KOHTUJURISTI ETTEPANEK

M. POIARES MADURO

esitatud 29. juunil 2004 [1]

1. Tribunal administratif de Paris (Prantsusmaa) küsib eelotsusetaotluses, kas 9. veebruari 1976. aasta nõukogu direktiiviga 76/207/EMÜ meeste ja naiste võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise kohta seoses töö saamise, kutseõppe ja edutamisega ning töötingimustega [2] on vastuolus niisugune säte nagu Prantsusmaa 3. jaanuari 1975. aasta seaduse nr 75-3 [3], muudetud 7. juuli 1979. aasta seadusega nr 79-569 [4] ja 9. mai 2001. aasta seadusega nr 2001-397 [5] (edaspidi „kõnealune seadus"), artikkel 8, kuna selle sättega kehtestatakse lesknaistele, kes ei ole uuesti abiellunud, erand avalikku teenistusse astumise vanusepiirangust.

I. Asjaolud, õiguslik raamistik ja Euroopa Kohtule esitatud eelotsuse küsimus

2. S. Briheche oli õiguslikult oluliste asjaolude esinemise ajal 48-aastane leskmees, kes ei olnud uuesti abiellunud ja kellel oli 12-aastane ülalpeetav laps. Ta kandideeris neljal konkursil niisugustele erinevatele riigiasutuse ametikohtadele, mille jaoks oli kehtestatud vanusepiirang 45 aastat. Tema avaldused lükati kõikidel juhtudel tagasi, kuna ta ületas seaduses kehtestatud vanusepiirangu.

3. 30. jaanuaril 2002 lükkas *directeurdu service inter académique des examens et concours des académies de Créteil, Paris et Versailles* (Créteil', Pariisi ja Versailles'i piirkonna haridusasutuste ühendatud eksami- ja konkursiteenistuse direktor) tagasi S. Briheche'i avalduse keskvalitsuse juhiabi avatud konkursil osalemiseks. 5. veebruaril 2002 lükkas sama direktor tagasi S. Briheche'i avalduse keskvalitsuse sekretäride ja koolide ning ülikoolide valitsuse

1 — Algkeel: portugali.

2 — Nõukogu direktiiv 76/207/EMÜ meeste ja naiste võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise kohta seoses töö saamise, kutseõppe ja edutamisega ning töötingimustega (EÜT L 39, lk 40). Olgu mainitud, et direktiiv 76/207/EMÜ on asendatud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 23. septembri 2002. aasta direktiiviga 2002/73/EÜ (EÜT L 269, lk 15). Muudetud sätteid käesolevas kohtuasjas ei kohaldata, kuna liikmesriigid peavad need sätted rakendama alles hiljemalt 5. oktoobriks 2005.

3 — *Journal Officiel de la République Française* (JORF), 4.1.1975, lk 198.

4 — JORF, 8.7.1979, lk 1666.

5 — JORF, 10.5.2001, lk 7320.

sekretäride avatud konkursil osalemiseks. 27. veebruaril 2002 jättis *ministre de l'éducation nationale* (haridusminister) rahuldamata kaebuse, mille S. Briheche oli kõrgemalseisvale haldusorganile eespool nimetatud otsuste peale esitanud.

4. 28. jaanuaril ja 8. märtsil 2002 lükkas *ministre de l'intérieur* (siseminister) tagasi S. Briheche'i avalduse keskvalitsuse juhiabi avatud konkursil osalemiseks.

5. 28. veebruaril 2002 keeldus *ministre de la justice* (justiitsminister) vastu võtmast S. Briheche'i avaldust vanglateenistuse detsentraliseeritud osakondade juhiabi avatud konkursil osalemiseks.

6. S. Briheche esitas seejärel kolm kaebust Tribunal administratif de Paris'le ja nõudis eelnimetatud otsuste tühistamist ning nendega tekitatud kahju hüvitamist. [6]

7. Sõltuvalt konkursi liigist on vanusepiirang 45 aastat kehtestatud kas riigiteenistuses töötavate juhiabide suhtes kohaldatavaid ühiseeskirju sätestava 1. augusti 1990. aasta dekreedi nr 90-713 artiklis 5 [7] või konkursi teel teenistusse võetavate B-, C-, ja D-kategooria ametnike vanusepiirangut sätestava 14. augusti 1975. aasta dekreedi nr 75-765 artiklis 1 [8].

8. Kõnealuse seaduse artikkel 8 teeb sellest normist erandi: „avalikus teenistuses töötamiseks vajalikku vanusepiirangut ei kohaldata kolme või enama lapsega emadele, lesknaistele, kes ei ole uuesti abiellunud, lahutatud naistele, kes ei ole uuesti abiellunud, ametlikult lahus elavatele naistele ning vallalistele meestele ja naistele, kellel on vähemalt üks ülalpeetav laps ja kes ei ole töötamisest vabastatud."

9. Direktiivi 76/207 artikli 2 lõige 1 keelab „igasuguse otsese või kaudse soolise diskrimineerimise, eriti seoses perekonnaseisuga". Direktiivi artikli 3 lõike 1 järgi on sellel põhimõttel lai kohaldamisala: „[v]õrdse kohtlemise põhimõtte kohaldamine tähendab, et puudub igasugune sooline diskrimineerimine

6 — Avaldused registreeriti 28. ja 29. märtsil ning 19. aprillil 2002 vastavalt numbrite 0204512/5, 0204571/5 ja 0205683/5 all.

