OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO JULIANE KOKOTT przedstawiona w dniu 6 maja 2010 r.[1]

I — Wprowadzenie

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym pozwoli Trybunałowi na sprecyzowanie orzecznictwa dotyczącego zakazu dyskryminacji ze względu na płeć.

2. Prawo hiszpańskie przewiduje dla matek zatrudnionych na podstawie umowy o pracę podczas pierwszych dziewięciu miesięcy po urodzeniu dziecka prawo do dziennego skrócenia czasu pracy. Ustawa mówi wprawdzie o przerwie w pracy „w celu karmienia piersią". Orzecznictwo hiszpańskie przyznaje jednak tę przerwę w pracy także matkom, które nie karmią piersią. Już w tym miejscu należy więc wskazać, że pojęcie „przerwa na karmienie piersią" jest mylące, bowiem karmienie piersią akurat nie stanowi przesłanki przyznania przerwy w pracy. Jeżeli pracownica sama nie korzysta z przerwy w pracy, to ojciec dziecka, o ile jest on również zatrudniony w charakterze pracownika, może z niego skorzystać zamiast matki.

3. P.M. Roca Álvarez złożył do swojego pracodawcy wniosek o taką przerwę w pracy. Odmówiono mu jej z uzasadnieniem, że matka dziecka prowadzi działalność na własny rachunek, a więc sama nie ma prawa do przerwy w pracy. Zatem także P.M. Roca Álvarez nie ma prawa pochodnego. Prawo hiszpańskie nie zna bowiem samodzielnego prawa ojca zatrudnionego w charakterze pracownika do przyznania przerwy w pracy. W tym P.M. Roca Álvarez upatruje dyskryminacji ze względu na płeć.

II — Ramy prawne

A — *Prawo Unii*

4. Unijnoprawne ramy sprawy są określone dyrektywą Rady 76/207/EWG z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy[2].

1 — Język oryginału: niemiecki.

2 — Dz.U. L 39, s. 40.

1. Dyrektywa 76/207

5. Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 76/207 stanowi:

„Niniejsza dyrektywa stawia sobie za cel wprowadzenie w życie w państwach członkowskich zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, w tym awansu i kształcenia zawodowego, jak również warunków pracy oraz, w sytuacjach przewidzianych w ust. 2, zabezpieczenia społecznego. Zasadę tę określa się dalej jako »zasadę równego traktowania«".

6. Artykuł 2 ust. 1 i 3 omawianej dyrektywy przewiduje:

„1. Dla celów poniższych przepisów zasada równego traktowania oznacza brak dyskryminacji ze względu na płeć, zarówno bezpośredniej, jak i pośredniej, w szczególności przez odniesienie się do stanu cywilnego lub rodzinnego.

[…]

3. Niniejsza dyrektywa nie narusza przepisów dotyczących ochrony kobiet, zwłaszcza jeśli chodzi o ciążę i macierzyństwo".

7. Artykuł 5 ust. 1 dyrektywy 76/207 stanowi:

„1. Stosowanie zasady równego traktowania w zakresie warunków pracy, w tym warunków wypowiedzenia, pociąga za sobą konieczność zapewnienia mężczyznom i kobietom takich samych warunków, bez dyskryminacji ze względu na płeć".

2. Dyrektywa 96/34/WE

8. Tytułem uzupełnienia należy powołać się na dyrektywę Rady 96/34/WE z dnia 3 czerwca 1996 roku w sprawie porozumienia ramowego dotyczącego urlopu rodzicielskiego zawartego przez UNICE, CEEP oraz ETUC [3].

9. Wdraża ona porozumienie ramowe w sprawie urlopów rodzicielskich, zawarte dnia 14 grudnia 1995 r. między europejskimi partnerami społecznymi (UNICE, CEEP i ETUC). Stanowi ono załącznik do tej dyrektywy.

3 — Dz.U. L 145, s. 4.

10. Klauzula 2.1 porozumienia ramowego przewiduje:

„1. Niniejsze porozumienie, z zastrzeżeniem klauzuli 2.2, przyznaje pracownikom, mężczyznom i kobietom, indywidualne prawo do urlopu rodzicielskiego z powodu urodzenia lub przysposobienia dziecka, aby umożliwić im opiekę nad dzieckiem, przez co najmniej trzy miesiące, do czasu osiągnięcia przez dziecko określonego wieku, maksymalnie 8 lat, zgodnie z ustaleniami państw członkowskich i/lub partnerów społecznych".

