конкретно по отношение на майчинството, но сама по себе си тази разпоредба не предвижда специална възможност за „позитивно действие“ [66]. Вярно е, че концептуалните основи на позитивно действие имат някои общи белези с мотивите, залегнали в основата на констатациите за липса на сравнимост във връзка с майчинството, именно поради специфичното положение във връзка с неизгодите, понасяни от една от посочените групи, и целта за постигане на действително равенство [67]. Поне в областта на половата дискриминация обаче тези две концептуални категории — майчинството като един от елементите, които не допускат сравнимост, и възможността за предприемане на позитивно действие за поправяне или компенсиране на неизгодите, понасяни от жените — са запазени като отделни категории в законодателството и съдебната практика [68].

97. Това не е просто съвпадение. В действителност логиката, залегнала в основата на двете изключения, е различна: изключение, свързано с мерки за закрила на жените поради майчинство, като например член 4, параграф 2 от Директива 79/7, се основава на липсата на сравнимост по отношение на много специфична биологична реалност, която никога няма да се промени. То няма за цел да поправи или да компенсира вече съществуващ дисбаланс или структурно неблагоприятно положение, които могат да изчезнат с постигане на социален напредък. Всъщност член 4, параграф 2 от Директива 79/7 функционира независимо от всякакви вече съществуващи положения, свързани с неблагоприятни последици или недостатъчно представяне на даден пол.

98. Освен това разграничението е от съществено значение с оглед на функциите и целите на изключението за майчинство и на позитивното действие. Много от неизгодите, понасяни от жените, произтичат от социално изградена роля, която им се приписва, и широкото тълкуване на изключението за „майчинство“ като обхващащо „качеството на майка“ вероятно би довело до продължаване и още по-категорично затвърждаване на тези роли, като така би било в противоречие със самата цел на позитивното действие.

65 Точка 50 по-горе.

66 Вж. точки 41 и 50 от настоящото заключение.

67 Вж. например решение от 18 март 2004 г., Merino Gómez (C-342/01, EU:C:2004:160, т. 37), в което член 2, параграф 3 от Директива 76/207 е свързан с целта „да се постигне равенство по същество, а не по форма“. Вж. също решение от 30 април 1998 г., Thibault (C-136/95, EU:C:1998:178, т. 26).

68 Това се потвърждава от факта, че мерките за закрила на жените поради майчинство и позитивните действия са обхванати от различни правни основания, както посочва Комисията в съдебното заседание. Изключението за „майчинство“ е предвидено в член 28, параграф 1 от Директива 2006/54, докато общата разпоредба относно позитивното действие се съдържа в член 3 от същата директива. Такъв е случаят и с Директива 76/207, където за тези различни категории са предвидени две различни разпоредби (член 2, параграфи 3 и 4, а след изменението член 2, параграфи 7 и 8). Различни разпоредби са предвидени за изключението за „майчинство“ и за „позитивното действие“ в член 4, параграф 2 и член 6 от Директива 2004/113/ЕО на Съвета от 13 декември 2004 година относно прилагане на принципа на равното третиране на мъжете и жените по отношение на достъпа до стоки и услуги и предоставянето на стоки и услуги (ОВ L 373, 2004 г., стр. 37; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 7, стр. 135). Вж. обаче заключението на генералния адвокат Tesauro по дело Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, т. 17), в което член 2, параграф 3 от Директива 76/207 изглежда се представя като мярка за „позитивно действие“.

99. Що се отнася до член 7 от Директива 79/7, ограниченият му обхват, свързан с постепенното прилагане на Директивата, вече представлява значимо възражение срещу разглеждането на тази разпоредба като подходящо средство за предприемане на позитивно действие в областта на социалното осигуряване. Освен това, както вече беше отбелязано, целта на тази разпоредба е свързана не толкова с идеята за действително равенство, колкото с логиката да се запазят някои вече съществуващи разлики в „полза“ на жените, като същевременно се запази фискалното равновесие на социалноосигурителните системи[69].