7 — Riigiteenistuses töötavate juhiabide suhtes kohaldatavaid ühiseeskirju sätestava 1. augusti 1990. aasta dekreedi nr 90-713 artikkel 5: „konkurss on avatud kandidaatidele, kes on konkursi toimumise aasta 1. jaanuaril nooremad kui 45 aastat." (JORF, 11.8.1990, lk 9795).

8 — Konkursi teel teenistusse võetavate B-, C-, ja D-kategooria ametnike vanusepiirangut sätestava 14. augusti 1975. aasta dekreedi nr 75-765 artikkel 1: „[v]anusepiirang [...] on 45 aastat, kui teiste sätetega pole seatud kõrgemat vanusepiirangut." (JORF, 19.8.1975).

nendes tingimustes, kaasa arvatud valikukriteeriumides, mis on seotud töö või ametikoha saamisega ükskõik millises tegevusvaldkonnas ja -alal või ametiastmel".

10. Käesolevas kohtuasjas võivad poolte hinnangul kohaldamisele tulla ka mitmed teised direktiivi 76/207 sätted. Siseriiklikule ja Euroopa Kohtule esitatud kirjalikes märkustes osundab S. Briheche nimetatud direktiivi artikli 2 lõikele 2, mis sätestab, et „[k]äesolev direktiiv ei piira liikmesriikide õigust selle kohaldamisalast välja arvata selline kutsealane tegevus, ja kui see on asjakohane, siis ka sellega seotud koolitus, mille puhul tegevuse laadi või konteksti tõttu on määrav tegur föötaja sugu."

11. Prantsusmaa valitsus viitab direktiivi 76/207 artikli 2 lõikele 3, mis sätestab: „[k]äesolev direktiiv ei piira naiste kaitset käsitlevate sätete kohaldamist, eriti seoses raseduse ja sünnitusega."

12. Komisjoni arvates on siseriikliku kohtu esitatud küsimusele vastamisel keskse tähtsusega direktiivi 76/207 artikli 2 lõige 4, mille kohaselt: „[k]äesolev direktiiv ei piira meetmete kohaldamist meeste ja naiste võrdsete võimaluste edendamiseks, eriti kõrvaldades olemasolevat ebavõrdsust, mis mõjutab naiste võimalusi artikli 1 lõikes 1 nimetatud küsimustes."

13. Eeltoodud asjaoludel otsustas siseriiklik kohus menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas 9. veebruari 1976. aasta direktiivi 76/207/EMÜ sätted takistavad Prantsusmaad jätmast jõusse 3. jaanuari 1975. aasta seaduse nr 75-3, muudetud 7. juuli 1979. aasta seadusega nr 79-569 ja 9. mai 2001. aasta seadusega nr 2001-397, artikli 8 sätted, mis käsitlevad lesknaisi, kes ei ole uuesti abiellunud?"

II. Hinnang

14. Kõigepealt hindan ma direktiivi 76/207 kohaldatavust sellisele seadusele nagu on käsitlemisel käesolevas kohtuasjas ja seejärel analüüsin, kas seda seadust on võimalik õigustada mõne võrdse kohtlemise põhimõtte erandiga.

A. *Direktiivi 76/207 kohaldatavus ja soolise diskrimineerimise olemasolu*

15. Kõnealuse seaduse artikkel 8 reguleerib töö saamist avalikus teenistuses, kuna sellega vabastatakse teatud grupid konkurssidel osalemise vanusepiirangust. Väljakujunenud kohtupraktika järgi on direktiiv 76/207 kohaldatav avalikus teenistuses. [9] Direktiivi 76/207 artikli 3 lõige 1 hõlmab selgesõnaliselt töö saamise tingimusi. Järelikult kuulub kõnealuse seaduse artikkel 8 direktiivi 76/207 artikli 3 lõikes 1 määratletud reguleerimisalasse.

16. Ei ole kahtlust, et kõnealuse seaduse artikkel 8 on otseselt diskrimineeriv leskmeeste suhtes, kes ei ole uuesti abiellunud, võrreldуna lesknaistega, kes ei ole uuesti abiellunud. Kui lesknaised võivad kandideerida konkurssidel ka pärast vanusepiirangu ületamist, siis leskmeestel sellist õigust pole.

Selline olukord on täiesti selgelt sooline diskrimineerimine avalikus sektoris töö saamise tingimustes. [10]

17. Kohus juhtis S. Briheche'i tähelepanu veel ühele diskrimineerimisjuhule, märkides, et kõnealuse seaduse artikkel 8 diskrimineerib ebaõiglaselt leskmehi, kes ei ole uuesti abiellunud ja kellel on ülalpeetav laps, võrreldes vallaliste ülalpeetava lapsega meeste ja naistega, kuna ainult viimasena mainitud on vabastatud 45-aastasest vanusepiirangust. Siinjuures on samuti konkurssidel osalemise tingimused ülalpeetava lapsega vanematele erinevad sõltuvalt nende perekonnaseisust. Üle 45-aastastena võivad konkurssidel osaleda üksnes vallalised vanemad, lesknaised, kes ei ole uuesti abiellunud, lahutatud ja ametlikult lahus elavad ülalpeetava lapsega naised.