B — *Prawo krajowe*

11. Stosunki pracy są uregulowane w Hiszpanii w Estatuto de los Trabajadores (kodeksie pracy) w nowym brzmieniu zatwierdzonym przez Decreto Legislativo (królewski dekret z mocą ustawy) nr 1/1995 z dnia 24 marca 1995 r. (zwany dalej „kodeksem pracy") [4]. Jego art. 1 stanowi, że ustawa ta ma zastosowanie do osób, które dobrowolnie świadczą swoje usługi za wynagrodzeniem na rachunek innej osoby w ramach organizacji lub pod kierownictwem osoby fizycznej lub prawnej, zwanej pracodawcą.

12. Artykuł 1 ust. 3 kodeksu pracy wyjaśnia, że każda czynność dokonana w ramach odbiegających od definicji w art. 1 ust. 1 jest wyłączona z zakresu stosowania kodeksu pracy.

13. Artykuł 37 ust. 4 kodeksu pracy w brzmieniu obowiązującym według sądu krajowego w chwili wniesienia pozwu stanowi:

„Z tytułu karmienia piersią dziecka, które nie ukończyło dziewięciu miesięcy, pracownice mają prawo do godzinnej przerwy w pracy, którą mogą podzielić na dwie części. W tym samym celu kobieta może zastąpić owo prawo zmniejszeniem dziennego czasu pracy o pół godziny. Z przerwy tej może korzystać zarówno matka, jak i ojciec, o ile obydwoje pracują".

14. Ustawą nr 3/2007 z dnia 22 marca 2007 r. [5] został zmieniony art. 37 kodeksu pracy. Zmienione brzmienie, odmiennie od starszej wersji, przewiduje w szczególności, że zamiast godzinnej przerwy w pracy lub skrócenia czasu pracy na podstawie układu zbiorowego lub porozumienia z pracodawcą z uwzględnieniem wytycznych układu zbiorowego pracownica może zakumulować pełne dni.

4 — BOE nr 75 z dnia 29 marca 1995 r., s. 9654.

5 — BOE nr 71 z dnia 23 marca 2007 r., s. 12611.

III — Stan faktyczny i pytanie prejudycjalne

15. P.M. Roca Álvarez (zwany dalej „skarżącym") jest zatrudniony w przedsiębiorstwie Sesa Start España ETT SA (zwanym dalej „pracodawcą").

16. W dniu 7 marca 2005 r. wystąpił on do pracodawcy o przyznanie mu płatnej przerwy w pracy przewidzianej w art. 37 ust. 4 kodeksu pracy. Pracodawca odmówił mu przyznania owej przerwy. Odmowę uzasadnił tym, że małżonka skarżącego prowadzi działalność na własny rachunek i nie jest pracownikiem. Status pracownika jest bowiem nieodzowną przesłanką przyznania prawa do wnioskowanej przerwy w pracy.

17. P.M. Roca Álvarez zaskarżył tę odmowę. Sąd pierwszej instancji był zdania, że przerwa w pracy na karmienie piersią przysługuje wyłącznie matce, z uwagi na brzmienie przepisu kodeksu pracy, który rozpoczyna się wyrazem „pracownice […]". Ponadto musi ona być zatrudniona w charakterze pracownika, ponieważ w przeciwnym razie kodeks pracy nie ma zastosowania. Sąd odmówił zatem przyznania P.M. Roce Alvarezowi prawa do przerwy w pracy z uwagi na to, że jego żona prowadzi działalność na własny rachunek. Ponieważ matce nie przysługuje to prawo, również ojciec nie posiada prawa pochodnego.

18. Od tego orzeczenia skarżący odwołał się do Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Jest on zdania, że skarżącemu może być przyznane żądane przez niego prawo tylko wtedy, gdyby przyznanie danego prawa wyłącznie matce naruszało zasadę równego traktowania.

19. W tym kontekście Tribunal Superior de Justicia de Galicia postanowił skierować do Trybunału następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy prawo krajowe (w niniejszej sprawie art. 37 ust. 4 kodeksu pracy), które przyznaje wyłącznie matkom zatrudnionym w charakterze pracownika na zasadzie dobrowolności prawo do płatnej przerwy na karmienie, której koszt ponoszony jest przez pracodawcę, polegające na skróceniu dziennego czasu pracy o pół godziny lub na jednogodzinnej nieobecności w pracy, która może zostać podzielona na dwie części, do czasu ukończenia przez dziecko dziewiątego miesiąca, i nie przyznaje z kolei tego prawa ojcom zatrudnionym w charakterze pracowników, stanowi naruszenie zasady równego traktowania zakazującej wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć ustanowionej w art. 13 WE, dyrektywie Rady 76/207/EWG z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy oraz w dyrektywie 2002/73/WE, zmieniającej dyrektywę 76/207/EWG?".

