OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
L. M. POIARESA MADURA
przedstawiona w dniu 29 czerwca 2004 r. [1]

1. Pytanie prejudycjalne tribunal administratif de Paris [sądu administracyjnego w Paryżu (Francja)] ma na celu ustalenie, czy przepisy dyrektywy Rady 76/207/EWG z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy [2] stoją na przeszkodzie utrzymaniu w mocy przepisu art. 8 francuskiej ustawy nr 75-3 z dnia 3 stycznia 1975 r. [3], zmienionej ustawą nr 79-569 z dnia 7 lipca 1979 r. [4], a następnie ustawą 2001-397 z dnia 9 maja 2001 r. [5] (zwanego dalej „spornym przepisem"), w zakresie, w jakim zastrzega on na rzecz wdów, które nie zawarły ponownie związku małżeńskiego, dobrodziejstwo niemożności powołania się wobec nich na granice wieku w dostępie do stanowisk w administracji publicznej.

I — Stan faktyczny, ramy prawne i pytanie skierowane do Trybunału

2. W okresie kiedy miały miejsce wydarzenia leżące u podstaw sporu, S. Briheche był 48-letnim wdowcem, który nie zawarł ponownie związku małżeńskiego, mającym na utrzymaniu 12-letnie dziecko. Zgłosił się on jako kandydat w czterech postępowaniach konkursowych na stanowiska w różnych działach administracji publicznej, w których górna granica wieku dla kandydatów ustalona została na 45 lat. Jego kandydatura w każdym z postępowań konkursowych została odrzucona z powodu wieku wyższego niż regulaminowy limit wiekowy.

3. W dniu 30 stycznia 2002 r. directeur du service inter-académique des examens et concours des académies de Créteil, de Paris et de Versailles (dyrektor urzędu do spraw egzaminów i postępowań konkursowych dla regionalnych władz oświatowych Créteil, Paryża i Wersalu) odrzucił jego kandydaturę w otwartym konkursie organizowanym w celu rekrutacji asystentów do pracy w administracji centralnej. W dniu 5 lutego

1 — Język oryginału: portugalski.

2 — Dz.U. L 39, str. 40. Należy odnotować, że dyrektywa 76/207 została zastąpiona przez dyrektywę 2002/73/WE Parlamentu i Rady z dnia 23 września 2002 r. (Dz.U. L 269, str. 15). Nowe przepisy nie mają zastosowania do niniejszej sprawy, gdyż termin do ich transpozycji w Państwach Członkowskich upływa w dniu 5 października 2005 r.

3 — *Journal Officiel de la République Française* (JORF) z dnia 4 stycznia 1975 r., str. 198.

4 — *JORF* z dnia 8 lipca 1979 r., str. 1666.

5 — *JORF* z dnia 10 maja 2001 r., str. 7320.

2002 r. dyrektor ten odrzucił kandydaturę S. Briheche'a we wspólnym, otwartym postępowaniu konkursowym na stanowiska sekretarza w administracji centralnej oraz sekretarza w administracji szkolnej i uniwersyteckiej. W dniu 27 lutego 2002 r. ministre de l'Éducation nationale (minister edukacji narodowej) oddalił odwołanie wniesione przez S. Briheche'a od powyższych decyzji.

4. Decyzjami z dnia 28 stycznia i 8 marca 2002 r. ministre de l'Intérieur (minister spraw wewnętrznych) odrzucił kandydaturę S. Briheche'a w otwartym konkursie przeprowadzanym w celu rekrutacji asystentów do pracy w administracji centralnej.

5. Decyzją z dnia 28 lutego 2002 r. ministre de la Justice (minister sprawiedliwości) odrzucił kandydaturę S. Briheche'a w otwartym konkursie organizowanym w celu rekrutacji asystentów do lokalnych jednostek administracji więziennej.

6. W trzech odrębnych skargach wniesionych do tribunal administratif de Paris S. Briheche żądał uchylenia ww. decyzji i odszkodowania za szkody nimi spowodowane [6].

7. W zależności od rodzaju postępowania konkursowego podstawą prawną ustanowienia wobec kandydatów górnej granicy wieku na 45 lat jest albo art. 5 dekretu nr 90-713 z dnia 1 sierpnia 1990 r. w sprawie wspólnych przepisów regulaminowych mających zastosowanie do asystentów w administracji państwowej [7], albo art. 1 dekretu nr 75-765 z dnia 14 sierpnia 1975 r. dotyczący granicy wieku mającej zastosowanie do rekrutacji w drodze konkursu urzędników kategorii B, C i D [8].

8. Sporny przepis wprowadza odstępstwo, zgodnie z którym „nie można stosować granic wieku w dostępie do stanowisk publicznych do zmuszonych do pracy: matek z trojgiem lub większą liczbą dzieci, wdów, które nie zawarły ponownie związku małżeńskiego, rozwiedzionych kobiet, które nie zawarły ponownie związku małżeńskiego, kobiet pozostających w separacji na mocy orzeczenia sądowego lub niepozostających w związku małżeńskim kobiet lub mężczyzn mających co najmniej jedno dziecko na utrzymaniu".

9. Artykuł 2 ust. 1 dyrektywy 76/207 zabrania dyskryminacji „ze względu na płeć, tak bezpośredniej, jak i pośredniej, w szczególności przez odniesienie się do stanu cywilnego lub rodzinnego". Ta zasada ma szeroki zakres przedmiotowy zastosowania, który został określony w art. 3 ust. 1 powyższej dyrektywy: „stosowanie zasady równego traktowania oznacza brak dyskryminacji ze względu na płeć w zakresie

6 — Skargi zostały wpisane do rejestru odpowiednio w dniach 28 i 29 marca oraz 19 kwietnia 2002 r. pod numerami 0204512/5, 0204571/5 i 0205683/5.