18. Eelotsusetaotluse esitanud kohus palub oma küsimuses vastust üksnes leskmeeste kohta, kes ei ole uuesti abiellunud, võrreldуna lesknaistega, kes ei ole uuesti abiellunud. Sellega seoses tuleb meeles pidada, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on vaid siseriikliku kohtu, kes asja menetleb ja kes vastutab tehtava lahendi eest, pädevuses kohtuasja eripärasid arvestades hinnata, kas kohtuotsuse tegemiseks on eelotsust vaja ja kas Euroopa Kohtule esitatud küsimustel on kohtuasjas tähtsust. [11] Analüüsi ulatus on

9 — Kohtuasi C-273/97: Sirdar (EKL 1999, lk I-7403, punkt 18); kohtuasi C-285/98: Kreil (EKL 2000, lk I-69, punkt 18); kohtuasi C-476/99: Lommers (EKL 2002, lk I-2891, punkt 25).

10 — Kuigi algselt oli direktiiv 76/207 mõeldud naiste diskrimineerimise kõrvaldamiseks, ei ole kahtlust, et ka mehed võivad taotleda neid puudutava diskrimineerimise lõpetamist, kui nad on naistega võrreldes seatud ebavõrdsesse olukorda.

11 — Vt muu hulgas 15. juuni 2000. aasta otsus kohtuasjas C-302/98: Sehrer (EKL 2000, lk I-4585, punkt 20); 20. märtsi 2001. aasta otsus kohtuasjas C-33/99: Fahmi (EKL 2001, lk I-2415, punkt 28) ja 8. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-111/01: Gantner Electronic (EKL 2003, lk I-4207, punktid 34 ja 38).

seega piiritletud niisuguste lesknaiste ja -meeste diskrimineerimise küsimusega, kes ei ole uuesti abiellunud.

19. Siinkohal võib siiski märkida, et kõnealuse seaduse artikkel 8 sisaldab ka muid sarnaseid soolise diskrimineerimise ilminguid. Vabastus riigiteenistusse saamisele seatud 45 aasta vanusepiirangust kehtib ka kolme ja enama lapsega ema suhtes, lahutatud naiste suhtes, kes pole uuesti abiellunud, ja ametlikult lahus elavate naiste suhtes, samal ajal kui samas olukorras olevad mehed (kolme või enama lapsega isad, lahutatud mehed, kes pole uuesti abiellunud ja ametlikult lahus elavad mehed) seda erandit kasutada ei saa.

20. Kõnealuse seaduse artikkel 8, mis lubab vanusest sõltumata osaleda avaliku teenistuse konkurssidel lesknaistel, kes ei ole uuesti abiellunud, ja välistades selle võimaluse uuesti mitte abiellunud leskmeestel, kehtestab avalikku teenistusse saamiseks sooliselt diskrimineerivad tingimused ja on seega vastuolus direktiivi 76/207 artikli 2 lõikega 1 ja artikli 3 lõikega 1.

21. Järelikult tuleb hinnata, kas selline diskrimineerimine võib olla lubatav.

22. Prantsusmaa valitsus juhtis Euroopa Kohtule esitatud kirjalikes märkustes tähelepanu avalikku teenistusse kandideerimise tingimuste reformile, mille eesmärk on eelnimetatud diskrimineerimise kõrvaldamine.

B. *Võrdse kohtlemise põhimõtte võimalikud erandid*

23. Direktiiv 76/207 lubab võrdse kohtlemise põhimõttest teha erandi kolmel juhul: kui töötaja sugu on määrava iseloomuga (artikli 2 lõige 2), kui naisi tuleb kaitsta seoses raseduse ja sünnitusega (artikli 2 lõige 3) ja võrdsete võimaluste edendamiseks (artikli 2 lõige 4). Nagu nähtub järgnevast analüüsist, ei kohaldu ükski nendest eranditest väljakujunenud kohtupraktikat arvestades käesolevale olukorrale.

24. S. Briheche väitis direktiivi 76/207 artikli 2 lõikele 2 toetudes, et nende ametikohtade, kuhu ta kandideeris, reserveerimist üksnes naistele ei saa mingil moel õigustada. Antud võrdse kohtlemise põhimõtte erand pole aga asjakohane. Prantsuse Vabariik pole väitnud, et see kohalduks. Tõepoolest, riigi korraldatud konkursid ei ole avatud üksnes naistele,

kuna nii mehed kui naised võivad nendel kandideerida. Diskrimineerimine tuleneb kõnealuse seaduse artikliga 8 kehtestatud eranditest 45 aasta vanusepiirangule.

25. Teine võimalik erand võrdse kohtlemise põhimõttest tuleneb direktiivi 76/207 artikli 2 lõikest 3 ja selle eesmärk on naiste kaitsmine, eriti seoses raseduse ja sünnitusega. Prantsuse valitsus toetub ilmselt sellele erandile, kui ta märgib, et kõnealused normid võeti vastu naiste ja meeste vahelise ebavõrdsuse tasandamiseks. Selle põhjendamiseks viitab ta uurimustele, mille kohaselt naised teevad põhiosa kodutöödest ja seda eriti lastega perekondades. Lisaks tsiteerib Prantsusmaa valitsus 2003. aasta juuli statistikat, mille järgi naiste seas on töötuid 10,8% võrreldu na 8,7% töötute meestega. Siinkohal tuleb märkida, et direktiivi 76/207 artikli 2 lõike 3 kohaldamisel pole selline statistika oluline. Samas võib see tähtsust omada direktiivi 76/207 artikli 2 lõike 4 alusel võetud meetmete õigustamisel.