20. W postępowaniu przed Trybunałem opinie na piśmie przedstawiły rządy hiszpański i irlandzki oraz Komisja.

IV — Ocena prawna

21. Poprzez swoje pytanie sąd krajowy dąży do ustalenia, czy przepis krajowy, który tylko pracownicom przyznaje niezależne prawo do „przerwy w pracy na karmienie piersią", narusza gwarantowaną przez prawo unijne zasadę równego traktowania kobiet i mężczyzn. Pytanie prejudycjalne przywołuje w tym zakresie art. 13 WE (obecnie art. 19 TFUE) a także dyrektywy 76/207 i 2002/73 [6].

22. Ocena prawna zostanie w dalszym ciągu dokonana wyłącznie na podstawie dyrektywy 76/207. Ratione temporis dyrektywa 2002/73 nie ma bowiem zastosowania w niniejszej sprawie. Termin transpozycji dyrektywy 2002/73 upłynął w dniu 5 października 2005 r. Wniosek skarżącego o przyznanie przerwy na karmienie piersią datuje się jednak na 7 marca 2005 r., a zatem przed upływem terminu transpozycji. Także okres wnioskowanej przerwy na karmienie znajduje się przed upływem terminu transpozycji; miał on trwać od dnia 4 stycznia 2005 r. do dnia 4 października 2005 r.

23. Gdyby natomiast prawo hiszpańskie w celu rozstrzygnięcia postępowania przed sądem krajowym przyjęło nie stan prawny w chwili złożenia wniosku, lecz w chwili późniejszej – na przykład w chwili wydania orzeczenia sądowego w ostatniej instancji, wówczas upłynąłby już termin transpozycji dyrektywy. W każdym razie w rezultacie nie zmieniłoby to oceny prawnej, ponieważ dyrektywa 2002/73 nie zmieniła decydująco przepisów właściwych w niniejszej sprawie.

24. Sąd krajowy nie skierował pytania o nowe brzmienie dyrektywy wprowadzone dyrektywą 2006/54/WE [7], którą należało transponować do dnia 15 sierpnia 2008 r., zresztą ratione temporis należałoby z góry zaprzeczyć możliwości jej stosowania.

6 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 września 2002 r. zmieniająca dyrektywę Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (Dz.U. L 269, s. 15).

7 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przeredagowana) (Dz.U. L 204, s. 23).

A — *Dyrektywa 76/207*

25. Celem dyrektywy 76/207 jest wprowadzenie w życie w państwach członkowskich zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia. Jej art. 2 ust. 1 zakazuje zatem zarówno bezpośredniej, jak i pośredniej dyskryminacji ze względu na płeć. Artykuł 5 ust. 1 precyzuje, że stosowanie zasady równego traktowania w zakresie warunków pracy pociąga za sobą konieczność zapewnienia mężczyznom i kobietom takich samych warunków, bez dyskryminacji ze względu na płeć. W dalszym ciągu należy zatem najpierw zbadać, czy sporne przepisy dotyczą warunków pracy i powodują nierówne traktowanie ze względu na płeć.

1. Nierówne traktowanie w zakresie warunków pracy

26. Artykuł 37 ust. 4 hiszpańskiego kodeksu pracy w okresie pierwszych dziewięciu miesięcy po urodzeniu dziecka przyznaje skrócenie czasu pracy. Może ono nastąpić albo jako skrócenie dziennego czasu pracy o pół godziny, albo jako przerwa w pracy trwająca godzinę, która może być podzielona na dwie części. Tym samym sporna regulacja dotyczy zakresu świadczenia pracy, a więc warunków pracy. Wchodzi ona zatem w zakres stosowania art. 5 dyrektywy 76/207.

27. Regulacja taka prowadzi także do nierównego traktowania ze względu na płeć.

28. Artykuł 37 ust. 4 kodeksu pracy według jego brzmienia przyznaje prawo do skrócenia czasu pracy tylko *pracownicom*, natomiast pracownicy nie mają samodzielnego prawa do skrócenia czasu pracy. Mają oni jednak prawo pochodne: tylko gdy matka ma samodzielne prawo, może z niego skorzystać także ojciec.