7 — *JORF* z dnia 11 sierpnia 1990 r., str. 9795. Akapit pierwszy tego artykułu stanowi: „W konkursie otwartym mogą wziąć udział kandydaci, którzy w dniu 1 stycznia roku, w którym odbywa się postępowanie konkursowe, nie ukończyli 45. roku życia".

8 — *JORF* z dnia 19 sierpnia 1975 r. Artykuł ten stanowi: „granicę wieku [...] określa się na 45 lat, o ile przepisy szczególne nie przewidują wyższej granicy wiekowej".

warunków, włączając w to kryteria selekcji, dostępu do wszystkich prac lub stanowisk, niezależnie od sektora czy gałęzi działalności, i do wszystkich poziomów hierarchii zawodowej".

10. Zdaniem stron w niniejszej sprawie zastosowanie mogą mieć inne przepisy dyrektywy 76/207. S. Briheche w swych uwagach przedstawionych na piśmie zarówno sądowi krajowemu, jak i Trybunałowi, powołuje się na art. 2 ust. 2, który stanowi, że: „niniejsza dyrektywa nie narusza prawa Państw Członkowskich do wyłączenia z zakresu jej stosowania dziedzin działalności zawodowej i, w odpowiednim przypadku, typu kształcenia prowadzącego do ich wykonywania, jeśli ze względu na charakter lub warunki ich wykonywania płeć pracownika stanowi czynnik rozstrzygający".

11. Rząd francuski powołuje się na art. 2 ust. 3 dyrektywy 76/207, który stanowi, że „niniejsza dyrektywa nie narusza przepisów dotyczących ochrony kobiet, zwłaszcza jeśli chodzi o ciążę i macierzyństwo".

12. Zdaniem Komisji, aby udzielić odpowiedzi na pytanie zadane przez sąd krajowy, należy przede wszystkim dokonać wykładni art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207, zgodnie z którym „niniejsza dyrektywa nie narusza środków mających na celu promowanie równości szans dla kobiet i mężczyzn, w szczególności poprzez usuwanie istniejących nierówności, które wpływają na szanse kobiet w dziedzinach określonych w art. 1 ust. 1".

13. W tych okolicznościach sąd krajowy postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy przepisy dyrektywy 76/207/EWG z dnia 9 lutego 1976 r. stoją na przeszkodzie temu, by Francja utrzymała w mocy art. 8 ustawy nr 75-3 z dnia 3 stycznia 1975 r., zmieniony ustawą nr 79-569 z dnia 7 lipca 1979 r., a następnie ustawą 2001-397 z dnia 9 maja 2001 r., dotyczący wdów, które nie zawarły ponownie związku małżeńskiego?".

II — Ocena

14. Na początku zajmę się kwestią zastosowania dyrektywy 76/207 do ustaw omawianych w niniejszej sprawie, a następnie rozpatrzę, czy te ustawy są uzasadnione w świetle wyjątków od zasady równego traktowania.

A — *Zastosowanie dyrektywy 76/207 oraz istnienie dyskryminacji ze względu na płeć*

15. Sporny przepis reguluje dostęp do zatrudnienia w sektorze publicznym w zakresie, w jakim zastrzega dobrodziejstwo niemożności powołania się wobec określonych kategorii osób na granice wieku obowiązujące w stosunku do kandydatów zgłaszających się do udziału w postępowaniach konkursowych. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dyrektywa 76/207 ma zastosowanie do zatrudnienia w sektorze publicznym [9]. Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 76/207 wyraźnie odnosi się do dostępu do zatrudnienia. Sporny przepis wchodzi zatem w zakres przedmiotowy zastosowania dyrektywy 76/207, który jest określony w art. 3 ust. 1.

16. Nie budzi wątpliwości fakt, że sporny przepis tworzy warunki bezpośredniej dyskryminacji pomiędzy wdowami a wdowcami, którzy nie zawarli ponownie związku małżeńskiego. Podczas gdy wdowy, które przekroczyły granicę wieku 45 lat, mogą uczestniczyć w postępowaniach konkursowych na stanowiska w administracji publicznej, prawo to nie przysługuje wdowcom. Jednoznacznie stanowi to dyskryminację ze względu na płeć w warunkach dostępu do stanowisk w administracji [10].

17. Co więcej, w uwagach przedstawionych na piśmie Trybunałowi S. Briheche powołuje się na dalsze przejawy dyskryminacji, twierdząc, że sporny przepis niesłusznie wprowadza dyskryminację pomiędzy wdowcami, którzy nie zawarli ponownie związku małżeńskiego i mają dziecko na utrzymaniu, a niepozostającymi w związku małżeńskim mężczyznami lub kobietami mającymi dziecko na utrzymaniu, skoro granica wieku 45 lat nie dotyczy jedynie tej ostatniej kategorii osób. Dodatkowo warunki dostępu do postępowań konkursowych w administracji są różne dla rodziców mających na utrzymaniu dziecko w zależności od ich stanu cywilnego. Wyłącznie bowiem samotni rodzice, wdowy, które nie zawarły ponownie związku małżeńskiego, rozwiedzione kobiety oraz kobiety pozostające w separacji na mocy orzeczenia sądowego, mające na utrzymaniu dziecko, mogą uczestniczyć w postępowaniach konkursowych, gdy przekroczyli próg 45 lat.

