STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
M. POIARESE MADURA
přednesené dne 29. června 2004 [1]

1. Svou předběžnou otázkou chce tribunal administratif de Paris (správní soud prvního stupně v Paříži) (Francie) zjistit, zda směrnice Rady 76/207/EHS ze dne 9. února 1976 o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky [2], brání ustanovení, jako je článek 8 francouzského zákona č. 75-3 ze dne 3. ledna 1975 [3] ve znění zákona č. 79-569 ze dne 7. července 1979 [4] a zákona 2001-397 ze dne 9. května 2001 [5] (dále jen „předmětný zákon"), v rozsahu, v němž na znovu neprovdané vdovy nevztahuje věkové hranice pro přístup k zaměstnáním ve veřejném sektoru.

I – Skutkové okolnosti, právní rámec a otázka položená Soudnímu dvoru

2. V rozhodné době byl S. Briheche vdovec, který se znovu neoženil, bylo mu 48 let a vyživoval jedno dvanáctileté dítě. Ucházel se o místa ve čtyřech výběrových řízeních pro nábor úředníků, pro která byla věková hranice stanovena na 45 let. Jeho žádosti o účast byly ve všech případech zamítnuty z důvodu překročení věkové hranice.

3. Dne 30. ledna 2002 directeur du service inter-académique des examens et concours des académies de Créteil, Paris et Versailles (ředitel společného odboru zkoušek a výběrových řízení regionálních školských úřadů v Créteil, Paříži a ve Versailles) zamítl žádost S. Briheche o účast v otevřeném výběrovém řízení pořádaném pro nábor administrativních asistentů pro ústřední státní správu. Dne 5. února 2002 zamítl žádost S. Briheche o účast v otevřeném výběrovém řízení pořádaném pro nábor administrativních asistentů a pro ústřední

1 — Původní jazyk: portugalština.

2 — Úř. věst. L 39, s. 40; Zvl. vyd 05/01, s. 187. Je třeba uvést, že směrnice 76/207 byla nahrazena směrnicí Evropského Parlamentu a Rady 2002/73/ES ze dne 23. září 2002, kterou se mění směrnice Rady 76/207 (Úř. věst. L 269, s. 15; Zvl. vyd. 05/04, s. 255). Nová ustanovení se na projednávaný případ nepoužijí, neboť musí být provedeny členskými státy nejpozději do 5. října 2005.

3 — *Journal officiel de la République Française* (JORF) ze dne 4. ledna 1975, s. 198.

4 — JORF ze dne 8. července 1979, s. 1666.

5 — JORF ze dne 10. května 2001, s. 7320.

státní správu a pro správu škol a univerzit. Dne 27. února 2002 zamítl ministre de l'Éducation nationale (ministr školství) odvolání S. Briheche proti výše uvedeným rozhodnutím adresované vyššímu správnímu orgánu.

4. Dne 28. ledna a 8. března 2002 ministre de l'Intérieur (ministr vnitra) zamítl žádost S. Briheche o účast v otevřeném výběrovém řízení pořádaném pro nábor administrativních asistentů pro ústřední státní správu.

5. Dne 28. února 2002 ministre de la Justice (ministr spravedlnosti) zamítl žádost S. Briheche o účast v otevřeném výběrovém řízení pořádaném pro nábor administrativních asistentů pro decentralizované úseky vězeňské služby.

6. Ve třech různých žalobách předložených tribunal administratif de Paris žádal S. Briheche o zrušení výše uvedených rozhodnutí a náhradu škod jemu způsobených v důsledku uvedených rozhodnutí [6].

6 — Žaloby byly zapsány do rejstříku dne 28. a 29. března a 19. dubna 2002 pod čísly 0204512/5, 0204571/5 a 0205683/5.

7. V závislosti na typu příslušných výběrových řízení buď článek 5 vládního nařízení č. 90-713 ze dne 1. srpna 1990 o obecných statutárních ustanoveních, která se použijí na sbory administrativních asistentů v orgánech státní správy [7], nebo článek 1 vládního nařízení č. 75-765 ze dne 14. srpna 1975 o věkové hranici, která se použije při přijímání úředníků výběrovým řízením do sborů zařazených do kategorie B, C a D [8], stanoví pro uchazeče věkovou hranici 45 let.

8. Článek 8 předmětného zákona zavádí výjimku, podle které se „věkové hranice pro přístup k zaměstnáním ve veřejném sektoru nepoužijí na matky tří a více dětí, na znovu neprovdané vdovy, na rozvedené a znovu neprovdané ženy, na ženy po soudní rozluce nebo na svobodné muže nebo ženy vyživující alespoň jedno dítě, kteří jsou nuceni pracovat".