29. Nierówne traktowanie polega więc na tym, że pracownice mają *samodzielne* prawo do skrócenia czasu pracy, natomiast pracownicy tylko prawo *pochodne* od matki dziecka. Zatem podczas gdy matka będąca pracownicą nadal posiada prawo do przerwy w pracy, ojciec będący pracownikiem może skorzystać z przerwy w pracy tylko wtedy, gdy matka dziecka także jest pracownicą. Jeśli natomiast matka prowadzi działalność na własny rachunek i sama nie dysponuje prawem do przerwy w pracy, również ojciec nie ma odpowiadającego prawa. Pracownica natomiast posiada to prawo także wtedy, gdy ojciec jej dziecka prowadzi działalność na własny rachunek.

30. Zasadniczo mężczyźni i kobiety w niniejszym kontekście znajdują się również w podobnym położeniu, ponieważ sporna przerwa w pracy służy – jak się zaraz okaże – przede wszystkim opiece nad dzieckiem. Ponieważ sporny przepis wyraźnie przyznaje prawo tylko pracownicom, w konsekwencji ma miejsce bezpośrednie nierówne traktowanie ze względu na płeć.

31. W dalszym ciągu należy zbadać, czy to nierówne traktowanie jest dopuszczalne na podstawie wyjątku z dyrektywy.

2. Przepisy dotyczące ochrony kobiety w ciąży i macierzyństwa

32. Artykuł 2 ust. 3 dyrektywy zastrzega dla państw członkowskich prawo zachowania w mocy lub wprowadzenia przepisów mających na celu ochronę kobiet, jeśli chodzi o „ciążę i macierzyństwo". W przypadku tego przepisu chodzi o wyjątek od zasady równości traktowania. Dlatego należy go interpretować ściśle [8], tak aby nie pozbawić znaczenia przepisów ogólnych [9].

33. Według orzecznictwa art. 2 ust. 3 dyrektywy powinien chronić potrzeby kobiety w dwojakim aspekcie. Po pierwsze, służy on ochronie biologicznej kondycji kobiety w okresie ciąży i po jej zakończeniu, i po drugie, ochronie relacji między matką a jej dzieckiem w trakcie okresu, jaki następuje po ciąży i po porodzie [10].

34. Sporna regulacja hiszpańska nie przedstawia jednak nierównego traktowania dopuszczalnego na podstawie art. 2 ust. 3 dyrektywy, bowiem przy bliższym rozważeniu w jej przypadku nie chodzi o przepis dotyczący ochrony kobiet, jeśli chodzi o ciążę i macierzyństwo w rozumieniu dyrektywy.

35. Ochronie kobiety, jeśli chodzi o macierzyństwo, niewątpliwie służyłby przepis przyznający określone korzyści pracownicom *karmiącym piersią*. Tylko kobiety mogą karmić swoje dziecko piersią, a ponadto karmienie piersią ma bezpośredni związek z ich macierzyństwem. Należy zatem zgodzić się z rządem irlandzkim, że w lepszym

8 — Wyrok z dnia 15 maja 1986 r. w sprawie 222/84 Johnston, Rec. s. 1651, pkt 44.

9 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 22 kwietnia 2010 r. w sprawie C-346/08 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Zb.Orz. s. I-3491, pkt 39.

10 — Wyroki: z dnia 12 lipca 1984 r. w sprawie 184/83 Hofmann, Rec. s. 3047, pkt 25; z dnia 30 kwietnia 1998 r. w sprawie C-136/95 Thibault, Rec. s. I-2011, pkt 25; z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-342/01 Merino Gómez, Rec. s. I 2605, pkt 32; z dnia 29 listopada 2001 r. w sprawie C-366/99 Griesmar, Rec. s. I-9383, pkt 43; z dnia 20 września 2007 r. w sprawie C-116/06 Kiiski C-116/06, Zb.Orz. s. I-7643, pkt 46. W przedmiocie relacji między rodzicami a dzieckiem zob. pkt 42 niniejszej opinii.

traktowaniu pracownic karmiących piersią nie zachodzi zakazana dyskryminacja pracowników-mężczyzn.

36. Wbrew określeniu jako czas karmienia piersią niniejsza hiszpańska przerwa w pracy nie służy jednak w pierwszym rzędzie ochronie matek karmiących piersią. Jak argumentował sąd krajowy, ta wywodząca się z 1900 r. regulacja pierwotnie miała umożliwić matce karmienie jej dziecka piersią, jednakże z czasem oderwała się od tego celu. Obecnie karmienie piersią nie stanowi już przesłanki przerwy w pracy. Orzecznictwo hiszpańskie stosuje ten przepis także w przypadku karmienia dziecka butelką.