26. Neid asjaolusid arvestades ja nagu tunnistab ka Prantsuse Vabariik, tuleneb väljakujunenud kohtupraktikast, et direktiivi 76/207 artikli 2 lõikes 3 sätestatud erandile saab toetuda üksnes selleks, et kaitsta „naise bioloogilist seisundit raseduse ajal ja peale sünnitust, kuni tema füsioloogilised ja vaimsed funktsioonid on taastunud". [12] Seetõttu ei saa seda erandit kohaldada käesolevas olukorras.

27. Viimasena saaks kohaldada direktiivi 76/207 artikli 2 lõiget 4, kui pidada kõnealuse seaduse artikli 8 eesmärgiks „meeste ja naiste võrdsete võimaluste edendamist, eriti kõrvaldades olemasolevat ebavõrdsust, mis mõjutab naiste võimalusi".

28. Euroopa Kohtu praktikast tuleneb, et nimetatud sätte eesmärk on lubada meetmeid, „mis on küll esmapilgul diskrimineerivad, kuid mis sisuliselt püüavad kõrvaldada või vähendada ühiskondlikus elus esineda võivat tegelikku ebavõrdsust. See säte lubab rakendada töö saamisega, kaasa arvatud edutamisega seonduvaid siseriiklikke meetmeid, mis annavad naistele konkreetsed eelised, et aidata kaasa nende konkurentsivõime tõstmisele tööturul ja karjääri arendamisele meestega võrdsetel alustel". [13]

12 — 12. juuli 1984. aasta otsus kohtuasjas 184/83: Hofmann (EKL 1984, lk 3047) ja 30. juuni 1998. aasta otsus kohtuasjas C-394/96: Brown *v.* Rentokil (EKL 1998, lk I-4185). Vt analoogia põhjal 29. novembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-366/99: Griesmar (EKL 2001, lk I-9383, punktid 43 ja 44), kuigi selle analüüs põhineb EÜ artiklil 141.

13 — Eespool viidatud Lommersi kohtuotsuse punkt 32. Vt ka 17. oktoobri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-450/93: Kalanke (EKL 1995, lk I-3051, punktid 18 ja 19); 11. novembri 1997. aasta otsus kohtuasjas C-490/95: Marschall (EKL 1997, lk I-6363, punktid 26 ja 27) ja 28. märtsi 2000. aasta otsus kohtuasjas C-158/97: Badeck jt (EKL 2000, lk I-1875, punkt 19).

29. Kuigi selline laialt piiritletud eesmärk tundub hõlmavat meetmeid meeste ja naiste sisulise võrdsuse saavutamiseks tööturul, on Euroopa Kohus tõlgendanud direktiivi 76/207 artikli 2 lõiget 4 kitsendavalt, osundades „võrdsete võimaluste kitsendatud mõistele". [14]

30. Positiivsed erimeetmed võib liigitada kolmeks. [15] Esimesse liiki kuuluvad meetmed, mis ei ole otseselt diskrimineerivad, vaid seavad eesmärgiks naiste väljaõppe ja kvalifikatsiooni parandamise (nt koolituskohtade määramine naistele). Sellise tegevuse mõte on selles, et võimaluste võrdsustamiseks tuleb anda vahendid, mis lubavad naistel väljendada oma individuaalseid andeid. Teise liiki kuuluvad meetmed, mille eesmärk on võimaldada naistel paremini ühitada oma lapsevanema rolli ja tööalast tegevust (nt võimalus kasutada tööandja pakutavaid lasteaiakohti). Kuna viimati mainitud meetmeid saab kujundada soost sõltumata mõlema lapsevanema kasuks, võivad neid kasutada ka mehed. Kolmandat liiki meetmete eesmärk on samuti meeste ja naiste võrdõiguslikkuse saavutamine tööturul, kuid need meetmed on oma olemuselt diskrimineerivad, kuna nad eelistavad naisi, et vähendada nende alaesindatust tööelus. Kolmandasse liiki kuuluvad meetmed, millel on otsene mõju tööhõivele, mis annavad naistele valimisprotseduuridel eelisõiguse või kehtestavad norme või kvoote. Euroopa Kohtu eelnev kohtupraktika on peamiselt kokku puutunud kolmandat liiki meetmetega, millega on seotud võimalik meeste diskrimineerimine. Euroopa Kohus pidi Badecki ja Lommersi kohtuasjades otsustama, kas ja millistel tingimustel on direktiivi 76/207 artikli 2 lõikega 4 kooskõlas vastavalt esimest ja teist liiki meetmed. Kõik positiivsete erimeetmete liigid peavad vastama kolmele tingimusele.