18. Sąd krajowy ograniczył zakres pytania do sytuacji wdowców, którzy nie zawarli ponownie związku małżeńskiego, w porównaniu do sytuacji wdów, które nie zawarły ponownie związku małżeńskiego. W tym względzie trzeba przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wyłącznie do sądu krajowego, przed którym toczy się spór i który musi przyjąć odpowiedzialność za następnie wydane orzeczenie, należy ocena, z uwzględnieniem szczególnych okoliczności sprawy, zarówno potrzeby uzyskania orzeczenia w trybie prejudycjalnym w celu wydania wyroku, jak i adekwatności pytania skierowanego do Trybunału [11]. Zatem zakres

9 — Wyroki z dnia 26 października 1999 r. w sprawie C-273/97 Sirdar, Rec. str. I-7403, pkt 18, z dnia 11 stycznia 2000 r. w sprawie C-285/98 Kreil, Rec. str. I-69, pkt 18, oraz z dnia 19 marca 2002 r. w sprawie C-476/99 Lommers, Rec. str. I-2891, pkt 25.

10 — Nawet jeśli pierwotnym założeniem dyrektywy 76/207 była likwidacja dyskryminacji kobiet, nie ma wątpliwości, że także mężczyźni mogą domagać się zniesienia dyskryminacji wobec nich, za każdym razem gdy znajdują się w sytuacji mniej korzystnej w porównaniu do kobiet.

11 — Zobacz w szczególności wyroki z dnia 15 czerwca 2000 r. w sprawie C-302/98 Sehrer, Rec. str. I-4585, pkt 20, z dnia 20 marca 2001 r. w sprawie C-33/99 Fahmi i Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado, Rec. str. I-2415, pkt 28, oraz z dnia 8 maja 2003 r. w sprawie C-111/01 Gantner Electronic, Rec. str. I-4207, pkt 34 i 38.

analizy może ograniczać się do pytania dotyczącego dyskryminacji pomiędzy wdowami a wdowcami, którzy nie zawarli ponownie związku małżeńskiego.

19. Niemniej jednak można w tym miejscu stwierdzić, że sporny przepis zawiera inne podobne przykłady dyskryminacji ze względu na płeć. Matki z trojgiem lub większą liczbą dzieci, rozwiedzione kobiety, które nie zawarły ponownie związku małżeńskiego oraz kobiety pozostające w separacji na mocy orzeczenia sądowego mające dziecko na utrzymaniu korzystają z dobrodziejstwa niemożności powoływania się wobec nich na granicę wieku 45 lat w dostępie do stanowisk w administracji, podczas gdy mężczyźni znajdujący się w tej samej sytuacji (ojcowie z trojgiem lub większą liczbą dzieci, rozwiedzeni mężczyźni, którzy nie zawarli ponownie związku małżeńskiego i mężczyźni pozostający w separacji na mocy orzeczenia sądowego mający dziecko na utrzymaniu) nie korzystają z powyższego dobrodziejstwa.

20. Poprzez umożliwienie wdowom, które nie zawarły ponownie związku małżeńskiego, uczestniczenia w postępowaniach konkursowych organizowanych w celu rekrutacji urzędników, bez względu na ich wiek, a uniemożliwienie tego wdowcom, którzy nie zawarli ponownie związku małżeńskiego, sporny przepis wprowadza dyskryminację ze względu na płeć w warunkach dostępu do stanowisk w administracji publicznej, naruszając tym samym art. 2 ust. 1 oraz art. 3 ust. 1 dyrektywy 76/207.

21. Należy rozważyć, czy taka dyskryminacja może być uzasadniona.

22. W przedstawionych Trybunałowi uwagach na piśmie rząd francuski wskazał, że w celu zlikwidowania wspomnianej powyżej dyskryminacji została podjęta reforma warunków dostępu do postępowań konkursowych na stanowiska w administracji.

B — *Możliwe wyjątki od zasady równego traktowania*

23. Dyrektywa 76/207 przewiduje trzy wyjątki od zasady równego traktowania: kiedy płeć pracownika stanowi czynnik rozstrzygający (art. 2 ust. 2), kiedy kobieta wymaga ochrony ze względu na ciążę i macierzyństwo (art. 2 ust. 3) oraz gdy podejmowane są środki mające na celu promowanie równości szans (art. 2 ust. 4). Jak zostanie wykazane, biorąc pod uwagę aktualne orzecznictwo Trybunału, żaden z wymienionych wyjątków nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

24. S. Briheche powołał się na art. 2 ust. 2 dyrektywy 76/207 na poparcie swojego twierdzenia, że zastrzeżenie na rzecz kobiet stanowisk w administracji, o które się ubiegał, jest nieuzasadnione. Jednakże powoływanie się na ten wyjątek od zasady równego traktowania nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy. Republika Francuska nie twierdziła, że ten wyjątek ma zastosowanie. Organizowane przez państwo konkursy na

stanowiska w administracji publicznej nie są bowiem zastrzeżone jedynie dla kobiet, gdyż uczestniczyć w nich mogą zarówno kobiety, jak i mężczyźni. Dyskryminacja ma swoje źródło w odstępstwach od granicy wieku 45 lat przewidzianych w spornym przepisie.