100. В обобщение, изключването на социалното осигуряване от приложното поле на член 157, параграф 4 от ДФЕС би означавало, че Директива 79/7 би била единственият специфичен инструмент на вторичното право в областта на социалната политика, с който се прилага принципът на ЕС за равенство между жените и мъжете, който е изключен от съдържателния подход към равенство, прогласен в член 157, параграф 4 от ДФЕС като обща разпоредба за „позитивно действие“, основана на пола.

101. Трудно ми е да приема тази последица. Следователно член 157, параграф 4 от ДФЕС следва също да се използва, за да се обоснове национална мярка, която иначе би била дискриминационна в контекста на специфичната правна уредба, установена от приложимото вторично право на Съюза, включително Директива 79/7, доколкото такава мярка е в съответствие с изискванията на тази разпоредба от Договора, а именно че тези мерки целят да гарантират „пълна равнопоставеност между мъжете и жените в професионалния живот“ и да предвидят „специфични придобивки за улеснение на упражняването на професионална дейност от недостатъчно представения пол“ или „да предотврат[ят] или да компенсира[т] неизгоди в професионалната кариера“.

*2. Компенсиране за неизгоди в професионалната кариера*

102. Макар че Комисията приема, че член 157, параграф 4 от ДФЕС евентуално би могъл да се приложи в областта на социалното осигуряване, тя твърди, че разглежданата в случая мярка не може да бъде включена в предвиденото в този член изключение за „позитивно действие“ въз основа на тълкуването, дадено от Съда по отношение на предшестващите го членове в решения Griesmar и Leone.

103. В решение Griesmar Съдът тълкува член 6, параграф 3 от Споразумението за социалната политика[70] в рамките на дело относно бонификация за деца, която се предоставя на държавни служителки съгласно схема за професионално пенсионно осигуряване. Съдът приема, че тази мярка не попада в обхвата на мерките за позитивно действие, предвидени в член 6, параграф 3 от Споразумението за социалната политика. Не е изглеждало, че мярката „може да компенсира неблагоприятните последици, на които са изложени държавните служителки, като ги подпомогне в тази кариера“. Съдът отбеляза, че „напротив, тази мярка само предоставя на държавните служителки, които са майки, бонификация за прослужено време към момента на пенсионирането им, *без да решава проблемите, на които могат да се натъкнат в хода на*

69 Вж. точка 52 и цитираната съдебна практика.

70 Член 157, параграф 4 от ДФЕС произтича от член 6, трета параграф от Споразумението за социална политика между държавите — членки на Европейските общности, с изключение на Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия, като Споразумението става част от общностния правен ред с Протокол № 14 относно социалната политика към Договора от Маастрихт.

*професионалната си кариера*“ [71]. Това е потвърдено и в решение Leone [72], както и в няколко съдебни решения по производства за установяване на неизпълнение на задължения във връзка с някои предимства, предоставени на държавни служителки по отношение на пенсионната възраст и броя на годините прослужено време, които се изискват за пенсиониране [73].

104. На пръв поглед съображенията в тези решения важат напълно и за обсъждането на член 157, параграф 4 от ДФЕС в настоящия случай. В действителност добавката за майчинство засяга пенсионните права след признаването на положение на абсолютна трайна неработоспособност, а не по време на професионалната кариера на жалбоподателя.

105. Втори поглед обаче разкрива два въпроса с подобна аналогия: един технически въпрос и един принципен въпрос.

106. На първо място, *по-техническият* аргумент: съдебната практика в решения Griesmar и Leone не следва непременно да се тълкува като изключваща напълно възможността да се прибегне до член 157, параграф 4 от ДФЕС в положение, свързано с необходимостта да се компенсират неизгоди от миналото. Становищата, изложени в тези решения, трябва да се разгледат в контекста на обстоятелствата по конкретния разглеждан случай. В действителност, когато *единствената мярка*, която съществува за справяне със структурен проблем като неравнопоставеността на половете, се състои в компенсиране след пенсионирането, наистина е основателно да се предположи, че националните разпоредби не предвиждат средство за преодоляване на проблемите, с които се сблъскват жените в хода на професионалната си кариера. При такива обстоятелства предвиждането единствено на компенсиране след пенсионирането дори би затвърдило за в бъдеще традиционното разпределение на ролите между мъжете и жените, като запази второстепенната роля на мъжете при упражняването на родителските им функции [74], като на практика жените получават „отплата“ едва в края на своята кариера.