37. Sąd krajowy trafnie zatem kwalifikuje cel przerwy w pracy jako czas przeznaczony wyłącznie na zajmowanie się dzieckiem. To, że cel spornej przerwy w pracy całkowicie oderwał się nie tylko od karmienia piersią, ale także od ogólniejszego aspektu karmienia, unaocznia ponadto ostatnia zmiana art. 37 kodeksu pracy [11]. Zezwala on bowiem na kumulację dziennej półgodzinnej przerwy w pracy ze związanym z tym prawem do urlopu. W dniach wykonywania pracy nie przysługuje jednak wówczas żaden dodatkowy czas na karmienie piersią lub inne karmienie dziecka.

38. Ponadto zgodnie z prawem hiszpańskim do przerwy w pracy może mieć prawo także ojciec, jeżeli matka mogłaby żądać przerwy w pracy. Potwierdza to charakter hiszpańskiego przepisu jako środka służącego ułatwieniu opieki nad dzieckiem, a nie środka służącego ochronie biologicznej kondycji kobiety. Bowiem z jednej strony zarówno karmienie dziecka butelką, jak i opieka nad dzieckiem ogólnie mogą być w taki sam sposób podjęte przez ojców. A z drugiej strony nie jest zrozumiałe, na czym powinna polegać ochrona biologicznej kondycji kobiety, gdy osobiście nie korzysta ona ze skrócenia czasu pracy i kontynuuje pracę w pełnym wymiarze, podczas gdy jej małżonek korzysta ze skrócenia czasu pracy.

39. Trybunał wprawdzie ponownie podkreślił, że dyrektywa przyznaje państwom członkowskim zakres uznania w odniesieniu do działań socjalnych, które podejmują one w celu zagwarantowania ochrony kobiety, jeśli chodzi o ciążę i macierzyństwo [12]. Oznacza to, że państwa członkowskie posiadają szeroki zakres uznania w przypadku pytania, jakie działania uważają za konieczne dla tej ochrony. Odpowiednio działania te mogą różnić się w zależności od państwa członkowskiego.

11 — Według informacji sądu krajowego zmiana ta wprawdzie nie ma zastosowania do niniejszej sprawy w aspekcie czasowym, może jednak także służyć ocenie charakteru spornej przerwy w pracy.

12 — Wyżej wymieniony w przypisie 10 wyrok w sprawie Hofmann, pkt 27.

40. Poprzez to, że w przypadku istnienia prawa matki regulacja hiszpańska dopuszcza także skorzystanie z przerwy w pracy przez ojca, wskazuje ona jednak wyraźnie, że nie ma ona służyć głównie ochronie matki. Regulację tę tłumaczy się raczej z perspektywy dziecka, którego zapotrzebowanie na opiekę może być zaspokojone alternatywnie poprzez przerwę w pracy matki albo ojca.

41. W tym zakresie niniejsza sprawa różni się także od stanu faktycznego będącego podstawą wyroku w sprawie Hofmann. W tej sprawie chodziło o przepis państwa członkowskiego, który po upływie ustawowego okresu ochrony przyznawał *wyłącznie* matkom finansowany przez państwo urlop macierzyński. W żadnym wypadku nie mógł z niego skorzystać ojciec. W tamtym kontekście Trybunał stwierdził, że dyrektywa 76/207 nie uzasadnia zobowiązania państw członkowskich do przyznania takiego urlopu alternatywnie także ojcom, ponieważ taki urlop macierzyński ma na celu ochronę kobiety w kontekście skutków ciąży i macierzyństwa.

42. W tym kontekście Trybunał podkreślił funkcję urlopu macierzyńskiego jako zapewnienie szczególnych relacji między matką a jej dzieckiem w trakcie okresu, jaki następuje po porodzie, aby uniknąć zakłócenia tych relacji poprzez kumulację zajęć wynikającą z wykonywania w tym czasie działalności zawodowej [13]. Ten aspekt ochrony częściowo został uznany za przestarzały, ponieważ niezbędna troska może być także zapewniona przez ojca dziecka [14]. W każdym razie można byłoby uniknąć kumulacji zajęć matki właśnie w ten sposób, że ojciec przejąłby opiekę nad dzieckiem. W niniejszej sprawie waga tego aspektu ochrony w prawie unijnym nie musi być jednak ostatecznie wyjaśniona, ponieważ prawo hiszpańskie – poprzez to, że z przerwy w pracy w wielu przypadkach może skorzystać także ojciec – samo wskazuje, że nie chodzi w nim o ochronę szczególnej relacji między matką a dzieckiem.