25. Kolejny możliwy wyjątek od zasady równego traktowania został określony w art. 2 ust. 3 dyrektywy 76/207, a jego celem jest ochrona kobiet, w szczególności w okresie ciąży i macierzyństwa. Jednakże rząd francuski wydaje się opierać w sposób dorozumiany na powyższym wyjątku, gdy podnosi, że sporne uregulowania zostały przyjęte w celu ograniczenia nierówności pomiędzy kobietami a mężczyznami. W tym celu powołuje się na badania, z których wynika, że to na kobietach spoczywa większość prac domowych, zwłaszcza gdy w rodzinie są dzieci. Powołuje również dane statystyczne z lipca 2003 r., zgodnie z którymi 10,8 % kobiet, w porównaniu do 8,7 % mężczyzn, pozostaje bezrobotnymi. Należy stwierdzić, że te dane statystyczne nie uzasadniają stosowania art. 2 ust. 3 dyrektywy 76/207. Jednakże mogą one uzasadniać środki podejmowane stosownie do art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207.

26. W tym względzie, i co przyznane zostało przez sam rząd francuski, z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, iż na wyjątki z art. 2 ust. 3 dyrektywy 76/207 można powoływać się wyłącznie w celu ochrony „biologicznego stanu kobiety w ciąży i w okresie późniejszym, aż do czasu odzyskania przez nią równowagi fizjologicznej i psychicznej po porodzie" [12]. Stąd powyższy wyjątek nie ma zastosowania do niniejszej sprawy.

27. Wreszcie art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207 mógłby mieć zastosowanie, gdyby uznać, że sporny przepis ma na celu promowanie „równości szans dla kobiet i mężczyzn, w szczególności poprzez usuwanie istniejących nierówności, które wpływają na szanse kobiet".

28. Jak orzekł Trybunał, celem tego przepisu było zezwolenie na środki, „które choć z pozoru dyskryminujące, w rzeczywistości zmierzają do wyeliminowania lub ograniczenia faktycznych nierówności, mogących istnieć w życiu społecznym. Usankcjonował on środki krajowe w dziedzinie dostępu do pracy, w tym awansu zawodowego, które — przyznając w sposób szczególny uprzywilejowaną pozycję kobietom — mają na celu polepszenie ich zdolności do konkurowania na rynku pracy oraz robienia kariery na równi z mężczyznami" [13].

12 — Wyroki: z dnia 12 lipca 1984 r. w sprawie 184/83 Hofmann, Rec. str. 3047, oraz z dnia 30 czerwca 1998 r. w sprawie C-394/96 Brown, Rec. str. I-4185. Zobacz także, analogicznie, mimo że analiza przeprowadzona została w odniesieniu do art. 141 WE, wyrok z dnia 29 listopada 2001 r. w sprawie C-366/99 Griesmar, Rec. str. I-9383, pkt 43 i 44.

13 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Lommers, pkt 32. Zobacz także wyroki z dnia 17 października 1995 r. w sprawie C-450/93 Kalanke, Rec. str. I-3051, pkt 18 i 19, z dnia 11 listopada 1997 r. w sprawie C-409/95 Marschall, Rec. str. I-6363, pkt 26 i 27, oraz z dnia 28 marca 2000 r. w sprawie C-158/97 Badeck i in., Rec. str. I-1875, pkt 19.

29. Podczas gdy ogólne sformułowanie tego celu może wywoływać wrażenie, że dotyczy on środków mających na celu doprowadzenie do rzeczywistej równości między kobietami a mężczyznami na rynku pracy, Trybunał interpretuje przepis art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207 w sposób restrykcyjny, odnosząc się do „ograniczonej koncepcji równości szans" [14].

30. Można wyróżnić trzy kategorie podejmowanych działań [15]. Pierwsza kategoria zawiera środki, które nie są z natury bezpośrednio dyskryminujące, ale po prostu mają na celu polepszanie warunków szkolenia i zdobywania kwalifikacji przez kobiety (na przykład przydział miejsc szkoleniowych dla kobiet). U podstaw tej koncepcji leży założenie, że równość szans wymaga wprowadzenia środków umożliwiających wykazanie indywidualnych zdolności kobiet. Druga kategoria obejmuje działania, których celem jest umożliwienie kobietom lepszego godzenia roli rodzica z ich aktywnością zawodową (takich jak stworzenie przez pracodawcę możliwości korzystania przez kobiety z miejsc przeznaczonych do opieki nad dziećmi). Mężczyźni również mogą korzystać z tej kategorii środków stworzonych dla rodziców, bez rozróżnienia na płeć. Trzecia kategoria zawiera działania, których celem jest również osiągnięcie równości pomiędzy kobietami a mężczyznami na rynku pracy, ale będące z natury dyskryminującymi poprzez to, że stawiają kobiety w uprzywilejowanej sytuacji w celu likwidacji ich niedostatecznej reprezentacji w życiu zawodowym. Kategoria ta obejmuje działania mające bezpośredni wpływ na poziom zatrudnienia poprzez preferowanie kobiet w postępowaniach rekrutacyjnych lub dążenie do osiągnięcia założonych celów lub parytetów. Przedmiotem dotychczasowego orzecznictwa Trybunału były głównie działania należące do trzeciej kategorii, czyli środki potencjalnie dyskryminujące mężczyzn. W sprawach Badeck i in. oraz Lommers Trybunał musiał orzec, czy i na jakich warunkach środki należące odpowiednio do pierwszej i drugiej kategorii były zgodne z art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207. Wszystkie kategorie podejmowanych działań muszą spełnić trzy warunki kumulatywne.

31. Aby zachować zgodność z art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207, środek krajowy musi mieć na celu naprawę istniejącej sytuacji charakteryzującej się brakiem równowagi pomiędzy kobietami a mężczyznami. Aby podejmowany środek był zgodny z art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207, musi w pierwszej kolejności zostać wykazane, że kobiety są niedostatecznie reprezentowane w określonych sektorach lub na określonych szczeblach hierarchii zawodowej. Wtedy działanie jest ukierunkowane na usuwanie nierówności istniejących w danym sektorze lub na szczeblu hierarchii zawodowej. Można sobie również wyobrazić stosowanie takiego środka w sektorze publicznym, na przykład w celu zaradzenia trudnościom, jakie napotykają starsze kobiety w sektorze prywatnym. Jednakże takie działanie należące do drugiej kategorii nie miałoby na celu usuwania przejawów dyskryminacji, ale kompensowa-

14 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Lommers, pkt 33.

15 — Podobne rozróżnienie zostało dokonane przez rzecznika generalnego Tesaura w jego opinii w ww. sprawie Kalanke, pkt 9.

łoby jej istnienie. W każdym razie wobec braku dowodów żadne działania ukierunkowane w sposób bezpośredni lub pośredni na poprawę sytuacji nie mogą być uzasadnione w świetle art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207.

32. W dalszej kolejności Trybunał zweryfikuje prawdopodobieństwo, że podjęte działanie może zaradzić konkretnej sytuacji. Taka kontrola adekwatności środka będzie jednakże zbyteczna w odniesieniu do środków trzeciej kategorii, ponieważ wyraźnie przewidują one rezultaty, które mają osiągnąć.

33. Wreszcie kwestią rozstrzygającą o zasadności podjęcia, w świetle przepisu art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207, określonego środka musi być jego możliwie największa zgodność z zasadą równego traktowania. Biorąc pod uwagę fakt, że wydaje się to wykluczać stosowanie działań, które przewidują automatyczne lub bezwarunkowe preferencje dla kobiet, konieczna jest analiza proporcjonalności podjętego działania. Taka analiza proporcjonalności będzie miała odmienne konsekwencje w zależności od rodzaju badanego środka i jego możliwej zgodności z zasadą równego traktowania.

34. W sprawach Kalanke, Marschall oraz Badeck i in. Trybunał musiał poddać ocenie uregulowania krajowe ustanawiające preferencje dla kobiet jako kandydatek posiadających kwalifikacje równe kwalifikacjom ich konkurentów płci męskiej. W wyroku w sprawie Badeck i in. Trybunał uznał „działania zmierzające do traktowania w sposób uprzywilejowany kandydatów płci żeńskiej w sektorach służby cywilnej, w których stwierdzono ich niedostateczną reprezentację, za zgodne z prawem wspólnotowym, w przypadku gdy nie przyznają w sposób automatyczny i bezwarunkowy pierwszeństwa kandydatom płci żeńskiej mającym takie same kwalifikacje jak ich konkurenci płci męskiej a kandydatury poddawane są obiektywnej ocenie uwzględniającej szczególną sytuację osobistą wszystkich kandydatów" [16].

35. W wyroku w sprawie Abrahamsson i Anderson [17] będące przedmiotem analizy dokonywanej przez Trybunał przepisy krajowe w sposób automatyczny preferowały kandydatury kobiet, o ile posiadane przez nie kwalifikacje były wystarczające, pod warunkiem że różnica pomiędzy zaletami kandydatów obu płci nie była na tyle duża, żeby skutkować naruszeniem wymogów obiektywizmu przy zatrudnieniu. Trybunał uznał, że takie działanie jest sprzeczne z art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207, ponieważ procedura selekcji „ostatecznie opierała się jedynie na fakcie przynależności do niedostatecznie reprezentowanej płci" [18]. Niemniej jednak Trybunał stwierdził, że procedura selekcji mogła zawierać kryteria stawiające kobiety w uprzywilejowanej sytuacji, o ile kryteria te

16 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Badeck i in., pkt 23. Zobacz także wyrok Trybunału EFTA w sprawie E-1/02 Urząd Nadzoru EFTA przeciwko Królestwu Norwegii (EFTA Court Report 1 z 2003 r., pkt 15).

17 — Wyrok z dnia 6 lipca 2000 r. w sprawie C-407/98, Rec. str. I-5539.

18 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Abrahamsson i Anderson, pkt 53.

były „przejrzyste oraz zapobiegały arbitralnej ocenie kwalifikacji kandydatów" [19].

36. Zgodnie z tym orzecznictwem Trybunał EFTA w wyroku w sprawie E-1/02 Urząd Nadzoru EFTA przeciwko Królestwu Norwegii [20] orzekł, że stałe lub tymczasowe przeznaczenie stanowisk akademickich dla kobiet było sprzeczne z zasadą równego traktowania i nie mogło być uznane za objęte zakresem wyjątku określonego w art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207, gdyż nie pociągało za sobą koniecznej elastyczności i nie przewidywało żadnej oceny kwalifikacji kandydatów, ale automatycznie wyłączało kandydatów płci męskiej z możliwości ubiegania się o powyższe stanowiska.

37. Niemniej należy zauważyć, że środki rozpatrywane w sprawach Kalanke, Marschall oraz Abrahamsson i Anderson zaliczały się do trzeciej kategorii, zdefiniowanej powyżej w pkt 30 (działania, które stwarzają preferencje dla kobiet w dostępie do zatrudnienia lub dążą do osiągnięcia założonych celów lub parytetów). Działania należące do innych kategorii podlegają tym samym kryteriom oceny, aczkolwiek ostatni warunek — proporcjonalności — może narzucać inne wymogi, ponieważ działania te nie prowadzą w sposób bezpośredni do dyskryminacji w dostępie do zatrudnienia.

19 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Abrahamsson i Anderson, pkt 49.

20 — Powołany powyżej.

38. Przedmiotem sprawy Lommers była kwestia przeznaczenia miejsc służących opiece nad dziećmi wyłącznie dla pracowników płci żeńskiej niderlandzkiego ministerstwa rolnictwa, ochrony środowiska i rybołówstwa, „z zastrzeżeniem nagłych przypadków, których ocena należała do dyrektora" [21]. Trybunał podkreślił, że rozpatrywany środek nie zastrzegał na rzecz kobiet stanowisk pracy, a tylko „korzystanie z określonych warunków pracy" [22].

39. Co więcej, przeznaczanie dla pracowników płci żeńskiej miejsc służących opiece nad dziećmi w większej mierze podyktowane było zapewnieniem równych szans dla kobiet, jako że — jak ustalono — kobiety są bardziej skłonne niż mężczyźni do rezygnowania ze swoich karier zawodowych na rzecz wychowywania dziecka [23].

40. Zarówno w wyroku w sprawie Badeck i in., jak i w wyroku w sprawie Lommers Trybunał podniósł w szczególności, iż działania, których dotyczyła sprawa, nie oznaczały całkowitego wyłączenia kandydatów płci męskiej [24]. Trybunał uznał, że działanie, aby było zgodne z art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207, musi spełnić tę negatywną przesłankę. W istocie w wyroku w sprawie Lommers Trybunał w sposób wyraźny stwierdził, że omawiany środek nie prowadził do całkowitego wykluczenia urzędników płci

21 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Lommers, pkt 11.

22 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Lommers, pkt 38.

23 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Lommers, pkt 37.

24 — Wyżej wymienione wyroki w sprawie Badeck i in., pkt 53, i w sprawie Lommers, pkt 44 i 45.

męskiej ze swego zakresu [25]. W innym wypadku podjęty środek nie mógł zostać uznany za zgodny z zasadą równego traktowania [26].

41. Wydaje się, że taka zgodność z zasadą równości wyklucza jakikolwiek rodzaj automatycznego stawiania kobiet w uprzywilejowanej sytuacji i zarazem wymaga, by podejmowane działania zachowywały proporcję pomiędzy korzyściami wynikającymi z promowania równości kobiet a kosztami, jakie muszą ponosić inne osoby. Powyższe wymogi wydają się być niezbędne w celu uniknięcia sytuacji, kiedy troska o materialną równość między grupami przeważa nad równością pomiędzy poszczególnymi osobami [27].

42. Trybunał podejmuje próbę godzenia zjawiska pozytywnej dyskryminacji z ogólną zasadą równości poprzez usankcjonowanie jej istnienia w zakresie, w jakim nie polega ona na stawianiu w uprzywilejowanej sytuacji pewnej grupy kosztem innych określonych osób: dążenie do zapewnienia równej reprezentacji kobiet i mężczyzn w środowisku pracy nie uzasadnia pozbawienia prawa jakiejkolwiek jednostki do bycia niedyskryminowanym. Innymi słowy, równość szans góruje nad zasadą równości rezultatów. Trybunał zakłada, że działania podejmowane w ramach pozytywnej dyskryminacji mogą być dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy są ukierunkowane na zapobieganie dyskryminacji w każdej indywidualnej sprawie poprzez zmuszanie pracodawcy do zapewniania kobietom pozycji analogicznej do pozycji mężczyzn. W tym ujęciu działania podejmowane w ramach pozytywnej dyskryminacji są tylko pozornie dyskryminujące. To tłumaczy, dlaczego na przykład Trybunał akceptuje działania, których celem jest umożliwienie godzenia pracy zawodowej z opieką nad dzieckiem, skutkiem czego jest faworyzowanie kobiet, o ile działania te nie dotyczą dostępu do zatrudnienia i mogą objąć mężczyzn [28]. To również tłumaczy, dlaczego Trybunał dopuszcza działania stawiające kobiety w uprzywilejowanej sytuacji w zatrudnieniu, o ile nie oznacza to automatycznego pierwszeństwa, ale jest po prostu jeszcze jednym kryterium branym przez pracodawcę pod uwagę w obsadzaniu stanowisk. Ta logika usankcjonowania pozytywnej dyskryminacji wyłącznie w zakresie, w jakim służy wykluczeniu potencjalnej dyskryminacji, może jednakże w łatwy sposób wchodzić w konflikt z bardziej ambitnymi celami przypisywanymi czasami tym działaniom. Celem nadawanym tym działaniom często jest eliminacja lub kompensowanie skutków niedostatecznej reprezentacji pewnych grup w społeczeństwie poprzez stawianie ich

25 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Lommers, pkt 45.

26 — Wyżej wymienione wyroki w sprawie Lommers, pkt 39, oraz w sprawie Urząd Nadzoru EFTA przeciwko Królestwu Norwegii, pkt 43.

27 — Krytyczne spojrzenie na priorytetowe podejście do zasady równości pomiędzy jednostkami zob. S. Freeman *Social Law and Policy in an evolving European Union*, J. Shaw (red.), 2000, str. 189; A. Haquet *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE 2001, str. 305; S. Prechal *Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, CMLRev. 2004, str. 533.

28 — Wyżej wymienione wyroki w sprawie Badeck i in., pkt 53, oraz w sprawie Lommers, pkt 44 i 45.

w uprzywilejowanej sytuacji w dostępie do pewnych sfer życia społecznego.

43. Orzecznictwo Trybunału odzwierciedla natomiast fakt, że art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207 odnosi się wyłącznie do działań, których celem jest „zniesienie istniejących nierówności", nie wspominając o kompensacji. W świetle powyższego Trybunał akceptuje działania o charakterze pozytywnej dyskryminacji tylko w takim zakresie, w jakim służą one korygowaniu dyskryminujących mechanizmów podejmowania decyzji (w szczególności dotyczących zatrudnienia), a nie ich kompensowaniu.

44. W niniejszej sprawie rząd francuski nie wykazał, by kobiety w służbie cywilnej lub — dokładniej mówiąc — na pewnych szczeblach hierarchii zawodowej były reprezentowane w sposób niedostateczny. Co więcej, sporny przepis nie tylko różnicuje kobiety i mężczyzn, ale zarazem nawiązuje do ich stanu cywilnego. Nie jest jasne, dlaczego wdowy, które nie zawarły ponownie związku małżeńskiego, rozwiedzione kobiety, które nie zawarły ponownie związku małżeńskiego oraz kobiety pozostające w separacji na mocy orzeczenia sądowego powinny być odróżnione od innych kategorii osób samotnych, na rzecz których powinno się podejmować określone działania. W każdym razie rząd francuski nie dostarczył żadnych dowodów na poparcie takiego rozumowania.

45. Jak już wyżej stwierdzono, działania objęte zakresem stosowania art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207 są zgodne z tym przepisem tylko wtedy, gdy są adekwatne i proporcjonalne do celów, jakim służą. W niniejszej sprawie w obliczu braku dowodów, że podejmowane działanie ma na celu skorygowanie niedostatecznej reprezentacji kobiet, nie jest konieczne nawet dokonywanie oceny adekwatności i proporcjonalności przepisów prawa krajowego w odniesieniu do zamierzonego celu.

46. Z powyższych rozważań wynika, że żaden z wyjątków od zasady określonej w art. 2 ust. 1 dyrektywy 76/207 nie może uzasadniać dyskryminacji ze względu na płeć wprowadzonej przez sporny przepis.

47. W tych okolicznościach konieczne jest zatem rozstrzygnięcie, czy omawiane przepisy mogą być uzasadnione w świetle art. 141 ust. 4 WE.

48. Postanowienie art. 141 ust. 4 WE dopuszcza działania „zmierzające do ułatwienia wykonywania działalności zawodowej przez osoby płci niedostatecznie reprezentowanej bądź zapobiegania niekorzystnym sytuacjom w karierze zawodowej i ich kompensowania" [29]. Nie można wykluczyć, że działania, które nie są objęte zakresem stosowania dyrektywy 76/207, mogłyby być dozwolone w świetle tego postanowienia [30]. W istocie, jak już to podkreślałem, można dowodzić, że istnieje różnica pomiędzy działaniami podejmowanymi w celu redukcji nierówności oraz działaniami podejmowanymi w celu kompensowania przeszłych lub obecnie istniejących nierówności odczuwanych przez pewną grupę społeczną. Nie można wykluczyć, że celem zawartego w art. 141 ust. 4 WE odniesienia do kompensowania jest przyznanie Państwom Członkowskim większej swobody w stosowaniu działań z zakresu pozytywnej dyskryminacji. Jednak taka wykładnia zawsze musi być zgodna z ogólną zasadą równości. Pytanie stojące przed Trybunałem nie dotyczy tego, czy pewne formy pozytywnej dyskryminacji mogłyby lub też nie mogłyby prowadzić do społeczeństwa o większym stopniu równości i bardziej sprawiedliwego, ale czy takie formy pozytywnej dyskryminacji, jeśli są przewidziane przez ustawodawstwo, mogą być uznane za zgodne z ogólną zasadą równości i niedyskryminacji [31].

49. Pod tym względem odniesienie w art. 141 ust. 4 WE do kompensowania mogłoby być interpretowane z jednej strony jako potrzeba kompensowania przeszłych lub istniejących nierówności społecznych poprzez stawianie w uprzywilejowanej sytuacji osób należących do tych grup kosztem dyskryminacji członków nadmiernie reprezentowanych grup, zaś z drugiej strony przyjęcie działań o charakterze kompensacyjnym jest konieczne z uwagi na fakt, że niedyskryminacyjne stosowanie obecnych zasad społecznych jest pod względem struktury stronnicze na korzyść osób należących do grup nadmiernie reprezentowanych [32]. Pierwsza wykładnia podporządkowuje prawo jednostki do bycia niedyskryminowanym dążeniu do zapewnienia równości poszczególnych grup społecznych, co uzasadnione jest celem kompensowania członkom niedostatecznie reprezentowanych grup dyskrymi-

29 — Słowo „kompensować" wprowadzone zostało przez Traktat amsterdamski.

30 — Jak uznał Trybunał w ww. wyroku w sprawie Abrahamsson i Anderson, pkt 54.

31 — Trybunał, dokonując oceny rozwiązań przyjętych w ustawodawstwie krajowym, powinien wziąć również pod uwagę fakt, iż zezwolenie na pewną różnorodność krajowych rozwiązań politycznych w dziedzinach, w których istnieje znaczna niepewność i spór co do właściwych skutków i korzyści działań w zakresie pozytywnej dyskryminacji, może skutkować pewnym użytecznym stopniem wypróbowania i nauki dla Państw Członkowskich. Innym czynnikiem, który powinien być wzięty pod uwagę, jest zagadnienie, czy w sytuacjach, w których podejmowane są działania z zakresu pozytywnej dyskryminacji, członkowie grupy o nadmiernej reprezentacji posiadają wystarczającą reprezentację i możność uczestniczenia w wyrażaniu swoich poglądów w życiu politycznym.

32 — Stanowi to rdzeń krytyki równości formalnej, którą uznaje się za wspieranie istniejącej w społeczeństwie dyskryminacji.

nacji, której obiektem byli w przeszłości. Wykładnię taką z trudnością uznać można za zgodną z priorytetem, jaki Trybunał nadał zasadzie równości szans i jej tradycyjnym pojmowaniem jako ogólnej zasady równego traktowania.

50. Druga wykładnia może jednakże być łatwiejsza do pogodzenia z zasadą równego traktowania, tak jak ją interpretuje i stosuje Trybunał. Zgodnie z tym poglądem zapewnienie równości rezultatów nie jest zamierzonym celem. Tym samym cele pozytywnej dyskryminacji niekoniecznie uzasadniają dyskryminację pomiędzy poszczególnymi osobami. Przyjmuje się, że działania często wiążące się z rzeczywistą równością, które kompensują niedostateczną reprezentację pewnych grup (jak na przykład parytety, automatyczne preferencje) są jedynymi środkami, które mogą skutecznie spowodować długotrwałą równość szans. Dlatego też działań faworyzujących członków pewnych grup nie odbiera się jako środków służących do osiągania równości pomiędzy grupami lub równości rezultatów, ale jako instrument do zapewnienia rzeczywistej równości szans. Celem kompensacyjnych działań tego typu staje się przywracanie równości szans poprzez usuwanie skutków dyskryminacji i promowanie długotrwałej równości szans w możliwie najszerszym wymiarze [33]. Kompensowanie odnosi się w niniejszej sprawie do przywracania równowagi szans oferowanych przez społeczeństwo członkom różnych grup.

51. Opieranie dopuszczalności kompensacyjnych form pozytywnej dyskryminacji na równości szans, a nie na równości rezultatów, doprowadziłoby do tego, że równość pomiędzy poszczególnymi jednostkami górowałaby nad równością pomiędzy grupami, ale za to nakładałaby pewne ograniczenia i warunki na formy kompensacyjnej pozytywnej dyskryminacji, które byłyby do przyjęcia w świetle art. 141 ust. 4 WE. Dopuszczalność takich form pozytywnej dyskryminacji ściśle wiązałaby się na przykład z ich przejściowym charakterem [34].

33 — Dwa główne argumenty mogą być wysunięte w tym względzie. Po pierwsze, pozytywna dyskryminacja jest pojmowana po prostu jako droga do polepszania perspektyw ofiar dyskryminacji do momentu, kiedy ustanie narażenie na taką dyskryminację. Po drugie, wydaje się, że pozytywna dyskryminacja jest jedynym skutecznym środkiem służącym do: podejmowania słusznych inicjatyw na rzecz niedostatecznie reprezentowanych grup, inwestowania w kapitał ludzki (przerywanie kręgu dyskryminacji) oraz odpowiedzi na niedoskonałości rynku (społeczne monopole i koszty uzyskania informacji), który poprzez wzmacnianie obecnie istniejącej dyskryminacji sprawia, że najlepsze osoby nie są wybierane. Należy odnotować, że związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy tymi argumentami a skutkami pozytywnej dyskryminacji jest często kwestionowany i stanowi przedmiot wielu zróżnicowanych strategii. Jednak nie do Trybunału należy ocena wartości takich działań, ale jedynie ocena, czy i w jakim zakresie mogą być one uznane za zgodne z zasadą równego traktowania.

34 — To mogłoby być zapewnione poprzez ustanowienie terminów obowiązywania albo wymóg okresowej rewizji uregulowań.

W przeciwnym razie takie formy pozytywnej dyskryminacji mogłyby w dłuższej perspektywie utrwalać nabyte uprawnienia, nawet wtedy gdy pierwotne przesłanki uzasadniające ich wprowadzenie już nie istnieją. W konsekwencji cel stworzenia długotrwałej rzeczywistej równości szans byłby zagrożony. Inne przesłanki mogą się wiązać z charakterem i zakresem ciężaru nałożonego na osoby należące do grupy nadmiernie reprezentowanej, prawdopodobieństwem, że stworzenie lepszych perspektyw dla osób należących do grup o niedostatecznej reprezentacji może prowadzić do rzeczywistej równości szans oraz obowiązkiem wykazania niedostatecznej reprezentacji nie tylko w ogólnym kontekście, ale także w określonym sektorze lub instytucji objętych formami pozytywnej dyskryminacji.

52. W niniejszej sprawie przepis taki jak sporny przepis nie może być uzasadniony w świetle art. 141 ust. 4 WE, ponieważ nie przedstawiono dowodów wskazujących na zamierzony przez niego cel, w związku z czym nie jest konieczne określenie, czy powyższe przesłanki zostały spełnione.

III — Wnioski

53. W moim przekonaniu na pytanie skierowane przez sąd krajowy powinno się udzielić następującej odpowiedzi:

„Dyrektywa Rady 76/207/EWG z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy, a także art. 141 ust. 4 WE stoją na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu takiemu jak art. 8 francuskiej ustawy nr 75-3 z dnia 3 stycznia 1975 r. w zmienionym brzmieniu, które wprowadza dyskryminację pomiędzy wdowcami i wdowami, którzy nie zawarli ponownie związku małżeńskiego, w odniesieniu do granic wieku ustanowionych w dostępie do stanowisk w administracji publicznej, nie mając przy tym na celu zniesienia istniejących nierówności ani ich kompensowania".