107. Според мен положението е доста по-различно, когато национална мярка като разглежданата в настоящия случай представлява част от *по-широкообхватна система* на националното право, която включва различни мерки, насочени към ефективно преодоляване на проблемите, с които се сблъскват жените в професионалната си кариера. В такъв случай не може да се изключи принципната възможност, че ако съществува общ законодателен контекст, който цели да компенсира неизгодите, понасяни от жените, като им оказва подкрепа *в хода на професионалната им кариера*, би могла законосъобразно да се установи мярка на основание член 157, параграф 4 от ДФЕС, която води до *компенсиране за предишни неизгоди*. Такава мярка действително би била *спомагателна* към основната система от компенсаторни мерки, които се прилагат в хода на професионалния живот. Нейното естество би било корективно и временно, за да може в името на справедливостта между поколенията да се приемат действия с оглед положението на лицата, които не са могли да се възползват от напредъка към равенство в социалноосигурителната система.

108. Ако не се възприеме подобно разумно и ориентирано към постигането на действително равенство тълкуване на приложното поле на член 157, параграф 4 от ДФЕС, според мен е време да се преосмисли подходът на Съда по принцип.

71 Решение от 29 ноември 2001 г. (C-366/99, EU:C:2001:648, т. 65). Курсивът е мой.

72 Решение от 17 юли 2014 г. (C-173/13, EU:C:2014:2090, т. 100—103).

73 Решения от 13 ноември 2008 г., Комисия/Италия (C-46/07, непубликувано, EU:C:2008:618, т. 57), и от 26 март 2009 г., Комисия/Гърция (C-559/07, EU:C:2009:198, т. 66—68).

74 Вж. в този смисъл решения от 19 март 2002 г., Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, т. 41), и от 30 септември 2010 г., Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, т. 36).

109. Първо, налице е текстът на член 157, параграф 4 от ДФЕС. В него ясно се посочва целта за осигуряване на равенство на практика, като се обхващат не само мерки, насочени към улесняване на *достъпа* и предотвратяване на неизгодите[75], но и мерки за *компенсиране* за тези неизгоди. Според мен тази разпоредба заменя може би не съвсем полезния акцент върху противопоставянето между равни възможности и равни резултати, което е преобладавало в голяма част от предходната съдебна практика за тълкуване на различни правни разпоредби[76].

110. Второ, тълкуването на приложното поле на член 157, параграф 4 от ДФЕС трябва да се адаптира логически към специфичните особености на разглежданата област. Ако се приеме, че член 157, параграф 4 от ДФЕС се прилага към областта, уредена с Директива 79/7, компенсирането за неизгоди в професионалната кариера трябва по необходимост да обхваща последиците от минали неизгоди в настоящето. Не виждам как положението би било различно в областта на социалното осигуряване, където неизгодите във връзка с пенсиите се усещат предимно след като лицето напусне пазара на труда. Трудно е да се разбере по какъв начин *съществуващата понастоящем* неравнопоставеност на половете по отношение на пенсиите би могла да се преодолее чрез улесняване на достъпа на жените до пазара на труда или чрез приемане на мерки в периода, в който те все още са активни на пазара на труда (с тези мерки би се избегнала *евентуална* неравнопоставеност на половете по отношение на пенсиите в *бъдеще*), като същевременно категорично се изключват каквито и да било мерки, които ще започнат да се прилагат, след като те напуснат пазара на труда (когато се проявява действителният и по-неотложен проблем).