31. Selleks, et siseriiklik meede oleks kooskõlas direktiivi 76/207 artikli 2 lõikega 4, peab selle eesmärk olema meeste ja naiste vahel eksisteeriva ebavõrdsuse kõrvaldamine. Positiivse erimeetme vastavuse hindamisel direktiivi 76/207 artikli 2 lõikega 4 tuleb seega kõigepealt näidata, et naised on konkreetses sektoris või karjääriastmel alaesindatud. Meede on seega suunatud selles sektoris või karjääriastmel esineva ebavõrdsuse kõrvaldamisele. Avalikus teenistuses võib ette kujutada positiivse meetme kehtestamist, et korvata raskusi, millega vanemad naised puutuvad kokku erasektoris. Sellist tüüpi meede ei oleks aga suunatud diskrimineerimise kõrvaldamisele, vaid selle heastamisele. Igal juhul pole direktiivi 76/207

14 — Eespool viidatud Lommersi kohtuotsuse punkt 33.

15 — Sarnase eristuse on juba teinud ka kohtujurist Tesauro eespool 13. joonealuses märkuses viidatud Kalanke kohtuasja ettevalmistamisel 6. aprillil 1995 tehtud ettepaneku punktis 9.

artikli 2 lõikega 4 võimalik õigustada igasuguse tõendusmaterjalita olukorra otseseks või kaudseks heastamiseks astutud samme.

32. Teisena teeb Euroopa Kohus kindlaks, kuivõrd on tõenäoline, et kehtestatud meede konkreetse olukorra heastab. Selline kohasuse tingimus on aga üleliigne kolmandat liiki meetmete puhul, kuna nad näevad selgesõnaliselt ette ka taotletava tulemuse.

33. Viimasena peab direktiivi 76/207 artikli 2 lõikele 4 vastav positiivne erimeede olema nii palju kui see on võimalik kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega. See arvatavasti välistab ainult või automaatselt naisi eelistavad meetmed ja nõuab meetmete proportsionaalsuse hindamist. Sellisel proportsionaalsuse hindamisel on meetme tüübist ja selle võimalikust võrdse kohtlemise põhimõttega sobitamisest tulenevalt erinev tulemus.

34. Kalanke, Marschalli ja Badecki kohtuasjades pidi Euroopa Kohus analüüsima siseriiklikke õigusnorme, millega eelistati naissoost kandidaate sama kvalifikatsiooniga meestele. Badecki kohtuasjas otsustas Euroopa Kohus, et „meede, mille eesmärk on eelistada edutamisel naisi avaliku teenistuse valdkondades, kus naised on alaesindatud, tuleb lugeda ühenduse õigusega kooskõlas olevaks, kui selline eelistamine ei toimu automaatselt ja tingimusteta, kui mehed ja naised on sama kvalifikatsiooniga ning nende sobivust hinnatakse objektiivselt, võttes aluseks iga kandidaadi erilist isiklikku olukorda".[16]

35. Ambrahamssoni kohtuasjas[17] vaatluse all olnud siseriiklik õigusnorm eelistas automaatselt sobiva kvalifikatsiooniga naissoost kandidaate, tingimusel, et erinevast soost kandidaatide pädevuse erinevused ei oleks nii suured, et neist tuleneks objektiivsuse nõude rikkumine ametisse nimetamisel. Euroopa Kohus otsustas, et selline säte on vastuolus direktiivi 76/207 artikli 2 lõikega 4, kuna töölevõtmise protseduur „sõltus lõppkokkuvõttes üksnes alaesindatud soo hulka kuulumisest".[18] Sellele vaatamata märkis kohus, et töölevõtmisel võib seada naisi eelistavaid tingimusi, kui need tingimused on „läbipaistvad ja kohtulikult kontrollitavad,

16 — 28. märtsi 2000. aasta otsus kohtuasjas C-158/97: Badeck jt (EKL 2000, lk I-1875, punkt 23). Vt ka 24. jaanuari 2003. aasta otsus kohtuasjas E-1/02: EFTA *v.* Norra Kuningriik (EFTA Kohtu lahendid 1, 2003, punkt 15).

17 — 6. juuli 2000. aasta otsus kohtuasjas C-407/98: Abrahamsson (EKL 2000, lk I-5539).

18 — Eespool viidatud Abrahamssoni kohtuotsuse punkt 53.

et vältida ükskõik millist kandidaatide kvalifikatsiooni meelevaldset hindamist". [19]

36. Kooskõlas selle kohtupraktikaga otsustas EFTA Kohus kohtuasjasE-1/02: EFTA järelevalveamet *v.* Norra Kuningriik, [20] et ajutiste ja alaliste akadeemiliste töökohtade eraldamine naistele on vastuolus võrdse kohtlemise põhimõttega ja ei sobi direktiivi 76/207 artikli 2 lõikega 4 lubatud erandite hulka, kuna see pole piisavalt paindlik ega võimalda kandidaatide kvalifikatsiooni hindamist, vaid välistab automaatselt vastavatele töökohtadele kandideerivad meessoost kandidaadid.

37. Siiski tuleb meeles pidada, et kohtuasjades Kalanke, Marschall ja Abrahamsson kontrollitud meetmed kuulusid vastavalt eespool punktis 30 määratletule kolmandasse liiki (meetmed, mis eelistavad töö saamisel naisi või kehtestavad sihtmärke või kvoote). Teistesse liikidesse kuuluvad meetmed peavad vastama samadele tingimustele, kuigi proportsionaalsuse hindamine võib toimuda muude reeglite järgi, kuna need meetmed ei ole otseselt diskrimineerivad seonduvalt töö saamisega.