9. Článek 2 odst. 1 směrnice 76/207 zakazuje diskriminaci „na základě pohlaví buď přímo, nebo nepřímo, s ohledem zejména na manželský nebo rodinný stav". Tato zásada má širokou působnost, jak je uvedeno v čl. 3 odst. 1 směrnice: „uplatňování zásady rovného zacházení znamená vyloučení jakékoli diskriminace na základě pohlaví

7 — První pododstavec článku 5 vládního nařízení č. 90-713 ze dne 1. srpna 1990 o obecných statutárních ustanoveních, která se použijí na sbory administrativních asistentů v orgánech státní správy: „výběrové řízení je přístupné pro uchazeče, kterým dne 1. ledna roku konání výběrového řízení nebylo ještě 45 let". JORF ze dne 11. srpna 1990, s. 9795.

8 — Článek 1 vládního nařízení č. 75-765 ze dne 14. srpna 1975 o věkové hranici, která se použije při přijímání úředníků výběrovým řízením do sborů zařazených do kategorie B, C a D: „věková hranice [...] je stanovena na 45 let, pokud zvláštní ustanovení nestanoví vyšší věkovou hranici". JORF ze dne 19. srpna 1975.

v podmínkách přístupu, včetně kritérií výběru, ke všem zaměstnáním nebo pracovním místům, nezávisle na oboru nebo odvětví činnosti, a ke všem stupňům hierarchie pracovních funkcí".

10. V tomto případě mohou dle názoru účastníků řízení hrát roli i jiná ustanovení směrnice 76/207. Serge Briheche se ve svých vyjádřeních adresovaných vnitrostátnímu soudu a Soudnímu dvoru odvolává na čl. 2 odst. 2, který uvádí: „[t]outo směrnicí není dotčeno právo členských států vyloučit z oblasti její působnosti ty pracovní činnosti, a popřípadě i vzdělávání k nim vedoucí, u nichž z důvodů jejich povahy nebo podmínek jejich výkonu představuje pohlaví pracovníka určující prvek".

11. Francouzská vláda se odvolala na čl. 2 odst. 3 směrnice 76/207, který stanoví: „[t]outo směrnicí nejsou dotčena ustanovení týkající se ochrany žen, zejména pokud jde o těhotenství a mateřství".

12. Podle Komise je k tomu, aby mohla opovědět na otázku předloženou vnitrostátním soudem, stěžejním ustanovením směrnice 76/207 čl. 2 odst. 4, podle kterého: „[t]outo směrnicí nejsou dotčena opatření na podporu rovných příležitostí pro muže i ženy, zejména odstraňování stávajících nerovností ovlivňujících příležitosti žen v oblastech uvedených v čl. 1 odst. 1".

13. Za těchto okolností se vnitrostátní soud rozhodl přerušit řízení a předložit Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Brání ustanovení směrnice 76/207/EHS ze dne 9. února 1976 tomu, aby Francie ponechala v platnosti ustanovení článku 8 zákona č. 75-3 ze dne 3. ledna 1975, ve znění zákona č. 79-569 ze dne 7. července 1979 a zákona č. 2001-397 ze dne 9. května 2001 týkající se znovu neprovdaných vdov?"

II – Posouzení

14. Nejprve se budu věnovat otázce použitelnosti směrnice 76/207 na dotčený zákon v projednávaném řízení a dále budu zkoumat, zda lze takovýto zákon odůvodnit z titulu výjimek ze zásady rovného zacházení.

A – *Použitelnost směrnice 76/207 a existence diskriminace na základě pohlaví*

15. Článek 8 předmětného zákona upravuje přístup k zaměstnání ve veřejném sektoru tak, že na některé kategorie osob se nepoužije věková hranice stanovená pro účast ve výběrových řízeních. Podle ustálené judikatury se směrnice 76/207 použije na zaměstnání ve veřejném sektoru [9]. Článek 3 odst. 1 směrnice 76/207 se výslovně týká přístupu k zaměstnání. Z toho důvodu spadá článek 8 předmětného zákona do působnosti směrnice 76/207, jak je definována v čl. 3 odst. 1.

16. Nemohou existovat pochybnosti o tom, že článek 8 předmětného zákona vytváří přímou diskriminaci mezi znovu neprovdanými vdovami a vdovci. Ve skutečnosti zatímco vdovy se mohou účastnit výběrových řízení, i když dosáhly věkové hranice 45 let, nepožívají vdovci stejného práva.

Toto jasně vytváří diskriminaci na základě pohlaví v podmínkách přístupu k zaměstnáním ve veřejném sektoru [10].

17. Kromě toho se S. Briheche ve svých vyjádřeních předložených Soudnímu dvoru odvolává na další diskriminaci a uvádí, že článek 8 předmětného zákona nespravedlivě rozlišuje mezi znovu neoženěnými vdovci vyživujícími jedno dítě a svobodnými muži a ženami, kteří vyživují jedno dítě s tím, že nepoužitelnost věkové hranice 45 let se vztahuje pouze na v pořadí uvedenou druhou kategorii. Podmínky přístupu k výběrovým řízením do veřejné služby se tedy odlišují v případě rodičů vyživujících dítě v závislosti na jejich manželském stavu. Pouze svobodní rodiče, znovu neprovdané vdovy, rozvedené ženy a ženy po soudní rozluce, jež vyživují alespoň jedno dítě, se mohou účastnit výběrových řízení, pokud překračují věkovou hranici 45 let.

18. Předkládající soud omezil rozsah otázky na porovnání situace znovu neoženěných vdovců se situací znovu neprovdaných vdov. V tomto ohledu je třeba vzít v úvahu, že v souladu s ustálenou judikaturou je věcí pouze vnitrostátních soudů, které rozhodují spor a které musí nést odpovědnost za přijaté soudní rozhodnutí, posoudit s ohledem na zvláštnosti věci jak nezbytnost rozhodnutí o předběžné otázce pro vydání jejich rozsudku, tak i relevanci otázek, které kladou Soudnímu dvoru [11]. Rozsah analýzy může být

9 — Rozsudky ze dne 26. října 1999, Sirdar (C-273/97, Recueil, s. I-7403, bod 18); ze dne 11. ledna 2000, Kreil (C-285/98, Recueil, s. I-69, bod 18), a ze dne 19. března 2002, Lommers (C-476/99, Recueil, s. I-2891, bod 25).

10 — Ačkoli směrnice 76/207 byla původně určena k odstranění diskriminace vůči ženám, nelze pochybovat o tom, že muži se mohou také dovolat odstranění diskriminace, která je postihuje, kdykoli jsou oproti ženám v nevýhodě.

11 — Viz, mimo jiné, rozsudky ze dne 15. června 2000, Sehrer (C-302/98, Recueil, s. I-4585, bod 20); ze dne 20. března 2001, Fahmi (C-33/99, Recueil, s. I-2415, bod 28), a ze dne 8. května 2003, Gantner Electronic (C-111/01, Recueil, s. I-4207, body 34 a 38).

tedy limitován na otázku týkající se diskriminace mezi znovu neprovdanými vdovami a znovu neoženěnými vdovci.

19. V tomto bodě lze nicméně konstatovat, že článek 8 předmětného zákona obsahuje další podobné případy diskriminace na základě pohlaví. Na matky tří a více dětí, na rozvedené a znovu neprovdané ženy a na ženy po soudní rozluce vyživující dítě se vztahuje nepoužitelnost věkové hranice 45 let, pokud jde o přístup k zaměstnání ve veřejném sektoru, zatímco na muže ve stejné situaci (na otce tří a více dětí, na rozvedené a znovu neoženěné muže a na muže po soudní rozluce vyživující dítě) se tato nepoužitelnost nevztahuje.

20. Umožněním znovu neprovdaným vdovám – a nikoli znovu neoženěným vdovcům – účastnit se výběrových řízení pro nábor úředníků bez ohledu na jejich věk zavádí článek 8 předmětného zákona diskriminaci na základě pohlaví, pokud jde o podmínky přístupu k zaměstnání ve státní správě, a tedy porušuje čl. 2 odst. 1 a čl. 3 odst. 1 směrnice 76/207.

21. V důsledku toho je otázkou, zda takováto diskriminace může být odůvodněná.

22. Ve svých vyjádřeních adresovaných Soudnímu dvoru francouzská vláda uvedla, že za účelem odstranění výše uvedené diskriminace byla provedena reforma podmínek přístupu k výběrovým řízením do veřejné služby.

B – *Možné výjimky ze zásady rovného zacházení*

23. Směrnice 76/207 umožňuje tři výjimky ze zásady rovného zacházení: když představuje rozhodující faktor pohlaví pracovníka (čl. 2 odst. 2), když je potřeba chránit ženu, pokud jde o těhotenství a mateřství (čl. 2 odst. 3), a když jsou přijata opatření k podpoře rovných příležitostí (čl. 2 odst. 4). Jak bude ukázáno dále, nelze s ohledem na současnou judikaturu Soudního dvora žádnou z těchto výjimek použít na projednávaný případ.

24. Serge Briheche se dovolává čl. 2 odst. 2 směrnice 76/207, aby podpořil svoje tvrzení, podle kterého nelze odůvodnit vyhrazení zaměstnání ve veřejném sektoru, o která se ucházel, ženám. Tato výjimka ze zásady rovného zacházení ale není rozhodná. Francouzská republika netvrdila, že ji uplatnila. Ve skutečnosti nejsou výběrová řízení organizovaná státem na místa ve veřejné službě vyhrazena pouze ženám, neboť se mohou

přihlásit jak muži, tak ženy. Diskriminace spočívá ve výjimkách týkajících se věkové hranice 45 let, které jsou uvedeny v článku 8 předmětného zákona.

25. Další možná výjimka ze zásady rovného zacházení je definována v čl. 2 odst. 3 směrnice 76/207 a je zaměřena na ochranu žen, zejména s ohledem na těhotenství a mateřství. Zdá se, že francouzská vláda minimálně nepřímo spoléhá na tuto výjimku, když uvádí, že sporná právní úprava byla přijata s cílem omezit nerovnosti mezi muži a ženami. Za tímto účelem se odvolává na studie, podle kterých ženy vykonávají hlavní část domácích prací, především když rodina zahrnuje děti. Také uvádí statistiky z července 2003, podle kterých je 10,8 % žen oproti 8,7 % mužů nezaměstnaných. Je možné konstatovat, že tyto statistiky nemají vliv na použití čl. 2 odst. 3 směrnice 76/207. Mohou však mít význam při odůvodnění opatření přijatých podle čl. 2 odst. 4 směrnice 76/207.

26. V tomto ohledu, a jak uznala sama Francouzská republika, ustálená judikatura Soudního dvora stanovila, že je možné se dovolávat výjimky z čl. 2 odst. 3 směrnice 76/207 pouze pro ochranu biologického stavu ženy během těhotenství a po porodu až do doby, kdy se její fyzické a duševní funkce vrátí po porodu do normálního stavu [12]. Tato výjimka není v důsledku toho použitelná na projednávaný případ.

27. Nakonec by čl. 2 odst. 4 směrnice 76/207 mohl být použit, pokud bychom vzali v úvahu, že článek 8 předmětného zákona je určen na podporu „rovných příležitostí pro muže i ženy, zejména odstraňování stávajících nerovností ovlivňujících příležitosti žen".

28. Jak vyplývá z judikatury Soudního dvora, je cílem tohoto ustanovení připustit opatření, „která ačkoliv jsou zdánlivě diskriminační, směřují účinně k odstranění nebo omezení faktických nerovností, které mohou ve skutečnosti existovat v sociálním životě. Toto ustanovení připouští vnitrostátní opatření v oblasti přístupu k zaměstnání, včetně povýšení, která mají za cíl zvláštním zvýhodněním žen zlepšit jejich konkurenceschopnost na pracovním trhu a možnost kariérního postupu za rovných podmínek s muži" [13].

12 — Rozsudky ze dne 12. července 1984, Hofmann (C-184/83, Recueil, s. 3047), a ze dne 30. června 1998, Brown v. Rentokil (C-394/96, Recueil, s. I-4185). Viz také, analogicky, přestože se analýza provádí podle článku 141 ES, rozsudek ze dne 29. listopadu 2001, Griesmar (C-366/99, Recueil, s. I-9383, body 43 a 44).

13 — Výše uvedený rozsudek Lommers, bod 32. Viz také rozsudky ze dne 17. října 1995, Kalanke (C-450/93, Recueil, s. I-3051, body 18 a 19); ze dne 11. listopadu 1997, Marschall (C-409/95, Recueil, s. I-6363, body 26 a 27), a ze dne 28. března 2000, Badeck a další (C-158/97, Recueil, s. I-1875, bod 19).

29. Zatímco by se mohlo zdát, že obecná formulace tohoto cíle zahrnuje opatření určená k dosažení skutečné rovnosti mezi muži a ženami na pracovním trhu, Soudní dvůr vyložil čl. 2 odst. 4 směrnice 76/207 restriktivním způsobem s odkazem na „omezený koncept rovnosti příležitostí" [14].

30. Je možné rozlišit tři kategorie pozitivních opatření [15]. První kategorie zahrnuje opatření, která nejsou svou povahou přímo diskriminační, ale směřují pouze ke zlepšování vzdělání a kvalifikace žen (například přidělení míst ve vzdělávacím programu ženám). Základní ideou je, že rovnost příležitostí vyžaduje poskytnutí prostředků k tomu, aby se mohlo projevit nadání jednotlivých žen. Druhá kategorie zahrnuje opatření, která směřují k tomu, aby ženám bylo umožněno lépe spojit jejich roli rodiče s profesní činností (jako je například možnost využívat služeb předškolních zařízení nabízených zaměstnavatelem). Muži mohou také využívat opatření této kategorie, která mohou být uzpůsobena neutrálně ve prospěch rodičů. Třetí kategorie zahrnuje opatření, která jsou rovněž zaměřena na dosažení rovnosti mezi muži a ženami na pracovním trhu, ale jsou diskriminační v tom směru, že upřednostňují ženy, aby zredukovaly jejich nižší zastoupení v profesním životě. Tato třetí kategorie zahrnuje opatření mající přímý dopad na zaměstnanost, která upřednostňují ve výběrových řízeních ženy nebo stanoví cíle nebo kvóty, kterých má být dosaženo. Dřívější judikatura Soudního dvora se zabývala hlavně pozitivními opatřeními třetí kategorie, tedy opatřeními potenciálně diskriminačními vůči mužům. V rozsudcích *Badeck* a *Lommers* musel Soudní dvůr rozhodovat o tom, zda a za jakých podmínek byla opatření náležející do první nebo do druhé kategorie slučitelná s čl. 2 odst. 4 směrnice 76/207. Všechny kategorie pozitivních opatření musí odpovídat třem kumulativním podmínkám.

31. K zajištění slučitelnosti s čl. 2 odst. 4 směrnice 76/207 se musí vnitrostátní opatření zaměřit na zjednání nápravy stávající nevyvážené situace mezi muži a ženami. Aby pozitivní opatření spadalo pod čl. 2 odst. 4 směrnice 76/207, musí být takto nejprve prokázáno, že ženy jsou nedostatečně zastoupeny v určitém odvětví nebo ve zvláštní platové třídě. Opatření je takto zaměřeno na odstraňování stávajících nerovností v uvedeném odvětví nebo v této třídě. Lze si také představit přijetí pozitivních opatření ve veřejné službě k tomu, aby se například vyvážily těžkosti, se kterými se setkávají starší ženy v soukromém sektoru. Opatření tohoto druhého typu by však nebyla zaměřena na odstraňování diskriminace, nýbrž na její vyrovnání. V každém případě nelze v případě absence důkazů odůvodnit podle čl. 2 odst. 4 směrnice

14 — Rozsudek Lommers, bod 33.

15 — Podobné rozlišení již bylo navrhováno generálním advokátem Tesaurem ve výše uvedené věci Kalanke, bod 9 jeho stanoviska.

76/207 jakoukoliv činnost zaměřenou na nápravu stávající situace, ať již přímo nebo nepřímo.

32. Zadruhé bude Soudní dvůr ověřovat pravděpodobnost, že přijaté opatření přinese nápravu konkrétní situace. Tato kontrola přiměřenosti opatření bude však nadbytečná pro opatření třetí kategorie, neboť ta výslovně stanovují výsledky, kterých se snaží dosáhnout.

33. Nakonec musí být přijatá pozitivní opatření v co nevyšší míře v souladu se zásadou rovného zacházení, aby byla odůvodněná podle čl. 2 odst. 4 směrnice 76/207. Zdá se, že toto vyloučí opatření, která dávají ženám automatickou či absolutní přednost, a vyžaduje analýzu přiměřenosti opatření. Taková analýza přiměřenosti bude mít různé důsledky v závislosti na typu předmětného opatření a jeho možné slučitelnosti se zásadou rovného zacházení.

34. V rozsudcích *Kalanke*, *Marschall* a *Badeck* musel Soudní dvůr přezkoumat vnitrostátní právní úpravu, která upřednostňuje uchazečky, které mají stejnou kvalifikaci jako mužští uchazeči. V rozsudku *Badeck* Soudní dvůr rozhodl, že „opatření, které směřuje k přednostní podpoře uchazeček v sektorech veřejné služby, kde jsou ženy méně zastoupeny, musí být považováno za slučitelné s právem Společenství, pokud nedává automaticky a bezpodmínečně přednost uchazečkám, které mají stejnou kvalifikaci jako jejich mužští konkurenti, a pokud jsou jejich účasti ve výběrovém řízení předmětem objektivního posouzení, které bere v potaz specifickou osobní situaci všech uchazečů“. [16]

35. V rozsudku *Abrahamsson* [17] dotčené vnitrostátní ustanovení automaticky upřednostňovalo uchazečky, pokud měly dostatečnou kvalifikaci, s jedinou podmínkou a to, že rozdíl mezi schopnostmi uchazečů každého pohlaví nebyl tak velký, aby vedl k nesplnění požadavku objektivity při přijímání do zaměstnání. Soudní dvůr shledal, že toto opatření bylo v rozporu s čl. 2 odst. 4 směrnice 76/207, neboť postup výběru byl „nakonec založen na pouhé příslušnosti k méně zastoupenému pohlaví“ [18]. Soudní dvůr nicméně prohlásil, že výběrové řízení může zahrnovat kritéria, která upřednostňují ženy, pokud jsou tato kritéria „průhledná a podléhají přezkoumání za účelem odstra-

16 — Rozsudek Badeck a další, bod 23. Viz rovněž rozsudek Soudního dvora ESCO, EFTA Surveillance Authority v. Norsko (E-1/02, EFTA Court Report 1, 2003, bod 15).

17 — Rozsudek ze dne 6. července 2000 (C-407/98, Recueil, s. I-5539).

18 — Rozsudek Abrahamsson a Anderson, bod 53.

není jakýchkoli svévolných hodnocení kvalifikace uchazečů“ [19].

36. V souladu s touto judikaturou rozhodl Soudní dvůr ESVO ve svém rozsudku *EFTA Surveillance Authority v. Norské království* [20], E-1/02, že vyhrazení stálých nebo přechodných akademických povolání ženám není slučitelné se zásadou rovného zacházení a nemůže být považováno za výjimku uvedenou v čl. 2 odst. 4 směrnice 76/207, neboť nenabízí potřebnou flexibilitu a nezajišťuje žádné hodnocení kvalifikace uchazečů, nýbrž automaticky vylučuje mužské uchazeče ze zaměstnání vyhrazených ženám.

37. Je však třeba mít na paměti, že opatření, která jsou předmětem výše uvedených rozsudků *Kalanke*, *Marschall* a *Abrahamsson*, náleží do třetí kategorie, jak byla definována výše v bodě 30 (opatření upřednostňující ženy v přístupu k zaměstnání nebo stanovující cíle nebo kvóty, kterých má být dosaženo). Opatření ostatních kategorií jsou předmětem stejných kritérií přezkumu, ačkoli přezkum poslední podmínky týkající se přiměřenosti může být podroben odlišným pravidlům, neboť tato opatření nejsou přímo diskriminační, pokud jde o přístup k zaměstnání.

38. V rozsudku *Lommers* dotčené vnitrostátní opatření výlučně vyhradilo místa v předškolních zařízeních zaměstnankyním Ministerstva zemědělství, řízení přírodních zdrojů a rybolovu v Nizozemsku, „s výjimkou mimořádného stavu, kdy o nich rozhoduje ředitel“ [21]. Soudní dvůr zdůraznil skutečnost, že dotčené opatření nevyhradilo ženám pracovní místa, ale pouze „prospěch z určitých pracovních podmínek“ [22].

39. Dále přidělování míst v předškolních zařízeních zaměstnankyním pravděpodobně zlepšilo rovnost příležitostí žen, neboť bylo prokázáno, že se ženy častěji než muži vzdávají své kariéry, aby mohly vychovat dítě [23].

40. Jak v rozsudku *Badeck*, tak i v rozsudku *Lommers* Soudní dvůr zejména konstatoval skutečnost, že dotčená opatření nevedla k úplnému vyloučení mužských uchazečů [24]. Soudní dvůr rozhodl, že opatření by mělo splňovat tuto negativní podmínku, aby bylo slučitelné s čl. 2 odst. 4 směrnice 76/207. Ve skutečnosti v rozsudku *Lommers* Soudní dvůr výslovně upozornil na to, že dotčené

19 — Rozsudek Abrahamsson a Anderson, bod 49.

20 — Uvedený výše.

21 — Rozsudek Lommers, bod 11.

22 — Rozsudek Lommers, bod 38.

23 — Rozsudek Lommers, bod 37.

24 — Rozsudky Badeck a další, bod 53, a Lommers, body 44 a 45.

opatření zcela nevyloučilo mužské úředníky ze své působnosti [25]. Jinak by pozitivní opatření nemohlo být v souladu se zásadou rovného zacházení [26].

41. Zdá se, že tento soulad se zásadou rovnosti vylučuje jakoukoli formu automatického upřednostňování žen a vyžaduje, aby přijatá opatření přiměřeně vyvážila výhody pozitivních opatření na podporu rovnosti žen s náklady uloženými jiným osobám. Tyto požadavky se zdají být nezbytné k zabránění tomu, aby skutečná rovnost mezi skupinami nepřevážila nad rovností mezi osobami [27].

42. Soudní dvůr se pokouší uvést v soulad pozitivní diskriminaci s obecnou zásadou rovnosti tím, že připouští pozitivní diskriminaci pouze do té míry, aby nevedla k diskriminaci, která upřednostňuje určitou skupinu na úkor konkrétních osob: dosažení větší rovnosti zastoupení mužů a žen v práci neodůvodňuje porušení práva každé osoby nebýt diskriminován. Jinými slovy, rovnost příležitostí má přednost před rovností výsledků. Soudní dvůr předpokládá, že pozitivní diskriminační opatření mohou být přijata pouze tehdy, pokud jsou v podstatě určena k zabránění diskriminace v každém individuálním případě, kdy dochází k vyvíjení tlaku na zaměstnavatele, aby přijal ženu na podobnou pozici jako muže. Pozitivní diskriminační opatření jsou v tomto smyslu pouze zdánlivě diskriminační. To vysvětluje, proč Soudní dvůr připouští například opatření zaměřená na spojení práce s péčí o dítě, čímž jsou upřednostňovány ženy, pokud se tato opatření nevztahují na přístup k zaměstnání a mohou zahrnovat i muže [28]. To také vysvětluje, proč Soudní dvůr připouští opatření, která dávají ženám v zaměstnání přednost, pokud se nejedná o automatickou prioritu, ale pouze o další kritérium, které zaměstnavatel bere v úvahu při obsazování pracovních míst. Tato logika založená na povolení pozitivní diskriminace pouze do té míry, kdy ještě slouží k odstranění potenciální diskriminace, však může být jednoduše v rozporu s velkorysejšími cíli, které jsou někdy přisuzovány pozitivním opatřením. Často je jim přisuzován účel odstranění nebo vyrovnávání menšího zastoupení určitých skupin ve společnosti prostřednictvím jejich upřed-

25 — Rozsudek Lommers, bod 45.

26 — Rozsudky Lommers, bod 39, a EFTA Surveillance Authority *v.* Norské království, bod 43.

27 — Pro kritickou analýzu preference rovnosti osob viz Freeman, S., *Social Law and Policy in an evolving European Union*, Shaw, J., (vyd.), 2000, s. 189; Haquet, A., *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, 2001, s. 305; Prechal, S., *Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, CMLRev., 2004, s. 533.

28 — Rozsudek Badeck a další, bod 53, a rozsudek Lommers, body 44 a 45.

nostnění v přístupu do určitých sociálních odvětví.

43. Judikatura Soudního dvora naproti tomu odráží skutečnost, že čl. 2 odst. 4 směrnice 76/207 se vztahuje výlučně na opatření, jejichž cílem je „odstranění stávajících nerovností" bez jakékoli zmínky o vyrovnání. V tomto světle Soudní dvůr schvaluje formy pozitivní diskriminace pouze v tom rozsahu, kdy mohou pomoci napravit diskriminační mechanismy rozhodování (zejména ohledně zaměstnání), ale nikoli za účelem jejich vyrovnávání.

44. V projednávaném případě francouzská vláda neprokázala, že ženy jsou méně zastoupeny ve státní správě nebo konkrétněji v určitých platových třídách státní správy. Kromě toho článek 8 předmětného zákona nerozlišuje jen mezi muži a ženami, ale zmiňuje také manželský stav osob. Také není jasné, proč by měl být činěn rozdíl mezi znovu neprovdanými vdovami, rozvedenými a znovu neprovdanými ženami a ženami po soudní rozluce na jedné straně a ostatními kategoriemi svobodných osob, pro které by měla být přijata opatření, na straně druhé. V každém případě francouzská vláda neposkytla žádný důkaz na podporu takové úvahy.

45. Mimoto, jak bylo uvedeno výše, opatření spadající do působnosti čl. 2 odst. 4 směrnice 76/207 jsou v souladu s tímto ustanovením pouze tehdy, pokud jsou přiměřená a vhodná vzhledem k cíli, který sledují. V projednávaném případě, za absence jakýchkoli důkazů o tom, že jsou opatření určena k nápravě stávajícího menšího zastoupení žen, není dokonce ani nutné hodnotit přiměřenost a vhodnost dotčeného ustanovení vzhledem k cíli.

46. Z těchto výše uvedených úvah vyplývá, že žádná z výjimek z čl. 2 odst. 1 směrnice 76/207 nemůže odůvodnit diskriminaci na základě pohlaví obsaženou v článku 8 předmětného zákona.

47. Za těchto okolností je nicméně třeba určit, zda by dotčená právní úprava mohla být odůvodněna na základě čl. 141 odst. 4 ES.

48. Článek 141 odst. 4 ES povoluje opatření „poskytující zvláštní výhody pro usnadnění profesní činnosti méně zastoupeného pohlaví nebo pro předcházení či vyrovnávání nevýhod v profesní kariéře“ [29]. Nelze vyloučit, že pozitivní opatření, která nespadají do působnosti směrnice 76/207, by mohla být povolena podle tohoto ustanovení [30]. Ve skutečnosti, jak jsem již zdůraznil, lze tvrdit, že existuje rozdíl mezi opatřeními zaměřenými na snižování nerovností a opatřeními zaměřenými na vyrovnání dřívějších nebo stávajících nerovností, kterými trpí sociální skupina. Nelze vyloučit, že odkaz v čl. 141 odst. 4 ES na cíle vyrovnání je určen k poskytnutí větší pravomoci členským státům při přijímání opatření pozitivní diskriminace. Takový výklad musí však zůstat vždy v rámci vymezeném obecnou zásadou rovnosti. Otázka kladená Soudnímu dvoru nezní, zda určité formy pozitivní diskriminace mohou nebo nemohou vést k rovnoprávnější a spravedlivější společnosti, nýbrž zda tyto formy pozitivní diskriminace, pokud jsou přijaty zákonodárcem, mohou být v souladu s obecnou zásadou rovnosti a nediskriminace [31].

49. V tomto ohledu může být odkaz na vyrovnávání v čl. 141 odst. 4 ES vykládán ve smyslu, buď že potřeba vyrovnání dřívějších nebo stávajících sociálních nerovností může odůvodnit upřednostňování osob v uvedených skupinách za cenu diskriminace vůči členům více zastoupených skupin, nebo že je přijetí opatření vyrovnávací povahy nutné vzhledem ke skutečnosti, že nediskriminační použití platných společenských pravidel je strukturálně nakloněno ve prospěch členů více zastoupených skupin [32]. Podle prvního výkladu jsou práva jednotlivců nebýt diskriminován podřízena dosažení rovnosti mezi skupinami, která je odůvodněna cílem

29 — Slovo „vyrovnat“ zavedla Amsterdamská smlouva.

30 — Jak bylo připuštěno Soudním dvorem ve výše uvedeném rozsudku Abrahamsson, bod 54.

31 — Při hodnocení rozhodování vnitrostátního zákonodárce by Soudní dvůr měl také brát v úvahu skutečnost, že připuštěním určité různorodosti vnitrostátního politického rozhodování v oblasti charakterizované velkou nejistotou a spory, pokud jde o přesné účinky a přínos opatření pozitivní diskriminace, může zajistit určitý užitečný stupeň experimentování a získávání znalostí mezi jednotlivými členskými státy. Další faktor, který je třeba vzít v úvahu je, zda v situacích, kdy jsou přijata opatření pozitivní diskriminace, mají členové více zastoupené skupiny dostatečné zastoupení a účast k tomu, aby mohli v politickém procesu vyjadřovat své názory.

32 — Toto je jádro kritiky formální rovnosti, která údajně podporuje existující diskriminaci ve společnosti.

vyrovnat členy méně zastoupených skupin za dřívější diskriminaci, které byli vystaveni. Zdá se, že tento výklad je obtížně slučitelný s prioritou, kterou Soudní dvůr vždy kladl na rovnost příležitostí a jeho tradičním výkladem obecné zásady rovného zacházení.

50. Druhý výklad může však být lépe uveden do souladu se zásadou rovného zacházení, jak je vykládána a používána Soudním dvorem. Z tohoto hlediska není cílem dosažení rovnosti výsledků. Ani cíle pozitivní diskriminace nezbytně neodůvodňují diskriminaci osob. Má se za to, že jedině opatření často spojovaná se skutečnou rovností, která vyrovnávají menší zastoupení určitých skupin (například kvóty, automatické upřednostňování), mohou účinně zajistit dlouhodobou rovnost příležitostí. Opatření upřednostňující členy určitých skupin tedy nepředstavují prostředky k dosažení rovnosti mezi skupinami nebo rovnosti výsledků, ale místo toho jsou nástroji k dosažení účinné rovnosti příležitostí. Cílem vyrovnávacích opatření tohoto typu je obnovení rovnosti příležitostí prostřednictvím odstranění následků diskriminace a podporou dlouhodobé maximalizace rovnosti příležitostí [33]. Vyrovnání se týká v tomto případě znovunastolení rovnováhy mezi příležitostmi poskytnutými společností členům různých skupin.

51. V případě založení přípustnosti vyrovnávacích forem pozitivní diskriminace na rovnosti příležitostí a ne na rovnosti výsledků bude rovnost osob stále převažovat nad rovností mezi skupinami, ale na druhou stranu bude uloženo určité množství omezení a podmínek na formy vyrovnávací pozitivní diskriminace, která může být přijatelná na základě čl. 141 odst. 4 ES. Přípustnost těchto forem pozitivní diskriminace bude například úzce spojena s jejich přechodnou povahou [34]. Tyto formy pozi-

33 — V tomto ohledu lze uvést dva hlavní důvody. Zaprvé pozitivní diskriminace je považována za jednoduché zlepšení možností obětí diskriminace, až do míry úplného vymýcení diskriminace. Zadruhé je pozitivní diskriminace pokládána za jediný účinný prostředek k tomu, aby jednak méně zastoupené skupiny vhodným způsobem motivovala k investování do lidských zdrojů (prolomení cyklu diskriminace) a jednak aby se vypořádala se selháními trhu (sociální monopoly a náklady za informace), která posilováním stávající společenské diskriminace brání tomu, aby byly vybrány nejlepší osoby. Je třeba poznamenat, že příčinná souvislost mezi těmito důvody a následky pozitivní diskriminace je často sporná a je předmětem mnoha alternativních strategií. Není nicméně věcí Soudního dvora, aby hodnotil výhody těchto politik; posuzuje pouze, zda a do jaké míry mohou být považovány za slučitelné se zásadou rovného zacházení.

34 — To lze zajistit restriktivními klauzulemi nebo požadavky na pravidelné přezkoumání právní úpravy.

tivní diskriminace by jinak mohly z dlouhodobého hlediska vytvářet nabytá práva, i když původní podmínky, které odůvodňovaly jejich existenci, již neexistují. Následkem toho by byl ohrožen cíl vytváření dlouhodobé účinné rovnosti příležitostí. Další podmínky by mohly být spojeny s povahou a rozsahem zatížení kladeného na jednotlivce více zastoupené skupiny, s pravděpodobností, že lepší šance členů méně zastoupené skupiny mohou vést k opravdové rovnosti příležitostí a s požadavkem na to, aby nejen obecně méně zastoupení, ale i méně zastoupení v určitém odvětví nebo instituci byli vystaveni formám pozitivní diskriminace.

52. V projednávaném případě, za nedostatku důkazů, pokud jde o cíl sledovaný právní úpravou, nemůže být článek 8 předmětného zákona odůvodněn podle čl. 141 odst. 4 ES, a není tedy nutné určit, zda jsou tyto podmínky splněny.

III – Závěry

53. V důsledku toho je třeba dle mého názoru odpovědět na otázku položenou vnitrostátním soudem následovně:

„Směrnice Rady 76/207/EHS ze dne 9. února 1976 o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky, a čl. 141 odst. 4 ES brání vnitrostátní právní úpravě, jako je článek 8 francouzského zákona č. 75-3 ze dne 3. ledna 1975, ve znění změn, v rozsahu, ve kterém toto ustanovení diskriminačním způsobem činí rozdíl mezi znovu neoženěnými vdovci a znovu neprovdanými vdovami, pokud jde o věkovou hranici stanovenou pro přístup k zaměstnáním ve veřejném sektoru, aniž by se zaměřilo na odstraňování stávajících nerovností nebo na jejich vyrovnávání."