111. Трето, такъв подход по отношение на член 157, параграф 4 от ДФЕС в действителност би довел до твърде стеснен и изключващ резултат, тъй като би означавал продължаване на неизгодите, понасяни от жените през целия им трудов живот, и след пенсионирането им[77]. Практическият резултат би бил морално оспорим: тъй като *пълното равенство на практика* се прилага само по отношение на равните възможности *по време на професионалния живот*, нищо след излизането им от пазара на труда не може да бъде компенсирано дори ако неизгодите очевидно произтичат от неравенството по време на професионалния живот и логично ще се проявят по-късно. При такъв сценарий равните възможности биха били полезна концепция само ако тя включва равни възможности за промяна на миналото.

112. Поради това бих изказал предположението, че член 157, параграф 4 от ДФЕС не само може да служи за обосноваване на национална мярка, която иначе би била дискриминационна в рамките на специфичната правна рамка, установена от приложимото вторично право на Съюза, включително Директива 79/7, но той също така може да се изтъква за мерки, насочени към компенсиране за неизгодите, понесени в хода на професионалната кариера, които — макар и произтичащи от неравенство по време на трудовия живот — се проявяват едва по-късно при напускане на пазара на труда.

75 Следва да се отбележи, че член 23 от Хартата също изглежда обхваща само свързаната с „достъпа“ част от уравнението, но преминава отвъд нея: „[п]ринципът на равенството не пречи на запазването в действие или приемането на мерки, предвиждащи специфични предимства в полза на по-слабо представения пол“.

76 По отношение на изключването на подходите за „позитивно действие“, което може да включва „ориентиран към резултатите“ подход, насочен към компенсиране за миналото, вж. по-специално заключението на генералния адвокат Tesauro по дело Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, т. 9). В тази връзка вж. също заключението на генералния адвокат Poiares Maduro по дело Briheche (C-319/03, EU:C:2004:398, т. 48—50).

77 По този въпрос съм съгласен със заключенията на генералния адвокат Jääskinen по дело Amédée (C-572/10, EU:C:2011:846, т. 58 и 59) и по дело Leone (C-173/13, EU:C:2014:117, т. 57).

113. При все това правото на ЕС последователно подлага мерките за позитивно действие на проверка за пропорционалност, което изисква дерогациите да не надхвърлят границите на подходящото и необходимото за постигането на преследваната цел. Принципът на равно третиране трябва да се съгласува, доколкото е възможно, с изискванията на така преследваната цел [78].

114. Сега преминавам към разглеждането на тези изисквания в контекста на настоящото дело.

*3. Настоящото дело*

115. INSS и испанското правителство подчертават спомагателния корективен характер на спорното обезщетение. Според тези заинтересовани страни „добавката за майчинство“ се вписва в по-широката законодателна рамка, която има за цел да компенсира последиците, които оказват върху пенсиите неизгодите, понасяни от жените в хода на професионалния им живот. Описани са няколко мерки, включително мерки за компенсиране на вноските по време на периода, следващ раждането, отпуска по майчинство и родителския отпуск, както и мерки в областта на заетостта, като например гарантиране на по-дълги периоди на отпуск по бащинство. Тези мерки обаче не се прилагат със задна дата и следователно не могат да поправят положението на по-възрастните поколения, които не могат да се възползват от тях. Освен това с оглед на тези мерки испанското правителство изтъква, че необходимостта от запазване на „добавката за майчинство“ периодично ще се оценява в бъдеще.

116. Всички тези елементи трябва да бъдат разгледани от националния съд, за да се прецени дали спорната мярка действително е от спомагателно компенсаторно естество в рамките на по-широкообхватна система, която всъщност цели да компенсира неизгодите, понасяни от жените в хода на професионалната им кариера.

117. Въпреки това, макар теоретично да е възможно член 157, параграф 4 от ДФЕС да се приложи към настоящия случай, въз основа на представената на Съда информация все пак достигам до заключението, че в настоящия си вид спорното обезщетение във всеки случай не би издържало проверката за пропорционалност, която се изисква съгласно тази разпоредба. Трябва да се съглася с Комисията по този въпрос: спорната мярка не отговаря на принципа на пропорционалност.