38. Lommersi kohtuasjas vaatluse all olnud siseriiklik meede puudutas lastesõime kohtade eraldamist üksnes Hollandi põllumajandus-, keskkonna- ja kalandusministeeriumi naistöötajatele, „välja arvatud direktori otsusega hädajuhtudel". [21] Euroopa Kohus rõhutas, et kõnealune meede ei eralda naistele mitte töökohti, vaid ainult „teatud töötingimuste kasutamise võimalusi". [22]

39. Veelgi enam, lastesõime kohtade eraldamine naistöötajatele oleks tõenäoliselt parandanud naiste võrdseid võimalusi, kuna oli kindlaks tehtud, et naised loobuvad laste kasvatamiseks oma karjäärist tõenäolisemalt kui mehed. [23]

40. Nii Badecki kui Lommersi kohtuasjades kaalus kohus eelkõige asjaolu, et vaidlusalune meede ei jätnud meeskandidaate täielikult kõrvale. [24] Kohus otsustas, et direktiivi 76/207 artikli 2 lõikega 4 kooskõlas olemiseks peab meede sellele tingimusele vastama. Lommersi kohtuasjas sedastas Euroopa Kohus selgesõnaliselt, et kõnealune meede

19 — Eespool viidatud Abrahamssoni kohtuotsuse punkt 49.

20 — Eespool viidatud kohtuotsus EFTA järelevalveamet *v.* Norra Kuningriik.

21 — Eespool viidatud Lommersi kohtuotsuse punkt 11.

22 — Samas, punkt 38.

23 — Samas, punkt 37.

24 — Eespool viidatud Badecki kohtuotsuse punkt 53; eespool viidatud Lommersi kohtuotsuse punktid 44 ja 45.

ei arvanud meessoost ametnikke oma rakendusalast täielikult välja. [25] Vastupidisel juhul ei ole positiivset erimeedet võimalik ühitada võrdse kohtlemise põhimõttega. [26]

41. Järelikult välistab kooskõla võrdsuse põhimõttega igasuguse automaatse naiste eelistamise ja nõuab, et naiste võrdõiguslikkuse edendamisest tulenev kasu oleks proportsionaalne teistele üksikisikutele tekitatud kitsendustega. Nende nõuete täitmine on vältimatu, kui soovitakse ära hoida gruppide sisulise võrdsuse domineerimist üksikisikute võrdõiguslikkuse üle. [27]

42. Euroopa Kohus üritab ühitada positiivset diskrimineerimist üldise võrdsuse põhimõttega, võimaldades esimest üksnes niivõrd, kuivõrd see ei põhjusta diskrimineerimist, mis eelistab teatud gruppi konkreetsete üksikisikute arvel: meeste ja naiste võrdsema esindatuse saavutamine töötajaskonnas ei luba kitsendada iga üksikisiku õigust võrdsele kohtlemisele. Teisisõnu, võimaluste võrdsus prevaleerib tulemuste võrdsuse üle. Euroopa Kohus eeldab, et positiivne diskrimineerimine on vastuvõetav vaid siis, kui see on igal üksikul juhul tegelikult suunatud diskrimineerimise vältimisele, sundides tööandjat seadma naisi meestega sarnasesse olukorda. Positiivselt diskrimineerivad erimeetmed on selles valguses ainult näivalt diskrimineerivad. See seletab ka, miks Euroopa Kohus nõustub tööd ja laste kasvatamist ühitada aitavate naisi eelistavate meetmetega, kuni need ei puuduta töö saamise võimalusi ja on laiendatavad ka meestele. [28] Sellega on seletatav ka Euroopa Kohtu nõustumine naistele töölevõtmisel teatud eeliste andmisega, kuni see ei ole mehaaniline eelistamine, vaid lihtsalt üks lisakriteerium, mida tuleb töökohtade täitmisel arvestada. Positiivse diskrimineerimise lubamine ainult võimalikku diskrimineerimist vältivas ulatuses võib aga kergelt sattuda vastuollu ambitsioonikamate eesmärkidega, mida vahel sellele tegevusele omistatakse. Sageli seatakse positiivse diskrimineerimise eesmärgiks teatud gruppide ühiskondliku alaesindatuse kõrvaldamine või hüvitamine,

25 — Eespool viidatud Lommersi kohtuotsuse punkt 45.

26 — Eespool viidatud Lommersi kohtuotsuse punkt 39 ja eespool viidatud kohtuotsuse EFTA järelevalveamet *v.* Norra Kuningriik punkt 43.

27 — Üksikisikute võrdõiguslikkuse eelistamise kriitilist analüüsi vt Freeman, S., Social Law and Policy in an evolving European Union, J. Shaw (toim.), 2000, lk 189; Haquet, A., „L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes", RTDE, 2001, lk 305; Prechal, S., „Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes", CMLRev., 2004, lk 533.

28 — Eespool viidatud Badecki kohtuotsuse punkt 53; eespool viidatud Lommersi kohtuotsuse punktid 44 ja 45.

andes nendele gruppidele eeliseid ühiskonna teatud valdkondadele juurdepääsul.

