GENERALINIO ADVOKATO M. POIARES MADURO IŠVADA, pateikta 2004 m. birželio 29 d. [1]

1. Paryžiaus administracinis teismas (*Tribunal administratif de Paris*) (Prancūzija) savo pateiktame prašyme klausia, ar 1976 m. vasario 9 d. priimta Tarybos direktyva 76/207/EEB dėl vienodo požiūrio į vyrus ir moteris principo taikymo įsidarbinimo, profesinio mokymo, pareigų paaukštinimo ir darbo sąlygų atžvilgiu [2] užkerta kelią nuostatoms, šiuo atveju 1975 m. sausio 3 d. Prancūzijos įstatymo Nr. 75-3 [3], iš dalies pakeisto 1979 m. liepos 7 d. įstatymu Nr. 79-569 [4] ir 2001 m. gegužės 9 d. įstatymu Nr. 2001-397 [5], (toliau – su byla susijęs įstatymas) 8 straipsniui, ta apimtimi, kuria jos numato, kad pakartotinai neištekėjusioms našlėms netaikoma amžiaus riba, nustatyta įsidarbinimui viešajame sektoriuje.

I — Faktai, teisinis pagrindas ir klausimas, pateiktas Teismui

2. Su byla susijusių faktų metu S. Briheche buvo 48 metų našlys, pakartotinai nevedęs, turėjo 12 metų amžiaus išlaikomą vaiką. Jis bandė dalyvauti keturiuose konkursuose pareigoms įvairiuose viešojo administravimo institucijų departamentuose užimti, kuriuose buvo nustatyta 45 metų amžiaus riba. Jo prašymai dalyvauti kiekvienąkart buvo atmesti remiantis tuo, jog jo amžius viršija įstatymų nustatytą amžiaus ribą.

3. 2002 m. sausio 30 d. Jungtinės egzaminų ir konkursų Créteil, Paryžiaus ir Versalio švietimo institucijose tarnybos direktorius (*directeur du service inter-académique des examens et concours des académies de Créteil, de Paris et de Versailles*) atmetė jo prašymą dalyvauti atvirame konkurse centrinių valdymo organų administracijos padėjėjų pareigoms užimti. 2002 m. vasario 5 d. jis atmetė S. Briheche prašymą dalyvauti bendrame atvirame konkurse centrinių valdymo organų administracijos sekretoriaus ir mo-

1 — Originalo kalba: portugalų.

2 — OL L 39, 1976, p. 40. Pastebėtina, jog Direktyva 76/207 buvo pakeista 2002 m. rugsėjo 23 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2002/73/EB, iš dalies keičiančia Tarybos direktyvą 76/207 (OL L 269, 2002, p. 15). Naujos nuostatos nėra taikomos šiai bylai, kadangi jos valstybėse narėse turi būti įgyvendintos vėliausiai iki 2005 m. spalio 5 d.

3 — 1975 m. sausio 4 d. *Journal Officiel de la République Française (JORF)*, p. 198.

4 — 1979 m. liepos 8 d. *JORF*.

5 — 2001 m. gegužės 10 d. *JORF*, p. 7320.

kyklos bei universiteto sekretoriaus pareigoms užimti. 2002 m. vasario 27 d. Nacionalinio švietimo ministras (*ministre de l'éducation nationale*) atmetė S. Briheche skundą aukštesnei administracinei institucijai dėl pirmiau minėtų sprendimų.

4. 2002 m. sausio 28 d. ir kovo 8 d. Vidaus reikalų ministras (*ministre de l'Intérieur*) atmetė S. Briheche prašymą dalyvauti atvirame konkurse centrinių valdymo organų administracijos padėjėjų pareigoms užimti.

5. 2002 m. vasario 28 d. Teisingumo ministras (*ministre de la Justice*) atmetė S. Briheche prašymą dalyvauti atvirame konkurse kalėjimų tarnybos decentralizuotų departamentų administracijos padėjėjų pareigoms užimti.

6. Trijuosę skirtinguose prašymuose, pateiktuose *Tribunal administratif de Paris* S. Briheche reikalavo pirmiau minėtų sprendimų panaikinimo ir dėl jų patirtos žalos atlyginimo [6].

6 — Prašymai buvo užregistruoti atitinkamai 2002 m. kovo 28 ir 29 d. bei balandžio 19 d. Nr. 0204512/5, 0204571/5 ir 0205683/5.

7. Pagal konkurso rūšį 45 metų amžiaus ribą kandidatams nustato 1990 m. rugpjūčio 1 d. dekreto Nr. 90-713 dėl bendrų statutinių nuostatų, taikomų valstybės valdymo organų administracijos padėjėjams, 5 straipsnis [7] arba 1975 m. rugpjūčio 14 d. dekreto Nr. 75-765 dėl B, C ir D kategorijų valstybės tarnautojų įdarbinimo skelbiant konkursą amžiaus ribos 1 straipsnis [8].

8. Su byla susijusio įstatymo 8 straipsnyje pateikiama išimtis: „įsidarbinimo viešajame sektoriuje amžiaus riba nėra taikoma motinoms, turinčioms tris ir daugiau vaikų, pakartotinai neištekėjusioms našlėms, pakartotinai neištekėjusioms išsituokusioms moterims, teismo sprendimo pagrindu skyrium gyvenančioms moterims arba nesusituokusiems vyrams ar moterims, turintiems bent vieną išlaikomą vaiką, priverstiems dirbti".

9. Direktyvos 76/207 2 straipsnio 1 dalyje įtvirtinta, jog „negali būti jokios tiesioginės arba netiesioginės diskriminacijos dėl lyties, ypač dėl santuokinės arba šeimyninės padėties". Kaip apibrėžta Direktyvos 3 straipsnio 1 dalyje, šis principas turi plačią taikymo sritį: „Vienodo požiūrio principo taikymas reiškia, kad negali būti jokios diskriminacijos

7 — 1990 m. rugpjūčio 1 d. dekreto Nr. 90-713 dėl bendrų statutinių nuostatų, taikomų valstybės valdymo organų administracijos padėjėjams, 5 straipsnis: „konkursas yra atviras kandidatams, kuriems yra mažiau negu 45 metai tų metų, kuriais vyksta konkursas, sausio 1 d." 1990 m. rugpjūčio 11 d. *JORF*, p. 9795.

8 — 1975 m. rugpjūčio 14 d. dekreto Nr. 75-765 dėl B, C ir D kategorijų valstybės tarnautojų įdarbinimo skelbiant konkursą amžiaus ribos 1 straipsnis: „įtvirtinama 45 metų amžiaus riba, jei specialios nuostatos nenumato didesnės amžiaus ribos". 1975 m. rugpjūčio 19 d. *JORF*.

dėl lyties, įskaitant atrankos kriterijus gauti bet kokį darbą arba užimti pareigas, neatsižvelgiant į veiklos sektorių arba sritį, taip pat siekti visų profesinės hierarchijos lygių".

10. Šioje byloje, šalių teigimu, gali pasireikšti ir kelios kitos Direktyvos 76/207 nuostatos. S. Briheche savo rašytinėse pastabose, pateiktose nacionaliniam teismui bei šiam Teismui, remiasi 2 straipsnio 2 dalimi, kurioje teigiama, jog „ši direktyva nepažeidžia valstybių narių teisės netaikyti jos nuostatų profesinės veiklos sritims, o kai kuriais atvejais – profesiniam mokymui, kuriose darbuotojo lytis yra lemiamas veiksnys dėl šių profesinės veiklos rūšių pobūdžio arba aplinkos".

11. Prancūzijos vyriausybė paminėjo Direktyvos 76/207 2 straipsnio 3 dalį, kurioje numatyta: „Ši direktyva nepažeidžia nuostatų, susijusių su moterų apsauga, ypač dėl nėštumo ir motinystės".

12. Komisijos nuomone, norint atsakyti į nacionalinio teismo iškeltą klausimą, svarbiausia Direktyvos 76/207 nuostata yra 2 straipsnio 4 dalyje, pagal kurią: „Ši direktyva nepažeidžia priemonių, skatinančių lygias vyrų ir moterų galimybes, ypač panaikinant egzistuojančią nelygybę, kuri daro poveikį moterų galimybėms 1 straipsnio 1 dalyje nurodytose srityse".

13. Tokiomis aplinkybėmis nacionalinis teismas nusprendė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teismui tokį klausimą:

„Ar 1976 m. vasario 9 d. Direktyvos 96/207/EEB nuostatos užkerta kelią tam, kad Prancūzijoje ir toliau galiotų 1975 m. sausio 3 d. įstatymo Nr. 75-3 8 straipsnio nuostatos, pakeistos 1979 m. liepos 7 d. įstatymu Nr. 79-569 ir 2001 m. gegužės 9 d. įstatymu Nr. 2001-397?"

II — Argumentavimas

14. Pirmiausia aš nustatysiu galimybę taikyti Direktyvą 76/207 svarstomo šioje byloje įstatymo atžvilgiu ir tada nagrinėsiu, ar toks įstatymas gali būti pateisintas vienodo požiūrio principo išimtimis.

A — *Galimybė taikyti Direktyvą 76/207 ir diskriminacijos dėl lyties buvimas*

15. Su byla susijusio įstatymo 8 straipsnis reglamentuoja galimybę įsidarbinti viešajame sektoriuje, kiek tai susiję su tam tikrų kategorijų asmenų atleidimu nuo amžiaus ribos taikymo dalyvaujant konkurse. Pagal nusistovėjusią teismų praktiką Direktyva 76/207 taikoma darbui viešajame sektoriuje [9]. Direktyvos 76/207 3 straipsnio 1 dalis aiškiai apima galimybę įsidarbinti. Taigi su byla susijusio įstatymo 8 straipsnis patenka į Direktyvos 76/207 reguliavimo sritį, apibrėžtą 3 straipsnio 1 dalyje.

16. Negali būti jokių abejonių, jog su byla susijusio įstatymo 8 straipsnis sukuria tiesioginę pakartotinai nesusituokusių našlių vyrų diskriminaciją tokių pat našlių moterų atžvilgiu. Faktiškai našlės gali teikti prašymus dalyvauti tarnautojų įdarbinimo konkursuose net ir tada, kai jos pasiekė 45 metų amžiaus ribą, tačiau našliai vyrai tokios teisės neturi.

Tai neabejotinai įtvirtina diskriminaciją dėl lyties įsidarbinimo viešajame sektoriuje sąlygų atveju [10].

17. Be to, savo pareiškime Teismui S. Briheche nurodo ir kitą diskriminacijos aspektą, pažymėdamas, jog su byla susijusio įstatymo 8 straipsnyje įtvirtinta neteisėta pakartotinai nesusituokusio, turinčio išlaikomą vaiką našlio diskriminacija nesusituokusio, turinčio išlaikomą vaiką vyro ar moters atžvilgiu, kadangi tik pastarieji yra atleidžiami nuo 45 metų amžiaus ribos taikymo. Šiuo atveju tėvų, turinčių išlaikomą vaiką, galimybės dalyvauti valstybės tarnautojų įdarbinimo konkursuose skirsis, nelygu jų šeimyninė padėtis. Tik vieniši tėvai, pakartotinai neištekėjusios našlės, išsituokusios moterys ir teismo sprendimo pagrindu skyrium gyvenančios moterys, turinčios išlaikomą vaiką, gali dalyvauti konkurse, kai yra peržengę 45 metų slenkstį.

18. Prašymą pateikęs teismas klausimo nagrinėjimą apribojo pakartotinai nevedusių našlių vyrų situacijos palyginimu su pakartotinai neištekėjusių našlių moterų situacija. Šiuo atžvilgiu nereikėtų pamiršti, jog pagal nusistovėjusią teismų praktiką tik nacionalinis teismas, kuriam ginčas pateiktas nagrinėti ir kuris prisiima atsakomybę už paskesnį teismo sprendimą, atsižvelgdamas į konkrečias bylos aplinkybes, nusprendžia tiek dėl prejudicinio sprendimo reikalingumo savo sprendimui byloje priimti, tiek ir dėl teikiamų Teismui klausimų tinkamumo [11]. Taigi

9 — 1999 m. spalio 26 d. Sprendimo *Sirdar*, C-273/97, Rink. p. I-7403, 18 punktas, 2000 m. sausio 11 d. Sprendimo *Kreil*, C-285/98, Rink. p. I-69, 18 punktas ir 2002 m. kovo 19 d. Sprendimo *Lommers*, C-476/99, Rink. p. I-2891, 25 punktas.

10 — Nepaisant to, jog Direktyva 76/207 iš pradžių buvo siekiama panaikinti moterų diskriminaciją, nėra abejonių, jog vyrai taip pat gali reikalauti prieš juos nukreiptos diskriminacijos panaikinimo, kai jie atsiduria, lyginant su moterimis, blogesnėje padėtyje.

11 — Žr., *inter alia*, 2000 m. birželio 15 d. Sprendimo *Sehrer*, C-302/98, Rink. p. I-4585, 20 punktą; 2001 m. kovo 20 d. Sprendimo *Fahmi*, C-33/99, Rink. p. I-2415, 28 punktą ir 2003 m. gegužės 8 d. Sprendimo *Gantner Electronics*, C-111/01, Rink. p. I-4207, 34 ir 38 punktus.

nagrinėjimo apimtis gali būti apribota pakartotinai nesusituokusių našlių vyrų diskriminacijos tokių pat moterų atžvilgiu klausimo analize.

19. Vis dėlto čia pastebėtina, jog su byla susijusio įstatymo 8 straipsnyje esama ir kitų panašių diskriminacijos dėl lyties pavyzdžių. Motinos, turinčios tris ir daugiau vaikų, pakartotinai neištekėjusios išsituokusios moterys ir teismo sprendimo pagrindu skyrium gyvenančios moterys yra atleidžiamos nuo 45 metų amžiaus ribos įsidarbinant viešajame sektoriuje, tačiau vyrai tokioje pat situacijoje (tėvai, turintys tris ir daugiau vaikų, pakartotinai nevedę išsituokę vyrai ir teismo sprendimo pagrindu skyrium gyvenantys vyrai) nesinaudoja šia išimtimi.

20. Suteikiant galimybę pakartotinai neištekėjusioms našlėms dalyvauti valstybės tarnautojų įdarbinimo konkursuose, nepaisant jų amžiaus, tačiau nesuteikiant tokios galimybės pakartotinai nevedusiems našliams, su byla susijusio įstatymo 8 straipsnis įtvirtina diskriminaciją dėl lyties įsidarbinimo valstybės tarnyboje sąlygų srityje, tuo pažeisdamas Direktyvos 76/207 2 straipsnio 1 dalį ir 3 straipsnio 1 dalį.

21. Kyla klausimas, ar tokia diskriminacija gali būti pateisinama.

22. Savo rašytinėse pastabose, pateiktose Teismui, Prancūzijos vyriausybė pažymėjo, jog siekiant panaikinti pirmiau minėtą diskriminaciją buvo imtasi dalyvavimo valstybės tarnautojų įdarbinimo konkursuose sąlygų reformos.

B — *Galimos vienodo požiūrio principo išimtys*

23. Direktyvoje 76/207 leidžiamos trys vienodo požiūrio principo išimtys: kai darbuotojo lytis yra lemiamas veiksnys (2 straipsnio 2 dalis), kai būtina moterų apsauga dėl nėštumo ar motinystės (2 straipsnio 3 dalis) ir kai imamasi priemonių, skatinančių lygias galimybes (2 straipsnio 4 dalis). Kaip bus įrodyta, atsižvelgiant į esamą Teismo praktiką, nė viena iš jų šioje situacijoje nėra taikytina.

24. S. Briheche nurodė Direktyvos 76/207 2 straipsnio 2 dalį tam, kad įrodytų, jog pareigų viešajame sektoriuje, dėl kurių jis kreipėsi, rezervavimas moterims nėra pateisinamas. Tačiau ši vienodo požiūrio principo išimtis nėra tinkama šiam atvejui. Prancūzijos vyriausybė netvirtino, jog ji yra taikytina. Iš tikrųjų valstybės organizuojami konkursai pareigoms valstybės tarnyboje užimti nėra skirti vien moterims, juose gali dalyvauti tiek

vyrai, tiek moterys. Diskriminacija glūdi su byla susijusio įstatymo 8 straipsnyje įtvirtintose nustatytos 45 metų amžiaus ribos išimtyse.

25. Kita galima vienodo požiūrio principo išimtis yra apibrėžta Direktyvos 76/207 2 straipsnio 3 dalyje ir ja siekiama moterų apsaugos, ypač dėl nėštumo ir motinystės. Bent netiesiogiai Prancūzijos vyriausybė, atrodo, pasikliauja šia išimtimi pažymėdama, jog nagrinėjamas įstatymas buvo priimtas siekiant apriboti vyrų ir moterų nelygybę. Tuo tikslu ji remiasi tyrimų rezultatais, pagal kuriuos moterys, ypač tuomet, kai šeimoje yra vaikų, atlieka didžiąją dalį namų ruošos darbų. Ji taip pat remiasi 2003 m. liepos mėnesio statistika, pagal kurią 10,8 % moterų, palyginti su 8,7 % vyrų, yra bedarbės. Pastebėtina, jog ši statistika nėra tiesiogiai susijusi su Direktyvos 76/207 2 straipsnio 3 dalies taikymu. Tačiau ji galėtų būti svarbi pateisinant priemones, kurių imamasi pagal Direktyvos 76/207 2 straipsnio 4 dalį.

26. Šiuo klausimu, kaip yra pripažinusi ir pati Prancūzijos Respublika, nusistovėjusi teismų praktika įtvirtino, jog Direktyvos 76/207 2 straipsnio 3 dalies išimtimi gali būti remiamasi tik siekiant apsaugoti „moters biologinę būseną nėštumo metu ir vėliau, tol, kol jos fiziologinės ir psichinės funkcijos atsistato po gimdymo“ [12]. Tačiau ši išimtis nėra taikytina šioje situacijoje.

27. Pagaliau Direktyvos 76/207 2 straipsnio 4 dalis galėtų būti taikoma, jei būtų manoma, jog su byla susijusio įstatymo 8 straipsnis yra skirtas skatinti „lygias vyrų ir moterų galimybes, ypač panaikinant egzistuojančią nelygybę, kuri daro poveikį moterų galimybėms“.

28. Pagal Teismo praktiką, šios nuostatos tikslas yra leisti priemones, „kurios atrodo esančios diskriminuojančios, tačiau iš tikrųjų siekia pašalinti ar sumažinti socialinio gyvenimo tikrovėje egzistuojančią faktinę nelygybę. Ji leidžia nacionalines priemones įsidarbinimo, taip pat pareigų paaukštinimo srityje, kuriomis moterims suteikiami specifiniai privalumai, siekiant pagerinti jų galimybes konkuruoti darbo rinkoje ir siekti karjeros tokiomis pačiomis sąlygomis kaip ir vyrai“ [13].

12 — 1984 m. liepos 12 d. Sprendimas *Hofmann*, 184/83, Rink. p. 3047 ir 1998 m. birželio 30 d. Sprendimas *Brown*, C-394/96, Rink. p. I-4185. Analogiškai, nors analizė atlikta pagal EB 141 straipsnį, taip pat žr. 2001 m. lapkričio 29 d. Sprendimo *Griesmar*, C-366/99, Rink. p. I-9383, 43 ir 44 punktus.

13 — Minėto sprendimo *Lommers* 32 punktas. Taip pat žr. 1995 m. spalio 17 d. Sprendimo *Kalanke*, C-450/93, Rink. p. I-3051, 18 ir 19 punktus, 1997 m. lapkričio 11 d. Sprendimo *Marschall*, C-490/95, Rink. p. I-6363, 26 ir 27 punktus ir 2000 m. kovo 28 d. Sprendimo *Badeck ir kt.*, C-158/97, Rink. p. I-1875, 19 punktą.

29. Nors plati šio tikslo formuluotė, atrodytų, apima priemones, skirtas esminei vyrų ir moterų lygybei darbo rinkoje pasiekti, Teismas Direktyvos 76/207 2 straipsnio 4 dalį išaiškino siaurinamai, remdamasis „lygių galimybių ribota koncepcija“ [14].

30. Gali būti skiriamos trys pozityviųjų priemonių kategorijos [15]. Pirma kategorija apima priemones, kurios savo pobūdžiu nėra tiesiogiai diskriminuojančios, bet jomis siekiama tiesiog pagerinti moterų mokymą ir kvalifikaciją (pavyzdžiui, mokymo vietų paskyrimas moterims). Jos pagrįstos idėja, kad lygioms galimybėms užtikrinti yra būtina numatyti priemones, leidžiančias atsiskleisti moterų individualiems gebėjimams. Antra kategorija apima priemones, kuriomis siekiama suteikti moterims galimybę geriau suderinti savo, kaip motinos, vaidmenį su profesine veikla (šiuo atveju – galimybę pasinaudoti darbdavio siūlomomis vietomis vaikų darželiuose). Vyrai taip pat gali pasinaudoti pastarosiomis priemonėmis, kurios gali būti neutralios, priimtos abiejų tėvų naudai. Trečia kategorija apima priemones, kuriomis taip pat siekiama vyrų ir moterų lygybės darbo rinkoje, bet jos yra diskriminuojančio pobūdžio, kadangi sudaro palankias sąlygas moterims, siekiant sumažinti jų nepakankamą atstovavimą profesiniame gyvenime. Ši kategorija apima priemones, turinčias tiesioginį poveikį įdarbinimui, suteikiančias pirmenybę moterims atrankos procedūrose arba nustatančias tikslus ar kvotas, kurie turi būti pasiekti. Ankstesnėje Teismo praktikoje daugiausia buvo nagrinėjamos trečios kategorijos pozityviosios priemonės, sukeliančios galimą vyrų diskriminaciją. *Badeck* ir *Lommers* bylose Teismas turėjo nuspręsti, ar ir kokiomis sąlygomis priemonės, priklausančios atitinkamai pirmai ir antrai kategorijoms, atitinka Direktyvos 76/207 2 straipsnio 4 dalį. Visos pozityviųjų priemonių kategorijos turi tenkinti tris kartu taikomas sąlygas.

31. Kad atitiktų Direktyvos 76/207 2 straipsnio 4 dalį, nacionaline priemone turėtų būti siekiama ištaisyti egzistuojantį disbalansą tarp vyrų ir moterų. Taigi, kad Direktyvos 76/207 2 straipsnio 4 dalis apimtų pozityviąją priemonę, pirmiausia turi būti akivaizdžiai parodyta, jog tam tikrame specifiniame sektoriuje ar karjeros lygmenyje moterys yra nepakankamai atstovaujamos. Tokiu atveju, priemone yra siekiama pašalinti tame sektoriuje ar lygmenyje egzistuojančią nelygybę. Įsivaizduojamos ir tokios viešajame sektoriuje priimtos priemonės, kuriomis, pavyzdžiui, siekiama kompensuoti sunkumus, su kuriais susiduria vyresnio amžiaus moterys privačiame sektoriuje. Tačiau šio antro tipo priemonėmis yra siekiama ne panaikinti diskriminaciją, o ją kompensuoti. Bet kokiu atveju, jei nėra įrodymų, jokie veiksmai, kuriais siekiama tiesiogiai ar ne-

14 — Minėto sprendimo *Lommers* 33 punktas.

15 — Panašų skirstymą jau buvo pateikęs generalinis advokatas G. Tesauro savo išvados minėtoje byloje *Kalanke* 9 punkte.

tiesiogiai pataisyti situaciją, negali būti pateisinami, remiantis Direktyvos 76/207 2 straipsnio 4 dalimi.

32. Antra, Teismas patikrins, ar galima atitinkama priemone pataisyti konkrečią situaciją. Šis adekvatumo patikrinimas bus nereikalingas trečios kategorijos priemonių atveju, kadangi jos tiksliai apibūdina rezultatą, kurio jomis yra siekiama.

33. Galiausiai, norint pateisinti pozityviąją priemonę, remiantis Direktyvos 76/207 2 straipsnio 4 dalimi, ji turi būti kiek įmanoma suderinta su vienodo požiūrio principu. Atrodo, jog tai sąlygoja priemonių, kurios įtvirtina suteikiamą automatiškai ar absoliučią moterų pirmenybę, atmetimą ir reikalauja priemonės proporcingumo analizės. Tokia proporcingumo analizė, atsižvelgiant į tikrinamos priemonės rūšį ir jos galimą suderinamumą su vienodo požiūrio principu, turės skirtingus padarinius.

34. *Kalanke*, *Marschall* ir *Badeck* bylose Teismui teko nagrinėti nacionalinius įstatymus, suteikiančius pirmenybę kandidatėms moterims, turinčioms tokią pačią kvalifikaciją kaip ir kandidatai vyrai. *Badeck* byloje nuspręsta, jog: „priemonė, kuria moterims numatoma suteikti pirmenybę pareigų paaukštinimo atveju tose valstybės tarnybos srityse, kur jos yra nepakankamai atstovaujamos, yra suderinama su Bendrijos teise, jeigu ji kandidatėms moterims, kurių kvalifikacija tokia pat kaip ir kandidatų vyrų, nesuteikia pirmenybės automatiškai ir besąlygiškai ir jeigu kandidatūros buvo išnagrinėtos objektyviai, atsižvelgiant į konkrečią kiekvieno kandidato asmeninę padėtį“ [16].

35. *Abrahamsson* byloje [17] nagrinėjama nacionalinė nuostata automatiškai suteikė pirmenybę kandidatėms moterims, jei jos buvo pakankamai kvalifikuotos, su vienintele sąlyga, kad kiekvienos lyties kandidatų privalumų skirtumas nebūtų toks didelis, kad pažeistų objektyvumo skiriant į pareigas reikalavimą. Teismas laikėsi nuomonės, jog Direktyvos 76/207 2 straipsnio 4 dalis užkerta kelią tokios priemonės taikymui, kadangi atrankos procedūra „buvo pagrįsta paprasčiausiu priklausymo nepakankamai atstovaujamai lyčiai faktu“ [18]. Nepaisant to, Teismas konstatavo, jog atrankos procedūra gali apimti kriterijus, teikiančius pirmenybę moterims, jei tokie kriterijai „skaidrūs ir galimi peržiūrėti, siekiant išvengti bet kokio

16 — Minėtos sprendimo *Badeck* 23 punktas. Taip pat žr. bylą E-1/02 *EFTA priežiūros institucija prieš Norvegijos Karalystę*, *EFTA Court Report*, 2003 m., 1 tomas, 15 punktas.

17 — 2000 m. liepos 6 d. Sprendimas *Abrahamsson*, C-407/98, Rink. p. I-5539.

18 — Minėto sprendimo *Abrahamsson* 53 punktas.

savavališko kandidatų kvalifikacijos įvertinimo“ [19].

36. Pagal šią teismų praktiką, EFTA Teismas byloje E-1/02 *EFTA priežiūros institucija prieš Norvegijos Karalystę* [20] nusprendė, jog nuolatinių ir laikinų akademinių pareigų rezervavimas moterims prieštarauja vienodo požiūrio principui ir negali būti laikomas atitinkančiu Direktyvos 76/207 2 straipsnio 4 dalyje apibrėžtą išimtį, kadangi jis neužtikrina būtino lankstumo ir kandidatų kvalifikacijos įvertinimo, bei automatiškai užkerta kelią kandidatams vyrams užimti rezervuotąsias pareigas.

37. Svarbu atsižvelgti į tai, jog *Kalanke*, *Marschall* ir *Abrahamsson* bylose nagrinėtos priemonės priklauso trečiai kategorijai, kaip pirmiau apibrėžta 30 punkte (priemonės, suteikiančios moterims pirmenybę įsidarbinant arba nustatančios tikslus ar kvotas, kurie turi būti pasiekti). Kitų kategorijų priemonės tikrinamos pagal tuos pačius kriterijus, tačiau paskutinė proporcingumo sąlyga gali būti vertinama pagal kitokius reikalavimus, kadangi šios priemonės nėra tiesiogiai diskriminuojančios įsidarbinimo atžvilgiu.

19 — Minėto sprendimo *Abrahamsson* 49 punktas.

20 — Pirmiau cituota.

38. *Lommers* byloje nagrinėjama nacionalinė priemonė buvo susijusi su išskirtiniu vietų vaikų darželyje suteikimu Nyderlandų Žemės ūkio, gamtos tvarkymo ir žuvininkystės ministerijos darbuotojoms moterims, „išskyrus nenumatytus atvejus, kuriuos nustato direktorius“ [21]. Teismas pabrėžė, jog aptariama priemone moterims paliekamos ne darbo vietos, bet tiktai „naudojimasis tam tikromis darbo sąlygomis“ [22].

39. Be to, vietų vaikų darželyje suteikimas darbuotojoms moterims buvo tinkamas moterų lygių galimybių gerinimui, kadangi buvo nustatyta, jog moterys labiau linkusios atsisakyti karjeros dėl vaikų auginimo [23].

40. Tiek *Badeck*, tiek *Lommers* bylose Teismas ypač pažymėjo, jog nagrinėjamos priemonės išdava nebuvo visiškas kandidatų vyrų pašalinimas [24]. Teismas nusprendė, jog tam, kad priemonė atitiktų Direktyvos 76/207 2 straipsnio 4 dalį, ji turi tenkinti šią negatyvią sąlygą. Iš esmės *Lommers* byloje Teismas aiškiai pabrėžė, jog nagrinėjama priemonė nepašalino visiškai tarnautojų vyrų

21 — Minėto sprendimo *Lommers* 11 punktas.

22 — Minėto sprendimo *Lommers* 38 punktas.

23 — Minėto sprendimo *Lommers* 37 punktas.

24 — Minėtų sprendimų *Badeck* 53 punktas bei *Lommers* 44 ir 45 punktai.

iš jos taikymo srities [25]. Priešingu atveju pozityvioji priemonė negalėtų būti suderinama su vienodo požiūrio principu [26].

41. Matyti, jog toks suderinamumas su lygybės principu neleidžia automatiškai suteikti bet kokios pirmenybės moterims ir reikalauja, kad priemonės, kurių imamasi, būtų proporcingos, užtikrinančios pusiausvyrą tarp pozityviais veiksmais, skatinant moterų lygybę, teikiamos naudos ir kitiems asmenims tenkančių nuostolių. Šie reikalavimai yra būtini siekiant, jog esmine grupių lygybe nebūtų rūpinamasi labiau nei asmenų lygybe [27].

42. Teismas stengiasi suderinti pozityviąją diskriminaciją su bendru lygybės principu leisdamas pirmąją tik tiek, kiek ši netampa diskriminacija, pasireiškiančia pirmenybės teikimu tam tikrai grupei individualių asmenų sąskaita: siekimas vienodesnio vyrų ir moterų atstovavimo darbo jėgos struktūroje nepateisina kiekvieno asmens teisės būti nediskriminuojamam suvaržymo. Kitaip tariant, lygios galimybės dominuoja lygių rezultatų atžvilgiu. Teismas mano, jog pozityvios diskriminacijos priemonės gali būti priimtinos, tik jei jos yra skirtos užkirsti kelią diskriminacijai, kiekvienu atskiru atveju verčiant darbdavį suteikti moteriai analogišką padėtį kaip ir vyrui. Atsižvelgiant į tai, pozityviosios diskriminacijos priemonės tik atrodo diskriminuojančios. Tai paaiškina, kodėl Teismas pripažįsta priemones, kuriomis, pavyzdžiui, siekiama suderinti darbą su vaiko priežiūra, kartu teikiant pirmenybę moterims, tiek, kiek tos priemonės nėra susijusios su įdarbinimu bei gali būti išplėstos ir vyrams [28]. Tai taip pat paaiškina, kodėl Teismas pripažįsta priemones, suteikiančias pranašumų moterims įsidarbinant, jeigu tai nesuteikia pirmenybės automatiškai, bet yra tik dar vienas kriterijus, kuris turi būti darbdavio įvertintas paskirstant pareigas. Toks pozityviosios diskriminacijos leidimas tik tiek, kiek ji gali padėti išvengti galimos diskriminacijos, visgi gali prieštarauti labiau ambicingiems tikslams, kurie kartais priskiriami šioms priemonėms. Jomis dažnai siekiama pašalinti arba kompensuoti atitinkamų grupių nepakankamą atstovavimą vi-

25 — Minėto sprendimo *Lommers* 45 punktas.

26 — Minėtų sprendimų *Lommers* 39 punktas ir *EFTA priežiūros institucija prieš Norvegijos Karalystę* 43 punktas.

27 — Pirmenybės teikimo asmenų lygybei kritinės analizės klausimu žr. Freeman, S., *Social Law and Policy in an evolving European Union*, Shaw, J., (eds), 2000, p. 189; Haquet, A., *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, 2001, p. 305; Prechal, S., *Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, CMLRev., 2004, p. 533.

28 — Minėtų sprendimų *Badeck* 53 punktas bei *Lommers* 44 ir 45 punktai.

suomenėje, suteikiant joms pirmenybę patekti į tam tikrus socialinius sektorius.

43. Tačiau Teismo praktika atspindi Direktyvos 76/207 2 straipsnio 4 dalies išimtinę nuorodą į priemones, kuriomis siekiama „panaikinti egzistuojančią nelygybę", neužsimenant apie kompensavimą. Atsižvelgiant į tai, Teismas leidžia pozityviosios diskriminacijos formas tiek, kiek jos gali padėti pataisyti diskriminacinius sprendimų priėmimo mechanizmus (ypač susijusius su įdarbinimu), bet ne juos kompensuoti.

44. Šioje byloje Prancūzijos vyriausybė neįrodė, jog moterys yra nepakankamai atstovaujamos valstybės tarnyboje arba tam tikrame karjeros lygmenyje. Be to, su byla susijusio įstatymo 8 straipsnyje daromas skirtumas ne tik tarp vyrų ir moterų, bet pateikiama nuoroda ir į asmenų šeimyninę padėtį. Taip pat nėra aišku, kodėl pakartotinai neištekėjusios našlės, pakartotinai neištekėjusios išsituokusios moterys ir teismo sprendimo pagrindu skyrium gyvenančios moterys turėtų būti išskirtos iš kitų viengungių kategorijų, kuriems priemonės turėtų būti taikomos. Bet kokiu atveju Prancūzijos vyriausybė nepateikė jokių įrodymų, tinkamų šiems samprotavimams pagrįsti.

45. Be to, kaip pirmiau išdėstyta, į Direktyvos 76/207 2 straipsnio 4 dalies taikymo sritį patenkančios priemonės yra suderinamos su šia nuostata, tik jei jos yra adekvačios ir proporcingos jomis siekiamam tikslui. Šioje byloje nesant įrodymų, jog priemonė yra skirta nepakankamam moterų atstovavimui pataisyti, nėra net būtina vertinti su byla susijusio įstatymo adekvatumo ir proporcingumo jo tikslams.

46. Iš šių svarstymų išplaukia, jog su byla susijusio įstatymo 8 straipsnyje įtvirtinta diskriminacija dėl lyties negali būti pateisinta nė viena Direktyvos 76/207 2 straipsnio 1 dalies išimtimi.

47. Tokiomis aplinkybėmis vis dėlto būtina nustatyti, ar nagrinėjamas įstatymas galėtų būti leidžiamas pagal EB 141 straipsnio 4 dalį.

48. EB 141 straipsnio 4 dalyje leidžiamos priemonės, „padedančios nepakankamai atstovaujamai lyčiai verstis profesine veikla arba šalinančios ar kompensuojančios nepalankias sąlygas profesinėje veikloje“ [29]. Neatmetama, jog pozityviosios priemonės, kurios nepatenka į Direktyvos 76/207 taikymo sritį, galėtų būti leidžiamos pagal šias nuostatas [30]. Kaip aš jau pabrėžiau, galėtų būti tvirtinama, kad yra skirtumas tarp priemonių, kuriomis siekiama sumažinti skirtumus, ir priemonių, kuriomis siekiama kompensuoti buvusius ar esamus socialinės grupės patiriamus skirtumus. Negali būti atmesta, jog EB 141 straipsnio 4 dalies nuoroda į kompensavimo tikslą yra skirta valstybėms narėms suteikti platesnę veiksmų laisvę priimant pozityviosios diskriminacijos priemones. Tačiau toks aiškinimas visada turi tilpti į bendro lygybės principo leidžiamas ribas. Teismo nėra klausiama, ar tam tikros pozityviosios diskriminacijos priemonės skatins ar ne teisingesnės ir labiau pagrįstos lygybe visuomenės kūrimą, bet klausiama, ar tokios pozityviosios diskriminacijos priemonės, priimtos įstatymo leidėjo, gali būti suderintos su bendru lygybės ir nediskriminacijos principu [31].

49. Atsižvelgiant į tai, EB 141 straipsnio 4 dalies nuoroda į kompensavimą gali būti suprantama kaip reiškianti arba tai, jog būtinybė kompensuoti buvusius ar esamus socialinius skirtumus gali pateisinti privalumų teikimą toms grupėms priklausantiems asmenims pernelyg atstovaujamų grupių narių diskriminavimo sąskaita arba tai, jog kompensacinio pobūdžio priemonių priėmimas yra būtinas, kadangi paplitusių visuomenės normų nediskriminacinis taikymas yra struktūriškai šališkas pernelyg atstovaujamų grupių narių naudai [32]. Pirmasis supratimas asmenų teisę būti nediskriminuojamiems pateikia kaip antraeilę grupių lygybės, kuri yra pateisinama siekiant kompensuoti nepakankamai atstovaujamų grupių nariams

29 — Žodis „kompensuoti“ buvo įvestas Amsterdamo sutartyje.

30 — Kaip buvo Teismo pripažinta minėtame sprendime *Abrahamsson*, 54 punktas.

31 — Vertindamas nacionalinių įstatymų leidėjų pasirinkimus, Teismas turėtų atsižvelgti į tai, jog leidimas pasirinkti įvairią nacionalinę politiką srityse, kuriose yra daug abejonių ir diskusijų dėl pozityviosios diskriminacijos priemonių tikslių rezultatų ir naudos, skirtingoms valstybės narėms galėtų suteikti tam tikras galimybes eksperimentuoti ir mokytis. Turi būti atsižvelgiama ir į kitą veiksnį, būtent, ar tais atvejais, kai yra priimtos pozityviosios diskriminacijos priemonės, pernelyg atstovaujamos grupės nariai yra pakankamai atstovaujami ir pakankamai reiškia savo nuomonę politiniame procese.

32 — Tai kritikos, nukreiptos prieš formalią lygybę, kuri, kaip sakoma, sustiprina visuomenėje egzistuojančią diskriminaciją, esmė.

už praeityje patirtą diskriminaciją, siekio atžvilgiu. Toks supratimas nėra suderinamas su lygioms galimybėms Teismo suteiktu prioritetu ir jo tradiciniu vienodo požiūrio bendro principo aiškinimu.

50. Tačiau antrasis supratimas gali būti paprasčiau suderintas su vienodo požiūrio principu, kaip jis yra aiškinamas ir taikomas Teismo. Pagal šį požiūrį lygūs rezultatai nėra tikslas. Pozityviosios diskriminacijos tikslai taip pat nebūtinai pateisina individualių asmenų diskriminaciją. Manoma, jog priemonės, kurios dažnai susijusios su esmine lygybe ir kompensuoja nepakankamą tam tikrų grupių atstovavimą (pavyzdžiui, kvotos, automatiškai teikiama pirmenybė) yra vienintelės, kuriomis per ilgą laiką gali būti efektyviai pasiektos lygios galimybės. Todėl priemonės, suteikiančios pirmenybę tam tikrų grupių nariams, nėra suprantamos kaip grupių arba rezultatų lygybei pasiekti skirti būdai, bet kaip įrankis sudaryti efektyvias lygias galimybes. Šio tipo kompensacinių priemonių tikslu tampa lygių galimybių atstatymas pašalinant diskriminacijos pasekmes ir skatinant ilgalaikį lygių galimybių maksimizavimą [33]. Šiuo atveju kompensavimas yra nukreiptas į galimybių, visuomenės suteiktų skirtingų grupių nariams, pusiausvyros atkūrimą.

51. Grindžiant pozityviosios diskriminacijos kompensacinių priemonių leistinumą lygiomis galimybėmis, o ne lygiais rezultatais, asmenų lygybė ir toliau vyrautų prieš grupių lygybę, bet tai savo ruožtu nustatytų kompensacinės pozityviosios diskriminacijos formoms tam tikras ribas ir sąlygas, kurios galėtų būti priimtinos pagal EB 141 straipsnio 4 dalį. Tokių pozityviosios diskriminacijos formų priimtinumas būtų, pavyzdžiui, glaudžiai susijęs su jų pereinamuoju pobūdžiu [34]. Kitaip tokios pozityviosios diskriminacijos formos ilgainiui gali sukurti įgytas

33 — Šiuo atžvilgiu gali būti pateiktos dvi pagrindinės priežastys. Pirma, pozityvioji diskriminacija yra suprantama kaip paprasčiausiai gerinanti diskriminacijos aukų perspektyvas lyginant su padėtimi, kurioje jie būtų nesant tokios diskriminacijos. Antra, pozityvioji diskriminacija laikoma vienintele efektyvia priemone tinkamai skatinant nepakankamai atstovaujamas grupes investuoti į žmogiškąjį kapitalą (praplaudžiant diskriminacijos ratą) ir reaguojant į rinkos funkcionavimo trūkumus (socialinės monopolijos ir išlaidos informacijai), kurie, sustiprindami esamą visuomenėje diskriminaciją, trukdo išrinkti geriausius asmenis. Pastebėtina, jog priežastinis ryšys tarp šių priežasčių ir pozityviosios diskriminacijos pasekmių yra dažnai ginčijamas ir yra daugelio alternatyvių strategijų objektas. Tačiau Teismas neturėtų vertinti šių veiklos krypčių privalumų, o tik tai, ar ir kokia apimtimi jos gali būti laikomos atitinkančiomis vienodo požiūrio principą.

34 — Tai galėtų būti užtikrinta nustatant galiojimą laike arba pareigą periodiškai peržiūrėti teisės aktus.

teises, išliekančias net ir išnykus pirminėms tokias formas pateisinančioms sąlygoms. Dėl to ilgalaikių efektyvių lygių galimybių kūrimo tikslas nepasiteisintų. Kitos sąlygos gali būti susijusios su naštos, nustatytos asmenims, priklausantiems pernelyg atstovaujamai grupei, prigimtimi ir apimtimi, tikimybe, jog nepakankamai atstovaujamos grupės narių pagerėjusios perspektyvos gali padėti pasiekti realias lygias galimybes, ir su reikalavimu įrodyti nepakankamą atstovavimą ne tik apskritai, bet ir konkrečiuose sektoriuose ar institucijose, nelygu pozityviosios diskriminacijos formos.

52. Šioje byloje, nesant įrodymų dėl įstatymo siekiamo tikslo, tokia nuostata kaip įtvirtintoji su byla susijusio įstatymo 8 straipsnyje negali būti pateisinama pagal EB 141 straipsnio 4 dalį, todėl nėra būtina nustatyti, ar tokios sąlygos yra patenkintos.

III — Išvada

53. Taigi, mano nuomone, į nacionalinio teismo pateiktą klausimą turėtų būti atsakyta taip:

„1976 m. vasario 9 d. Tarybos direktyva 76/207/EEB dėl vienodo požiūrio į vyrus ir moteris principo taikymo įsidarbinimo, profesinio mokymo, pareigų paaukštinimo ir darbo sąlygų atžvilgiu ir EB 141 straipsnio 4 dalis užkerta kelią nacionalinės teisės nuostatoms, šiuo atveju Prancūzijos įstatymo Nr. 75-3 8 straipsniui su pataisomis, ta apimtimi, kuria jose įtvirtinama pakartotinai nesusituokusių našlių vyrų diskriminacija tokių pat našlių moterų atžvilgiu, nustatant amžiaus ribą jiems įsidarbinant viešajame sektoriuje, neturint tikslo pašalinti esamą nelygybę arba ją kompensuoti."