43. Na koniec należy jeszcze przeanalizować zarzut rządu hiszpańskiego, że indywidualne prawo do niniejszej przerwy w pracy należy zarezerwować tylko dla kobiet, ponieważ tylko one mogą decydować o sposobie karmienia dziecka. Jednakże zarzut ten jest chybiony, choćby dlatego że w przypadku niniejszego zwolnienia z pracy tylko historycznie i z nazwy chodzi o „karmienie piersią", a w hiszpańskiej praktyce prawnej całkowicie oderwało się ono od kwestii karmienia dziecka. Wprawdzie ogólnie powstaje pytanie, komu należy przyznać przerwę w pracy, gdy rodzice sami nie mogą się co do tego porozumieć. W celu rozwiązania tego konfliktu

13 — Zobacz wyroki ww. w przypisie 10.

14 — Zobacz np. Langenfeld w: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, styczeń 2008 r., art. 141, pkt 101.

nie jest jednak w ogóle konieczne, aby ojcu z góry odmówić indywidualnego prawa do przerwy w pracy. Dokonanie wyważenia interesów czyniącego tutaj zadość zasadzie równego traktowania jest raczej zadaniem sądu krajowego.

46. Nie jest zrozumiałe, czy uregulowanie częściowej przerwy w pracy przewidziane przez przepisy hiszpańskie mogłoby usunąć lub choćby tylko ograniczyć faktyczne nierówności istniejące na niekorzyść kobiet. Jest raczej odwrotnie; regulacja taka jak hiszpańska niesie ryzyko przyczynienia się do gorszej pozycji kobiet aktywnych zawodowo.

3. Środki w celu promowania równości szans

44. Pozostaje wreszcie sprawdzić, czy regulacja taka jak w postępowaniu przed sądem krajowym jest dopuszczalna na podstawie art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207. Zgodnie z nim dyrektywa nie narusza środków mających na celu promowanie równości szans dla kobiet i mężczyzn, w szczególności poprzez usuwanie istniejących nierówności, które wpływają na szanse kobiet.

45. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepis ten ma ściśle określony cel ograniczający się do zezwolenia na środki, które – jakkolwiek z pozoru dyskryminacyjne – zmierzają w istocie do usunięcia lub zmniejszenia faktycznych nierówności mogących występować w rzeczywistości życia społecznego [15].

47. Jeżeli indywidualne prawo do niniejszej przerwy w pracy przysługuje tylko kobietom, natomiast pracownicy-mężczyźni dysponują tylko prawem do przerwy pochodnym od matki dziecka, utrwala to tradycyjny podział ról w przyszłości [16], a nawet ogranicza możliwość ojców zatrudnionych w charakterze pracowników przejęcia opieki nad dzieckiem. Tylko wówczas, gdy oboje rodzice są zatrudnieni w charakterze pracowników, mogą oni swobodnie decydować, kto skorzysta z przerwy w pracy w celu opieki nad dzieckiem. Jeżeli tylko ojciec jest zatrudniony w charakterze pracownika, natomiast matka prowadzi działalność na własny rachunek, ojciec nie ma prawa do przerwy w pracy: dodatkowy czas opieki, jaki zamierzał zapewnić hiszpański kodeks pracy, musi być więc wykorzystany przez matkę, która w tym celu musi albo ograniczyć działalność na własny rachunek

15 — Wyroki: z dnia 17 października 1995 r. w sprawie C-450/93 Kalanke, Rec. s. I-3051, pkt 18; z dnia 11 listopada 1997 r. w sprawie C-409/95 Marschall, Rec. s. I-6363, pkt 26; a także z dnia 19 marca 2002 r. w sprawie C-476/99 Lommers, Rec. s. I-2891, pkt 32.

16 — Na to ryzyko wskazał Trybunał w ww. w przypisie 15 wyroku z dnia 19 marca 2002 r. w sprawie Lommers, pkt 41.

i z tego powodu liczyć się z niekorzyściami gospodarczymi, albo ponosić odpowiednie zwiększone obciążenie. Nie może jednak właśnie nastąpić odciążenie przez zatrudnionego w charakterze pracownika ojca dziecka.