118. Първо, от гледна точка на нейната целесъобразност трябва да се отбележи, че спорната мярка не се прилага към независещи от вноски пенсии, за които може да се твърди, че са засегнати в по-голяма степен от неравнопоставеността на половете, като се има предвид, че именно жените от по-възрастните поколения има по-голяма вероятност дори да не натрупат необходимия брой години, за да получават зависещи от вноски пенсии.

119. Второ, както отбелязва Комисията, мярката се прилага само за пенсии, започнали да се изплащат през 2016 г., като по този начин се изключват жените от поколенията, за които има най-голяма вероятност да бъдат засегнати от неравнопоставеността между половете. Според мен този факт създава толкова силно противоречие между (официално посочената) цел на мярката и избраните за нейното осъществяване средства, че тя става неподходяща за постигане на посочената цел [79].

78 По отношение на член 2, параграф 4 от Директива 76/207 вж. решения от 19 март 2002 г., Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, т. 39), и от 30 септември 2004 г., Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, т. 24). В общ смисъл вж. заключението ми по дело Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, т. 111).

79 В действителност би могло разумно да се предположи, че подобна мярка на социалната политика, вместо да коригира миналото, по-скоро би довела до закрепване и затвърждаване именно на традиционното разпределение на ролите, докато заявената ѝ цел е коригиране на последиците от него в бъдеще.

120. Трето, спорната мярка не отговаря на изискването за необходимост. Член 60, параграф 1 от LGSS се основава на изключителния и автоматичен критерий за пола. Той се прилага само към жени и не допуска никакво разглеждане на положението на мъже в сходно положение. Не съществува възможност за прилагане на същата мярка към мъже, които са били засегнати от прекъсване на професионалната си кариера или от намаляване на вноските поради отглеждане на своите деца [80].

121. Трябва да се направи и една заключителна забележка: всъщност не се поставят под въпрос нито легитимността на преследваната от националната мярка цел, нито представените от националните органи статистически данни, свидетелстващи за наличието на неравнопоставеност между половете, която представлява структурен проблем. Освен това според мен национални правила в областта на социалното осигуряване, насочени към отстраняване на неравнопоставеността между половете чрез компенсиране, действително биха могли да бъдат основани на член 157, параграф 4 от ДФЕС. В настоящия си вид обаче член 60, параграф 1 от LGSS не отговаря на изискванията нито по отношение на целесъобразността, нито по отношение на необходимостта, така че да бъдат спазени стандартите на принципа на пропорционалност, който трябва да бъде изпълнен, за да може такава мярка да бъде допустима по член 157, параграф 4 от ДФЕС.

122. Въз основа на тези съображения достигам до заключението, че разглежданата в настоящия случай мярка не е допустима по член 157, параграф 4 от ДФЕС и следователно е несъвместима с правото на Съюза.

## V. Заключение

123. Предвид гореизложените съображения предлагам на Съда да отговори на поставения от Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Съд по трудови и социални дела № 3, Херона, Испания) въпрос по следния начин:

„Член 4, параграф 1 от Директива 79/7/ЕИО на Съвета 19 декември 1978 година относно постепенното прилагане на принципа на равното третиране на мъжете и жените в сферата на социалното осигуряване трябва да се тълкува в смисъл, че не допуска национална разпоредба като разглежданата в настоящия случай, която, от една страна, предоставя право на добавка към пенсията на жени, които са майки на две или повече деца и имат право на зависеща от вноски пенсия за трайна неработоспособност след влизането ѝ в сила, но от друга страна, при никакви положения не предвижда каквато и да е възможност за предоставяне на това право на мъже“.

80 Вж. в този смисъл решение от 29 ноември 2001 г., Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, т. 57). По отношение на ролята на „клаузите за гъвкавост“, които позволяват мерки за позитивно действие да се прилагат и към мъже при конкретни обстоятелства, вж. решения от 11 ноември 1997 г., Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, т. 33), от 28 март 2000 г., Badeck и др. (C-158/97, EU:C:2000:163, т. 36), и от 19 март 2002 г., Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, т. 45).