43. Seevastu Euroopa Kohtu praktikas kajastuvad direktiivi 76/207 artikli 2 lõike 4 meetmed, mille eesmärk on „olemasoleva ebavõrdsuse kõrvaldamine" hüvitamist mainimata. Just selles valguses on Euroopa Kohus lubanud positiivset diskrimineerimist üksnes ulatuses, mis aitab parandada, aga mitte hüvitada (eelkõige tööelu puudutavate) otsustusprotsesside diskrimineerivaid mehhanisme.

44. Käesolevas kohtuasjas ei ole Prantsusmaa valitsus tõendanud, et naised olid avalikus teenistuses või, täpsemini, mõnel karjääriastmel alaesindatud. Veelgi enam, kõnealuse seaduse artikkel 8 mitte lihtsalt ei erista mehi ja naisi, vaid osutab ka üksikisikute perekonnaseisule. Samuti on selgusetu, miks lesknaisi, kes ei ole uuesti abiellunud, lahutatud naisi, kes ei ole uuesti abiellunud ja ametlikult lahus elavaid naisi tuleks eristada teistest vallalistest üksikisikutest, kelle kasuks tuleks meetmeid rakendada. Igal juhul pole Prantsusmaa valitsus esitanud mingeid tõendeid sellise mõttekäigu kaitseks.

45. Lisaks kõigele on direktiivi 76/207 artikli 2 lõike 4 rakendusalasse kuuluvad meetmed, nagu eespool märgitud, selle sättega kooskõlas üksnes siis, kui nad on kohased ja proportsionaalsed taotletava eesmärgiga. Käesoleval juhul pole kohasust ja proportsionaalsust vaja hinnatagi, kuna puuduvad igasugused tõendid selle kohta, et meede on kehtestatud naiste alaesindatuse heastamiseks.

46. Nendest kaalutlustest järeldub, et kõnealuse seaduse artiklis 8 sisalduvat soolist diskrimineerimist ei saa põhjendada ühegi direktiivi 76/207 artikli 2 lõikes 1 sätestatud erandiga.

47. Neil asjaoludel tuleb siiski kindlaks teha, kas kõnealune seadus võib olla lubatav EÜ artikli 141 lõike 4 alusel.

48. EÜ artikli 141 lõige 4 lubab kehtestada meetmeid, „mis sätestavad erilised eelised, et hõlbustada alaesindatud sool tegutsemist oma kutsealal ja ära hoida või heastada halvemusi tööalases karjääris". [29] Ei ole välistatud, et positiivsed meetmed, mis ei kuulu direktiivi 76/207 rakendusalasse, võivad olla lubatud selle sätte alusel. [30] Nagu olen rõhutanud, on võimalik väita, et ebavõrdsuse vähendamisele suunatud meetmed ja sotsiaalse grupi poolt talutud minevikus aset leidnud ja olemasoleva ebavõrdsuse hüvitamisele suunatud meetmed on kaks erinevat asja. Ei saa välistada, et EÜ artikli 141 lõike 4 viitega heastamise eesmärgile on soovitud liikmesriikidele anda avaramat otsustusvabadust positiivselt diskrimineerivate meetmete vastuvõtmisel. Selline tõlgendus peab siiski alati jääma võrdsuse üldpõhimõttega lubatud raamidesse. Euroopa Kohtu seisukohast ei ole küsimus mitte selles, kas teatud positiivse diskrimineerimise ilmingud aitavad kaasa võrdsema või õiglasema ühiskonna loomisele, vaid nende seadusandja poolt vastuvõetud positiivse diskrimineerimise avaldumisvormide ühitatavuses võrdsuse ja mittediskrimineerimise üldpõhimõtetega. [31]

49. Selle taustal võib EÜ artikli 141 lõike 4 viidet heastamisele mõista kas selliselt, et vajadus heastada olemasolevat või minevikus aset leidnud sotsiaalset ebavõrdsust lubab eelistada vastavatesse gruppidesse kuuluvaid üksikisikuid üleesindatud gruppide liikmete diskrimineerimise arvelt või selliselt, et heastavate meetmete vastuvõtmine on hädavajalik, kuna olemasolevate sotsiaalsete normide mittediskrimineeriv kohaldamine on struktuurselt üleesindatud gruppe eelistav. [32] Esimene tõlgendus allutab üksikisiku õiguse mitte olla diskrimineeritud gruppidevahelise võrdsuse saavutamisele, mida õigustab eesmärk heastada alaesindatud grupi liikmetele diskrimineerimine, mida nad pidid minevi-

29 — Sõna „heastada" lisati Amsterdami lepinguga.

30 — Euroopa Kohus on seda tunnustanud eespool viidatud Abrahamssoni kohtuotsuse punktis 54.

31 — Siseriikliku seadusandja valikute hindamisel peab Euroopa Kohtus võtma arvesse, et teatud siseriiklike poliitiliste valikute mitmekesisuse lubamine suure ebamäärasusega valdkonnas, kus kestavad vaidlused positiivselt diskrimineerivate meetmete täpse mõju ja kasulikkuse üle, võib liikmesriikidele anda kasulju õppimis- ja katsetamisruumi. Lisaks sellele tuleb hinnata, kas pärast positiivsete erimeetmete kehtestamist on üleesindatud gruppidel endiselt piisav esindatus ja osalemisvõimalused, et väljendada oma arvamust poliitilistes protsessides.

32 — Formaalse võrdsuse kriitika on peamiselt suunatud sellise lähenemise vastu, väites, et see süvendab ühiskonnas olemasolevat diskrimineerimist.

kus taluma. Vaevalt, et selline tõlgendus on vastavuses Euroopa Kohtu poolt võrdsetele võimalustele omistatud prioriteediga ja tavapärase võrdse kohtlemise põhimõtte tõlgendusega.

50. Teist tõlgendust võib olla samas lihtsam ühitada Euroopa Kohtu arusaamaga võrdse kohtlemise põhimõttest ja selle kohaldamispraktikaga. Selle lähenemise järgi pole eesmärk tulemuste võrdsus. Samuti ei õigusta positiivse diskrimineerimise eesmärgid vältimatult üksikisikutevahelist diskrimineerimist. Selle lähenemise pooldajad väidavad, et meetmed, mida tihti seostatakse sisulise võrdsustamisega ja mis heastavad teatud gruppide alaesindatust (nt kvoodid, automaatsed eelistused), on ainsad vahendid, mis suudavad kehtestada pikaajalise võimaluste võrdsuse. Teatud gruppide liikmeid eelistavaid meetmeid ei peeta seetõttu ei gruppide võrdsustamise ega tulemuste võrdsuse saavutamise, vaid võimaluste tegeliku võrdsustamise vahendiks. Seda tüüpi heastavate meetmete eesmärk on järelikult võrdsete võimaluste taaskehtestamine diskrimineerimise tagajärgede kõrvaldamise ja pikaajalise võrdsete võimaluste edendamise kaudu.[33] Heastamine tähendab sellisel juhul ühiskonna poolt erinevate gruppide liikmetele antud võimaluste võrdsuse taastamist.

51. Kui siduda positiivse diskrimineerimise heastavate vormide lubatavus tulemuste võrdsuse asemel võimaluste võrdsustamisega, oleks üksikisikutevaheline võrdõiguslikkus siiski tähtsam gruppidevahelisest, kuid sellega seataks positiivse diskrimineerimise heastavate ilmingute lubamisele EÜ artikli 141 lõike 4 alusel siiski teatud piirid ja tingimused. Selliste positiivse diskrimineerimise avaldumisvormide vastuvõetavus oleks näiteks tihedalt seotud nende ajutise iseloomuga.[34] Vastasel juhul võivad need aja jooksul anda alust uute õiguste juurdumi-

33 — Sellel on kaks peamist põhjust. Esiteks vaadeldakse positiivset diskrimineerimist kui lihtsalt diskrimineerimise ohvrite võimaluste muutmist selliseks nagu need oleksid olnud diskrimineerimiseta. Teiseks on positiivne diskrimineerimine oletatavasti ainus tõhus vahend, mis suudab ergutada alaesindatud gruppe inimkapitali investeerima (diskrimineerimistsüklit katkestama) ja reageerida turuhäiretele (sotsiaalsed monopolid ja teabekulud), mis, kindlustades olemasolevat ühiskondlikku diskrimineerimist, takistavad parimate inimeste valimist. Tuleb märkida, et nende põhjuste ja positiivse diskrimineerimise mõjude vaheline seos on sageli vaieldav ja annab alust mitmeteks erinevateks strateegiateks. Kuid Euroopa Kohus ei pea hindama mitte nende poliitikate sisulist külge, vaid üksnes kas ja millises ulatuses nad on kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega.

34 — Seda on võimalik tagada aegumistähtaja või õigusakti perioodilise ülevaatamise kohustuse kehtestamisega.

seks, samal ajal kui nende olemasolu algselt õigustanud asjaolud on lakanud olemast. Selle tulemusena satuks ohtu pikaajaline võimaluste võrdsuse tagamise eesmärk. Üleesindatud gruppi kuuluvatele üksikisikutele seatud kitsenduste olemusest ja ulatusest, tõenäosusest, et alaesindatud grupi võimaluste avardumine toob kaasa võimaluste tegeliku võrdsuse, ning nõudest tõendada alaesindatust mitte üksnes üldiselt, vaid ka konkreetses sektoris või asutuses, mille suhtes rakendatakse positiivset diskrimineerimist, võivad tuleneda muud tingimused.

52. Kuna käesolevas kohtuasjas puuduvad tõendid õigusaktiga taotletava eesmärgi kohta, pole kõnealuse seaduse artikli 8 sarnast sätet võimalik põhjendada EÜ artikli 141 lõikega 4 ning seetõttu pole ka vajalik kindlaks teha, kas sellised tingimused on täidetud.

III. Ettepanek

53. Siseriikliku kohtu esitatud küsimusele tuleks seega minu arvates vastata järgmiselt:

54. Nõukogu 9. veebruari 1976. aasta direktiiviga 76/207/EMÜ meeste ja naiste võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise kohta seoses töö saamise, kutseõppe ja edutamisega ning töötingimustega ja EÜ artikli 141 lõikega 4 on vastuolus sellised siseriiklikud õigusnormid nagu Prantsusmaa seaduse nr 75-3 (muudetud) artikkel 8, niivõrd kui need kohtlevad ebavõrdselt leskmehi ja lesknaisi, kes pole uuesti abiellunud, kehtestades neile vanusepiirangu avalikus sektoris töö saamisel ilma, et see oleks suunatud kas olemasoleva ebavõrdsuse kõrvaldamisele või selle heastamisele.