48. Sąd krajowy również argumentował w tym kierunku i wskazał na określony przez niego „efekt bumerangu" jako konsekwencję hiszpańskiej regulacji. Bowiem z punktu widzenia pracodawcy sformułowanie hiszpańskiego prawa dostarcza nawet powód do preferowania przy zatrudnieniu kandydata względem kandydatki. Jeśli bowiem przy zatrudnieniu kobiety pracodawca musi liczyć się z możliwością późniejszych ciąży i macierzyństwa oraz związanych z nimi praw pracownic, przysługuje jej ponadto w każdym razie także prawo do zapewnienia spornej przerwy w pracy. W przypadku zatrudnienia kandydata mężczyzny pracodawca ponosi, nie tylko faktycznie, mniejsze ryzyko, że w ogóle skorzysta on z przerwy w pracy. Raczej w przypadkach, w których matka dziecka prowadzi działalność na własny rachunek, nie istnieje żadne prawo pracownika do spornej przerwy w pracy.

49. Zatem także art. 2 ust. 4 nie uzasadnia niniejszego nierównego traktowania.

B — *Dyrektywa 96/34*

50. W swoim stanowisku Komisja doszła do wniosku, że przepis taki jak będący przedmiotem sporu narusza także porozumienie ramowe dotyczące urlopu rodzicielskiego. Przerwa w pracy przyznana w celu opieki nad dzieckiem odpowiada urlopowi rodzicielskiemu w rozumieniu tej dyrektywy. Klauzula 2 porozumienia ramowego przyznaje pracownikom, mężczyznom i kobietom, indywidualne prawo do urlopu rodzicielskiego. Z przepisem tym sprzeczna jest regulacja krajowa, która w spornym kontekście tylko kobietom przyznaje indywidualne prawo do przerwy w pracy.

51. Sąd krajowy w swoim pytaniu prejudycjalnym nie odniósł się do dyrektywy 96/34. W uzasadnieniu wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wskazuje on jednak na to, że w prawie hiszpańskim nie istnieje jeden tylko urlop macierzyński, lecz cel dyrektywy zostaje spełniony poprzez szereg różnych instytucji, z których jedną stanowi będąca przedmiotem niniejszej sprawy przerwa w pracy. Jednakże odesłanie prejudycjalne nie zawiera w tym względzie dalszych informacji. Brak jest więc w szczególności szczegółów dotyczących pozostałych przepisów hiszpańskich w sprawie urlopu rodzicielskiego. W tym kontekście nie jest możliwe zbadanie naruszenia dyrektywy 96/34.

Ponieważ w każdym razie zostało już stwierdzone naruszenie dyrektywy 76/207, nie jest też konieczne omawianie naruszenia dyrektywy 96/34.

C — *Wniosek wstępny*

52. Regulacja krajowa taka jak będąca przedmiotem sporu nie jest zgodna z dyrektywą 76/207.

D — *Konsekwencje dla sporu przed sądem krajowym*

53. Do sądu krajowego należy ocena, jakie konsekwencje należy wyciągnąć z powyższego ustalenia dla toczącego się przed nim postępowania.

54. Należy jednakże w tym względzie przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dyrektywa nie może samoistnie tworzyć obowiązków po stronie jednostki, zatem nie można powoływać się na nią przeciwko tej jednostce [17].

55. Z drugiej strony zaś Trybunał w dwóch niedawnych orzeczeniach stwierdził, że także w sporach między jednostkami na sądach krajowych spoczywa obowiązek niestosowania każdego przepisu prawa krajowego sprzecznego z zakazem dyskryminacji ze względu na wiek [18]. Pozostaje odczekać, czy Trybunał rozszerzy taki horyzontalny skutek bezpośredni na inne ogólne zasady prawne takie jak zakaz dyskryminacji ze względu na płeć. Przed takim dalszym rozwinięciem konieczne byłoby w szczególności wyjaśnienie dogmatycznych fundamentów tego spornego horyzontalnego skutku bezpośredniego i jego granic [19].

17 — Wyroki: z dnia 26 lutego 1986 r. w sprawie 152/84 Marshall, Rec. s. 723, pkt 48; z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie C-91/92 Faccini Dori, Rec. s. I-3325, pkt 20; z dnia 5 października 2004 r. w sprawach połączonych od C-397/01 do C-403/01 Pfeiffer i in., Zb.Orz. s. I-8835, pkt 108, 109; z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawie C-80/06 Carp, Zb.Orz. s. I-4473, pkt 20; z dnia 19 stycznia 2010 r. w sprawie C-555/07 Kücükdeveci, Zb.Orz. s. I-365, pkt 46.

18 — Wyrok z dnia 22 listopada 2005 r. w sprawie C-144/04 Mangold, Zb.Orz. s. I-9981, pkt 77; ww. w przypisie 17 wyrok w sprawie Kücükdeveci, pkt 51. Zobacz także moją dzisiejszą opinię w sprawie C-499/08 Andersen, w toku, pkt 22 i nast.

19 — Zobacz np. w ww. w przypisie 18 opinię rzecznika generalnego A. Tizzana z dnia 30 czerwca 2005 r. sprawie Mangold, pkt 83, 84, 100; opinie: rzecznika generalnego P. Mazáka z dnia 15 lutego 2007 r. C-411/05 w sprawie Palacios de la Villa (wyrok z dnia 16 października 2007 r.), Zb.Orz. s. I-8531, pkt 133–138; rzecznika generalnego E. Sharpston w sprawie C-427/06 Bartsch (wyrok z dnia 23 września 2008 r.), Zb.Orz. s. I-7245, pkt 79–93, w każdym przypadku z dalszymi odniesieniami.

56. Ponieważ jednak sąd krajowy nie zapytał o to Trybunału, takie wyjaśnienie w tym miejscu prowadziłoby za daleko.

57. Ponadto należy w każdym razie zapewnić pierwszeństwo wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywą. Sądy krajowe są zobowiązane, uwzględniając wszystkie przepisy prawa krajowego i stosując uznane w porządku krajowym metody wykładni, do zapewnienia pełnej skuteczności rozpatrywanej dyrektywy i dokonać rozstrzygnięcia zgodnego z realizowanymi przez nią celami [20]. Dokonaniu wykładni prawa krajowego zgodnie z dyrektywą nie stoi na przeszkodzie okoliczność, że wykładnia taka może okazać się niekorzystna dla jednostki [21]. Przyjmuje się, że obowiązek dokonywania zgodnej wykładni obowiązuje również w odniesieniu do horyzontalnych stosunków prawnych, w których nieuchronnie niekorzystne konsekwencje poniesie pośrednio osoba fizyczna [22].

58. W niniejszej sprawie wiele przemawia za tym, że sąd krajowy mógłby uzyskać rezultat zgodny z dyrektywą w drodze wykładni. Wreszcie sporna norma była już w przeszłości interpretowana rozszerzająco i z uwzględnieniem rozwoju społecznego oderwała się od karmienia piersią, jak również w określonych przypadkach przyznała już prawo także ojcom. Sąd krajowy nie wskazał także, aby miał trudności z osiągnięciem prezentowanego tutaj rezultatu poprzez wykładnię prawa hiszpańskiego.

20 — Wyżej wymieniony w przypisie 17 wyrok w sprawach połączonych Pfeiffer i in., pkt 115 i nast.; wyroki: z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 Adeneler i in., Zb.Orz. s. I-6057, pkt 111; z dnia 15 kwietnia 2008 r. w sprawie C-268/06 Impact, Zb.Orz. s. I-2483, pkt 101; z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-378/07 Angelidaki i in., Zb.Orz. s. I-3071, pkt 200.

21 — Zobacz moją opinię z dnia 8 lutego 2007 r. w sprawie C-321/05 Kofoed (wyrok z dnia 5 lipca 2007 r.), Zb.Orz. s. I-05795, pkt 65 i przytoczone tam orzecznictwo.

22 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing, Rec. s. I-4135, pkt 6, 8; ww. w przypisie 17 wyrok w sprawie Faccini Dori, pkt 20, 25, 26.

V — Wnioski

59. Na podstawie powyższych rozważań proponuję, aby na pytanie prejudycjalne odpowiedzieć w następujący sposób:

Regulacja krajowa, która przyznaje wyłącznie matkom zatrudnionym w charakterze pracownika na zasadzie dobrowolności niezależne prawo do płatnej przerwy w pracy na opiekę nad dzieckiem, której koszt ponoszony jest przez pracodawcę, polegające na skróceniu dziennego czasu pracy o pół godziny lub na jednogodzinnej nieobecności w pracy, która może zostać podzielona na dwie części, ale nie przyznaje tego prawa ojcom zatrudnionym w charakterze pracownika, stanowi naruszenie zasady równego traktowania w rozumieniu dyrektywy Rady 76/207/EWG z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy.