SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA M. POIARESA MADURE, predstavljeni 29. junija 2004[1]

1. Tribunal Paris je v predhodnem vprašanju želelo vedeti, ali Direktiva Sveta z dne 9. februarja 1976 o izvrševanju načela enakega obravnavanja moških in žensk v zvezi z dostopom do zaposlitve, poklicnega usposabljanja in napredovanja ter delovnih pogojev (76/207/EGS)[2] nasprotuje določbam člena 8 francoskega zakona št. 75-3 z dne 3. januarja 1975[3], kot je bil spremenjen z zakonom št. 79-569 z dne 7. julija 1979[4] in zakonom št. 2001-397 z dne 9. maja 2001[5] (v nadaljevanju: upoštevni zakon), v kolikor ta izvzema vdove, ki se niso ponovno poročile, od starostne meje pri zaposlovanju v upravi.

I – Dejansko stanje, pravni okvir in vprašanje, predloženo Sodišču

2. V času upoštevnih dejstev je bil S. Briheche vdovec, ki se ni ponovno poročil, star 48 let, z 12-letnim nepreskrbljenim otrokom. Prijavil se je za udeležbo na štirih natečajih za zaposlitev v različnih upravnih oddelkih, za katere je bila določena starostna meja 45 let. Njegove prijave so bile vsakokrat zavrnjene z obrazložitvijo, da je prekoračil z zakonom določeno starostno mejo.

3. 30. januarja 2002 je Directeur du service inter-académique des examens et concours des académies de Créteil, Paris et Versailles (direktor skupnih služb za izpite in natečaje pri regionalnih izobraževalnih organih Creteila, Pariza in Versaillesa) zavrnil njegovo prijavo na javni natečaj za zaposlitev na delovno mesto „namestnika administratorja" v centralni upravi. 5. februarja 2002 je prav tako zavrnil prijavo S. Brihecha na skupni

1 — Jezik izvirnika: portugalščina.

2 — UL L 39, str. 40. Direktivo Sveta 76/207/EGS z dne 9. februarja 1976 je nadomestila Direktiva 2002/73/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. septembra 2002 o spremembi Direktive Sveta 76/207/EGS o izvrševanju načela enakega obravnavanja moških in žensk v zvezi z dostopom do zaposlitve, poklicnega usposabljanja in napredovanja ter delovnih pogojev (UL L 269, str. 15). Nove določbe se v konkretnem primeru ne uporabljajo, saj morajo biti izvedene najkasneje do 5. oktobra 2005.

3 — *Journal Officiel de la République Française (JORF)* z dne 4. januarja 1975, str. 198.

4 — *JORF* z dne 8. julija 1979.

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

javni natečaj za delovna mesta upravnih tajnikov v centralni upravi in šolskih ter univerzitetnih tajnikov. 27. februarja 2002 je Ministre de l'éducation (minister za šolstvo) zavrnil pritožbo S. Brihecha višjemu upravnemu organu proti zgoraj navedenim odločitvam.

4. 28. januarja in 8. marca 2002 je Ministre de l'intérieur (minister za notranje zadeve) zavrnil prijavo S. Brihecha na javni natečaj za zaposlitev na delovno mesto namestnika administratorja v centralni upravi.

5. 28. februarja 2002 je Ministre de la justice (minister za pravosodje) zavrnil prijavo S. Brihecha na javni natečaj za zaposlitev na delovno mesto namestnika administratorja v decentraliziranih oddelkih uprave za izvrševanje kazenskih sankcij.

6. V treh različnih tožbah, vloženih na Tribunal administratif de Paris, je S. Briheche zahteval razglasitev ničnosti zgoraj navedenih odločitev in povračilo za škodo, ki jo je zaradi njih utrpel.[6]

6 — Tožbe so bile vnesene v register 28. in 29. marca ter 19. aprila 2002 pod opr. št. 0204512/5, 0204571/5 in 0205683/5.

7. Odvisno od vrste natečaja, bodisi člen 5 dekreta št. 90-713 z dne 1. avgusta 1990 o skupnih zakonskih določbah glede namestnikov administratorjev v državni upravi[7] bodisi člen 1 Dekreta št. 75-765 z dne 14. avgusta 1975 o starostnih mejah pri zaposlovanju uradnikov, razvrščenih v kategorije B, C in D[8] na podlagi natečajev, določa za prijavitelje starostno mejo 45 let.

8. Člen 8 upoštevnega zakona predvideva izjemo: „Starostna meja za dostop do zaposlitve v javnem sektorju se ne uporablja v primeru, ko gre za matere treh ali več otrok, vdove, ki se niso ponovno poročile, razvezane ženske, ki se niso ponovno poročile, in ženske, ločene na podlagi sodne odločbe ter neporočene moške ali ženske z vsaj enim nepreskrbljenim otrokom, ki so se dolžni zaposliti".

9. Člen 2(1) Direktive 76/207 prepoveduje diskriminacijo „na podlagi spola, bodisi posredno ali neposredno, še zlasti glede na zakonski ali družinski status". To načelo ima široko stvarno področje uporabe, kot je določeno v členu 3(1) Direktive 76/207: „Uporaba načela enakega obravnavanja pomeni, da ne sme biti nobene diskriminacije

7 — Člen 5 Dekreta št. 90-713 z dne 1. avgusta 1990 o skupnih zakonskih določbah glede namestnikov administratorjev v državni upravi določa: „[N]a natečaje se lahko prijavijo kandidati, ki pred 1. januarjem leta, v katerem je bil razpisan natečaj, še niso dopolnili 45 let." *JORF* z dne 11. avgusta 1990, str. 9795.

8 — Člen 1 Dekreta št. 75-765 z dne 14. avgusta 1975 o starostnih mejah pri zaposlovanju uradnikov, razvrščenih v kategorije B, C in D, določa: „[S]tarostna meja [...] je 45 let, razen če posebne določbe vzpostavijo višjo starostno mejo." *JORF* z dne 19. avgusta 1975.

na podlagi spola pri pogojih, vključno z merili izbiranja, za dostop do vseh delovnih mest, ne glede na področje ali vrsto dejavnosti, in do vseh ravni poklicne hierarhije".

10. V obravnavanem primeru bi lahko po mnenju strank bilo pomembnih še nekaj drugih določb Direktive 76/207. S. Briheche se v pisnih stališčih nacionalnemu sodišču in Sodišču sklicuje na člen 2(2), ki določa, da „ta direktiva ne vpliva na pravice držav članic, da s področja njene uporabe izključijo tiste poklicne dejavnosti in, če je potrebno, tudi šolanje za te poklicne dejavnosti, pri katerih je spol delavca odločilni dejavnik zaradi same narave dela ali pa zaradi okolja, v katerem se to delo opravlja".

11. Francoska vlada je omenila člen 2(3) Direktive 76/207, po katerem „ta direktiva ne vpliva na določbe, ki se nanašajo na varstvo žensk, še zlasti glede nosečnosti in materinstva".

12. Po mnenju Komisije je za odgovor na vprašanje s strani nacionalnega sodišča osrednja določba Direktive 76/207, člen 2(4), v skladu s katerim „ta direktiva ne vpliva na ukrepe, ki spodbujajo enake možnosti žensk in moških, še zlasti če odpravljajo obstoječe neenakosti, ki vplivajo na možnosti žensk na področjih, na katera se nanaša člen 1(1)".

13. Nacionalno sodišče je v teh okoliščinah odločilo, da prekine odločanje in da Sodišču v predhodno odločitev predloži naslednje vprašanje:

„Ali Direktiva z dne 9. februarja 1976 (76/207/EGS) onemogoča Franciji, da obdrži v veljavi določbe člena 8 zakona št. 75-3 z dne 3. januarja 1975, kot je bil spremenjen z zakonom št. 79-569 z dne 7. julija 1979 in zakonom št. 2001-397 z dne 9. maja 2001, glede vdov, ki se niso ponovno poročile?"

II – Presoja

14. Najprej bom določil uporabo Direktive 76/207 na zakon, kakršen je zadevni v obravnavanem postopku, in potem preučil, ali je lahko tak zakon upravičen kot izjema od načela enakega obravnavanja.

A – *Uporaba Direktive 76/207 in obstoj diskriminacije na podlagi spola*

15. Člen 8 upoštevnega zakona ureja dostop do zaposlitve v javni upravi, v delu, v katerem izvzema določene kategorije od starostne meje za udeležbo na natečajih. V skladu s stalno sodno prakso, se Direktiva 76/207 uporablja za zaposlovanje v javni upravi.[9] Člen 3(1) Direktive 76/207 izrecno pokriva dostop do zaposlitve, zato spada člen 8 upoštevnega zakona v materialni okvir Direktive 76/207, kot je določen v členu 3(1).

16. Člen 8 upoštevnega zakona nedvomno ustvarja neposredno diskriminacijo med vdovami in vdovci, ki se niso ponovno poročili. Dejansko se lahko vdove prijavijo na natečaje za zaposlovanje v javni upravi, tudi ko so že dosegle starostno mejo 45 let, vdovci pa te pravice nimajo.

To je nedvomno diskriminacija diskriminacijo na podlagi spola pri pogojih za dostop do delovnih mest v javni upravi.[10]

17. Poleg tega se S. Briheche v stališčih pred sodiščem sklicuje še na nadaljnjo diskriminacijo, in sicer navaja, da člen 8 upoštevnega zakona nepravično diskriminira med vdovcem, ki se ni ponovno poročil in ima nepreskrbljenega otroka, in neporočenim moškim oz. žensko z nepreskrbljenim otrokom, saj je samo zadnji izvzet od starostne meje 45 let. Tudi tu se bodo pogoji za dostop do natečajev v javni upravi za starše z nepreskrbljenim otrokom razlikovali glede na njihov zakonski status. Zgolj samski starši, vdove, ki se niso ponovno poročile, razvezane ženske in ženske, ki na podlagi sodne odločbe živijo ločeno in imajo nepreskrbljenega otroka, se lahko udeležujejo natečajev, tudi če so že prekoračili prag 45 let.

18. Predložitveno sodišče je okvir svojega vprašanja omejilo na položaj vdovcev, ki se niso ponovno poročili, v primerjavi s položajem vdov, ki se niso ponovno poročile. V povezavi s tem je trebna vedeti, da v skladu s stalno sodno prakso nacionalno sodišče, pred katerim je bila tožba vložena in ki mora prevzeti odgovornost za sprejetje kasnejše sodne odločitve, v luči posameznih okoliščin primera odloči o tem, ali je potrebno predhodno odločanje, ki mu bo omogočilo izrek sodbe, in o primernosti vprašanja, ki ga predloži Sodišču.[11] Obseg analize je tako

9 — Sodbe z dne 26. oktobra 1999 v zadevi Sirdar (C-273/97, Recueil, str. I-7403, točka 18); z dne 11. januarja 2000 v zadevi Kreil (C-285/98, Recueil, str. I-69, točka 18), in z dne 19. marca 2002 v zadevi Lommers (C-476/99, Recueil, str. I-2891, točka 25).

10 — Čeprav je bila Direktiva 76/207/EGS prvotno sprejeta, da odpravi diskriminacijo proti ženskam, lahko nedvomno tudi moški zahtevajo odpravo diskriminacije, ki jih je prizadela, kadarkoli so postavljeni v slabši položaj v primerjavi z ženskami.

11 — Glej med drugim sodbe z dne 15. junija 2000 v zadevi Sehrer (C-302/98, Recueil, str. I-4585, točka 20); z dne 20. marca 2001 v zadevi Fahmi in Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado (C-33/99, Recueil, str. I-2415, točka 28), in z dne 8. maja 2003 v zadevi Gantner Electronic (C-111/01, Recueil, str. I-4207, točki 34 in 38).

lahko omejen na vprašanje, ki zadeva diskriminacijo med vdovami in vdovci, ki se niso ponovno poročili.

19. Ne glede na to vsebuje člen 8 upoštevnega zakona še druge, podobne primere diskriminacije na podlagi spola. Tako so matere s tremi ali več otroki, razvezane ženske, ki se niso ponovno poročile, in ženske, ki na podlagi sodne odločbe živijo ločeno z nepreskrbljenim otrokom, izvzete od starostne meje 45 let v zvezi z dostopom do delovnih mest v upravi, medtem ko za moške v enakem položaju (očetje s tremi ali več otroki, razvezani moški, ki se niso ponovno poročili, in moški, ki na podlagi sodne odločbe živijo ločeno z nepreskrbljenim otrokom) ta izjema ne velja.

20. S tem ko vdovam, ki se niso ponovno poročile – ne pa tudi vdovcem, ki se niso ponovno poročili, – člen 8 upoštevnega zakona omogoča udeležbo na natečajih za zaposlovanje v javni upravi, ne glede na starost, vsebuje diskriminacijo na podlagi spola glede dostopa do zaposlitve v javni upravi in je tako v nasprotju s členoma 2(1) in 3(1) Direktive 76/207.

21. Vprašanje je, ali je lahko takšna diskriminacija upravičena.

22. Francoska vlada je v pisnih stališčih Sodišču navedla, da je že pričela z reformo pogojev za dostop do natečajev za zaposlovanje v javni upravi, da bi tako odpravila zgoraj omenjeno diskriminacijo.

B – *Mogoče izjeme od načela enakega obravnavanja*

23. Direktiva 76/207 dovoljuje tri izjeme od načela enakega obravnavanja: kjer je spol delavca odločilni dejavnik, kjer morajo biti ženske varovane, še zlasti kar se tiče nosečnosti in materinstva (člen 2(3)), in kjer so sprejeti ukrepi, ki spodbujajo enake možnosti (člen 2(4)). Kot bo prikazano, se ob upoštevanju trenutne sodne prakse Sodišča nobena od njih ne more uporabiti v obravnavanem položaju.

24. S. Briheche se je skliceval na člen 2(2) Direktive 76/207, ko je zatrjeval, da ni opravičljivo, da so delovna mesta v upravi, za katera se je prijavil, pridržana za ženske. Vendar ta izjema od načela enakega obravnavanja ni upoštevna. Francoska republika se ni sklicevala nanjo. Dejansko natečaji, ki jih organizira država za delovna mesta v upravi niso pridržani za ženske, saj se lahko nanje

prijavijo tako moški, kot ženske. Diskriminatorna je določba člena 8 upoštevnega zakona v delu, ki določa izjeme od starostne meje, določene na 45 let.

25. Naslednja mogoča izjema od načela enakega obravnavanja je določena v členu 2(3) Direktive 76/207 in je namenjena varstvu žensk, še zlasti glede nosečnosti in materinstva. Zdi se, da se francoska vlada vsaj posredno opira nanjo, ko omeni, da je bila obravnavana zakonodaja sprejeta, da bi omejila neenakosti med moškimi in ženskami. Pri tem se sklicuje na študije, na podlagi katerih ženske, še posebej v družinah z otroki, opravljajo velik del gospodinjskih del. Prav tako navaja statistike iz julija 2003, v skladu s katerimi je delež brezposelnih žensk 10,8 %, moških pa 8,7 %. Te statistike sicer niso pomembne za uporabo člena 2(3) Direktive 76/207. Lahko pa so pomembne za upravičenje ukrepov, sprejetih v skladu s členom 2(4) Direktive 76/207.

26. Glede na to, in kot pripoznava Francoska republika sama, je v skladu s stalno sodno prakso izjemo v členu 2(3) Direktive 76/207 mogoče uporabiti samo, „da se zaščiti biološko stanje ženske med nosečnostjo in po njej, dokler niso po porodu njene fiziološke in mentalne funkcije znova normalne".[12] Te izjeme torej v obravnavanem primeru ni mogoče uporabiti.

27. Končno, člen 2(4) Direktive 76/207 bi bilo mogoče uporabiti, če bi lahko menili, da je bil člen 8 upoštevnega zakona sprejet zaradi pospeševanja „enakih možnosti moških in žensk, še zlasti če bi se s tem odpravljale obstoječe neenakosti, ki vplivajo na možnosti žensk [...]"

28. Namen te določbe je Sodišče opisalo kot dopustnost ukrepov, „ki so, čeprav so na prvi pogled diskriminatorni, dejansko namenjeni odpravi ali zmanjšanju števila dejanskih primerov neenakosti, ki lahko obstajajo v realnosti socialnega življenja. Dopušča nacionalne ukrepe, ki se nanašajo na dostop do zaposlitve, skupaj z napredovanjem, ki omogočajo določene prednosti ženskam, z željo, da se izboljša njihova konkurenčnost na trgu delovne sile in da nadaljujejo kariero pod enakimi pogoji kot moški".[13]

12 — Sodba v zadevi Hofmann, 184/83, Recueil, str. 3047 in sodba v zadevi Brown proti Rentokil (C-394/96, Recueil, str. I-4185). Glej po analogiji, čeprav je opravljena analiza v skladu s členom 141 ES, tudi sodbo z dne 29. novembra 2001 v zadevi Griesmar (C-366/99, Recueil, str. I-9383, točki 43 in 44).

13 — Zgoraj navedena sodba Lommers, točka 32. Glej tudi sodbe z dne 17. oktobra 1995 v zadevi Kalanke (C-450/93, Recueil, str. I-3051, točki 18 in 19); z dne 11. novembra 1997 zadevi Marschall (C-490/95, Recueil, str. I-6363, točki 26 in 27), in z dne 28. marca 2000, Badeck in drugi (C-158/97, Recueil, str. I-1875, točka 19).

29. Medtem ko bi široka formulacija tega namena lahko nakazala, da vsebuje ukrepe, sprejete, da bi se dosegla precejšnja enakost med moškimi in ženskami na trgu delovne sile, je Sodišče člen 2(4) Direktive 76/207 razlagalo ozko, pri čemer je navajalo „omejen koncept enakih možnosti".[14]

30. Razlikujemo lahko tri skupine pozitivnih ukrepov.[15] Prva skupina vključuje ukrepe, ki niso neposredno diskriminatorni, a je njihov namen zgolj izboljšati izobraževanje in kvalifikacije žensk (na primer dodelitev izobraževalnih mest ženskam). Osnovna ideja je, da enake možnosti zahtevajo nudenje sredstev, ki omogočajo, da se pokažejo posamezne sposobnosti žensk. Druga skupina obsega ukrepe, namenjene, da ženskam omogočijo boljše usklajevanje njihove vloge kot starša in poklicne dejavnosti (kot je na primer možnost otroškega varstva, ki ga ponudi delodajalec). Koristi od tovrstnih ukrepov lahko imajo tudi moški, saj so lahko oblikovani nevtralno, v korist staršev. Tretja skupina vsebuje ukrepe, katerih cilj je prav tako doseganje enakosti med moškimi in ženskami na trgu delovne sile, vendar so diskriminatorni v tem, da dajejo prednost ženskam, da bi zmanjšali njihovo nezadostno zastopanost v poklicnem življenju. Ukrepi tretje skupine vključujejo tudi ukrepe, ki imajo neposreden učinek na zaposlovanje, ki dajejo na natečajih prednost ženskam, ali pa določajo cilje ali kvote, ki morajo biti dosežene. V dosedanji sodni praksi se je Sodišče ukvarjalo predvsem s pozitivnimi ukrepi tretje skupine, ki so bili potencialno diskriminatorni v razmerju do moških. V zadevah *Badeck* in *Lommers* je Sodišče moralo presoditi, ali in pod kakšnimi pogoji so ukrepi prve in druge skupine združljivi s členom 2(4) Direktive 76/207. Vse skupine pozitivnih ukrepov morajo zadostiti tem pogojem.

31. Nacionalni ukrep mora biti, da je združljiv s členom 2(4) Direktive 76/207, namenjen izboljšanju obstoječega položaja neravnovesja med moškimi in ženskami. Da pozitivni ukrep spada pod člen 2(4) Direktive 76/207, mora biti prikazano, da so ženske v določenem sektorju ali v določenem nazivu nezadostno zastopane. Ukrep je torej namenjen odpravi obstoječih neenakosti v tem sektorju ali temu nazivu. Lahko si predstavljamo tudi sprejem pozitivnega ukrepa v javnem sektorju, da bi se na primer rešile težave, ki jih srečujejo starejše ženske v zasebnem sektorju. Namen te druge vrste ukrepa seveda ne bi bil odprava diskriminacije, ampak njena izravnava. V nobenem primeru se brez dokaza noben ukrep, ki je

14 — Zgoraj navedena sodba Lommers, točka 33.

15 — Podobno razlikovanje je uporabil že generalni pravobranilec Tesauro v točki 9 sklepnih predlogov v zadevi Kalanke.

neposredno ali posredno namenjen izboljšanju obstoječega položaja, ne more upravičiti na podlagi člena 2(4) Direktive 76/207.

32. Drugič, Sodišče bo preverilo verjetnost, da bo sprejeti ukrep izboljšal obstoječi položaj. Takšen preizkus ustreznosti bo v primeru ukrepov tretje skupine nepotreben, saj ti vnaprej določajo rezultate, ki jih želijo doseči.

33. Končno, sprejeti mora pozitivni ukrep, da se ga lahko opraviči na podlagi člena 2(4) Direktive 76/207, biti kolikor je le mogoče združljiv z načelom enakega obravnavanja. To, kot kaže, izključuje ukrepe, ki avtomatično ali absolutno podeljujejo prednost ženskam, in zahteva analizo sorazmernosti ukrepa. Taka analiza sorazmernosti bo imela različne posledice glede na vrsto zadevnega ukrepa in njegove skladnosti z načelom enakega obravnavanja.

34. V zadevah *Kalanke, Marschall* and *Badeck* je Sodišče moralo preučiti nacionalno zakonodajo, ki je dajala prednost ženskim kandidatkam, ki so imele enake kvalifikacije kot moški kandidati. V zadevi *Badeck* je Sodišče odločilo, da „se mora ukrep, ki je namenjen dodelitvi prednosti pri napredovanju žensk v sektorjih javne uprave, v katerih so zastopane nezadostno, šteti kot združljiv z pravom Skupnosti, če – ne daje avtomatično in brezpogojno prednost ženskam, kadar so ženske in moški enako kvalificirani, in – so prijave predmet objektivne presoje, pri kateri se upošteva poseben osebni položaj vseh kandidatov".[16]

35. V zadevi *Abrahamsson*[17] so sporni nacionalni predpisi avtomatično dajali prednost ženskim kandidatkam, če so bile dovolj kvalificirane, zgolj pod pogojem, da razlika med usposobljenostjo kandidatov obeh spolov ni bila tako velika, da bi lahko vodila do kršitve objektivnosti pri zaposlovanju. Sodišče je odločilo, da so takšni ukrepi v nasprotju s členom 2(4) Direktive 76/207 izključeni, saj postopek izbire „temelji končno zgolj na dejstvu pripadnosti k nezadostno zastopanemu spolu."[18] Sodišče je ne glede na to ugotovilo, da se v izbirnem postopku lahko uporabijo merila, ki dajejo prednost ženskam, če so merila „pregledna in

16 — Sodba z dne 28. marca 2000 v zadevi Badeck in drugi, točka 23. Glej tudi: EFTA proti Kraljevini Norveški, E-1/02, EFTA Court Report 1, 2003, točka 15.

17 — Sodba z dne 6. julija 2000 v zadevi Abrahamsson, Recueil, str. I-5539.

18 — Zgoraj navedena sodba Abrahamsson, točka 53.

jih je mogoče preveriti, da bi se izključila kakršna koli arbitrarna presoja kvalifikacij kandidatov".[19]

36. V skladu s takšno sodno prakso je Sodišče EFTE v zadevi E-1/02, *EFTA Nadzorni organ* proti *Kraljevini Norveški* [20] presodilo, da je ukrep, ki pridržuje stalna in začasna akademska mesta za ženske, v nasprotju z načelom enakega obravnavanja in ga ni mogoče uvrstiti med izjeme po členu 2(4) Direktive 76/207, saj ni dovolj fleksibilen in ne predvideva nobene presoje kvalifikacij kandidatov, ampak je avtomatično izključil moške kandidate od pridržanih delovnih mest.

37. Vsekakor je treba upoštevati, da ukrepi, kakršni so bili obravnavani v zadevah *Kalanke*, *Marschall* in *Abrahamsson*, sodijo v tretjo skupino ukrepov, kot so bili opredeljeni zgoraj v točki 30 (ukrepi, ki dajejo prednost ženskam pri dostopu do zaposlitve, ali pa predpisujejo določene cilje in kvote, ki morajo biti dosežene). Ukrepi preostalih skupin so podvrženi enakim merilom, čeprav zadnji pogoj, sorazmernosti, lahko nalaga drugačne zahteve, saj ti ukrepi ne diskriminirajo neposredno glede dostopa do zaposlitve.

38. V zadevi *Lommers* se je sporni nacionalni ukrep nanašal na ekskluzivno dodelitev mest za otroško varstvo ženskim uslužbencem Ministrstva za kmetijstvo, upravljanje z naravo in ribarstvo na Nizozemskem, „razen v nujnih primerih, ki jih presodi direktor".[21] Sodišče je poudarilo dejstvo, da zadevni ukrep ženskam ni zagotovil delovnih mest, ampak zgolj „uživanje določenih delovnih pogojev".[22]

39. Dalje naj bi dodelitev mest za otroško varstvo uslužbencem ženskega spola najverjetneje izboljšala enake možnosti žensk, saj je dokazano, da so se bolj kot moški pripravljene odreči karieri zaradi vzgoje otroka.[23]

40. Tako v zadevi *Badeck* kot *Lommers* je Sodišče posebej upoštevalo dejstvo, da zadevni ukrepi niso dosegli popolne izključitve moških kandidatov.[24] Sodišče je menilo, da mora ukrep, da bi bil skladen s členom 2(4) Direktive 76/207, izpolnjevati ta negativni pogoj. Dejansko v zadevi *Lommers* Sodišče izrecno navaja, da sporni ukrepi niso po-

19 — Zgoraj navedena sodba Abrahamsson, točka 49.

20 — Zgoraj navedena sodba EFTA proti Kraljevini Norveški.

21 — Zgoraj navedena sodba Lommers, točka 11.

22 — Zgoraj navedena sodba Lommers, točka 38.

23 — Zgoraj navedena sodba Lommers, točka 37.

24 — Zgoraj navedena sodba Badeck, točka 53; zgoraj navedena sodba Lommers, točki 44 in 45.

polnoma izključiti moških kandidatov iz njegovega okvira[25], sicer bi ne bili združljivi z načelom enakega obravnavanja.[26]

41. Zdi se, da tovrstna usklajenost z načelom enakega obravnavanja izključuje katero koli vrsto avtomatičnega dajanja prednosti ženskam in zahteva, naj bodo vsi ukrepi sorazmerni pri tehtanju koristi pozitivnega dejanja, ki pospešuje enakost možnosti žensk, proti bremenom, naloženim drugim posameznikom. Kot se zdi, so ti pogoji nujni za preprečitev, da bi skrb za dejansko enakost med skupinami imela prednost pred enakostjo med posamezniki.[27]

42. Sodišče poskuša uskladiti pozitivno diskriminacijo s splošnim načelom enakosti tako, da prvo dopušča le, če ne vodi do diskriminacije, ki daje prednost določeni skupini na škodo določenim posameznikom: doseganje enakomernejše zastopanosti moških in žensk kot delovne sile ne upravičuje izključitve pravice posameznika, da ni podvržen diskriminaciji. Z drugimi besedami, enake možnosti prevladajo pred enakostjo rezultatov. Sodišče meni, da so lahko pozitivni diskriminatorni ukrepi dopustni zgolj takrat, ko so dejansko oblikovani za preprečevanje diskriminacije v vsakem posameznem primeru in silijo delodajalca, naj postavi žensko v enak položaj kot moškega. Takšni pozitivni diskriminatorni ukrepi so zgolj na videz diskriminatorni. Iz tega je razvidno, zakaj Sodišče dopušča na primer ukrepe, ki so naravnani k uskladitvi dela s skrbjo za otroka, in tako dajejo prednost ženskam, če se ti ukrepi ne nanašajo na dostop do zaposlitve in se lahko razširijo tudi na moške.[28] To razloži tudi, zakaj Sodišče dopušča ukrepe, ki dajejo nekaj prednosti ženskam pri zaposlovanju, dokler to ne postane avtomatično dajanje prednosti, ampak je zgolj merilo več, ki ga mora delodajalec upoštevati pri razporejanju delovnih mest. Takšen način razmišljanja, dopuščanje pozitivne diskriminacije le v obsegu, ki lahko služi odpravi potencialne diskriminacije, vendarle zlahka nasprotuje bolj ambicioznim ciljem, ki se jih pripisuje ukrepom preprečevanja diskriminacije. Ti velikokrat vsebujejo namen odprave ali izravnave nezadostne zastopanosti določenih družbenih skupin, s

25 — Zgoraj navedena sodba Lommers, točka 45.

26 — Zgoraj navedeni sodbi Lommers, točka 39 in EFTA, Nadzorni organ proti Kraljevini Norveški, točka 43.

27 — Za kritično analizo primera zagotavljanja prednosti za doseganje enakosti med posamezniki glej: Sandra Freeman, *Social Law and Policy in an evolving European Union*, J. Shaw (izdajatelj), 2000, str. 189; Arnaud Haquet, *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes</emphasis">, RTDE, 2001, str. 305; Sacha Prechal, Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, CMLRev., 2004, str. 533.

28 — Zgoraj navedena sodba Badeck, točka 53; zgoraj navedena sodba Lommers, točki 44 in 45.

tem ko se jim daje prednost pri dostopu do določenih družbenih sektorjev.

43. Nasprotno sodna praksa Sodišča kaže, da člen 2(4) Direktive 76/207 omenja izključno ukrepe, katerih cilj je „odstranitev obstoječih neenakosti", ne da bi se pri tem omenjala izravnava. V luči takšne prakse dopušča Sodišče oblike pozitivne diskriminacije samo, če lahko pripomorejo k popravljanju diskriminatornih mehanizmov sprejemanja odločitev (posebej v zvezi z zaposlovanjem), vendar ne, da bi jih izravnali.

44. V obravnavanem primeru francoska vlada ni prikazala, da so ženske v upravi, posebej še na določenih kariernih stopnjah, nezadostno zastopane. Poleg tega člen 8 upoštevnega zakona ne razlikuje zgolj med moškimi in ženskami, ampak tudi napotuje na zakonski stan posameznika. Tudi ni povsem jasno, zakaj je treba razlikovati med vdovami, ki se niso ponovno poročile, razvezanimi ženskami, ki se niso ponovno poročile, in ženskami, ki na podlagi sodne odločbe živijo ločeno, ter preostalimi kategorijami samskih posameznikov, za katere naj bi ukrepi veljali. V vsakem primeru ni francoska vlada predložila nobenega dokaza v podporo takšni razlagi.

45. Poleg tega so, kakor je bilo zgoraj že omenjeno, ukrepi, ki spadajo pod člen 2(4) Direktive 76/207, s tem predpisom združljivi zgolj, če so primerni in sorazmerni glede na cilj, ki ga zasledujejo. V zadevnem primeru, kjer ni nobenega dokaza, da je bil ukrep sprejet zato, da bi popravil obstoječo nezadostno zastopanost žensk, pa ni niti treba preveriti primernosti in sorazmernosti upoštevnega zakona glede na njegov namen.

46. Iz teh razmišljanj sledi, da nobena od izjem od člena 2(1) Direktive 76/207 ne more upravičiti diskriminacije na podlagi spola, vsebovane v členu 8 upoštevnega zakona.

47. V takšnih okoliščinah je treba vedno odločiti, ali je sporno zakonodajo mogoče upravičiti na podlagi člena 141(4) Pogodbe ES.

48. Člen 141(4) Pogodbe ES dovoljuje ukrepe „o specifičnih ugodnostih, s katerimi se nezadostno zastopanemu spolu olajša opravljanje poklicne dejavnosti ali prepreči ali izravna neugoden položaj v poklicni karieri".[29] Ni izključeno, da pozitivnih ukrepov, ki sicer niso predmet Direktive 76/207, ne bi bilo mogoče dopustiti na podlagi te določbe.[30] Kot sem že poudaril, bi se lahko reklo, da obstaja razlika med ukrepi, ki se nanašajo na zmanjševanje neenakosti, in ukrepi, katerih cilj je izravnava za prejšnje ali obstoječe neenakosti, ki jih trpi določena socialna skupina. Ni izključeno, da je sklicevanje na namene izravnave v členu 141(4) Pogodbe ES namenjeno ravno širši diskrecijski pravici držav članic pri sprejemanju ukrepov pozitivne diskriminacije. Tovrstna razlaga mora seveda ostati v okvirih, ki jih dovoljuje splošno načelo enakosti. Vprašanje za Sodišče ni, ali bodo posamezne oblike pozitivne diskriminacije vodile ali ne bodo vodile v enakopravnejšo in pravičnejšo družbo, temveč, ali so, v primeru ko jih sprejme zakonodajalec, združljive s splošnim načelom enakosti in nediskriminacije.[31]

49. V tem smislu je sklicevanje na izravnavo v členu 141(4) Pogodbe ES lahko razumeti bodisi v smislu, da lahko potreba po izravnavi za prejšnje ali dejanske socialne neenakosti upraviči favoriziranje posameznikov teh skupin na račun diskriminacije članov preveč zastopanih skupin, bodisi da je potrebno sprejeti kompenzacijske ukrepe zaradi dejstva, da je nediskriminatorna uporaba obstoječih družbenih pravil strukturalno nagnjena v korist članov preveč zastopanih skupin.[32] Prvo branje podreja pravico posameznika, da se ga ne diskriminira, v doseganju enakosti med skupinami, kar je upravičeno s ciljem, da je pripadnikom nezadostno zastopanih skupin treba dati možnost izravnave za diskriminacijo, ki so jo utrpeli v preteklosti. To stališče je težko

29 — Besedo „izravnava" je uvedla Amsterdamska pogodba.

30 — Kot je Sodišče pripoznalo v zgoraj navedeni sodbi Abrahamsson, točka 54.

31 — Pri presojanju izbir nacionalnega zakonodajalca mora Sodišče upoštevati tudi, da lahko dopustitev določene raznolikosti nacionalnih političnih odločitev na področju, kjer je stopnja negotovosti v povezavi z določanjem natančnih učinkov in prednosti pozitivnih diskriminatornih ukrepov zelo visoka, poskrbi za uporabno eksperimentiranje in učenje med različnimi državami članicami. Upoštevati je treba tudi, ali so člani preveč zastopanih skupin v primerih, ko bi lahko uvedli ukrepe pozitivne diskriminacije, v političnih procesih dovolj zastopani in v njih udeleženi na način, da lahko uveljavljajo svoja stališča.

32 — To je jedro kritike formalni enakosti, ki naj bi krepila v družbi obstoječo diskriminacijo.

združljivo s prioriteto, ki jo Sodišče pripoznava enakim možnostim, in z njegovim tradicionalnim razumevanjem splošnega načela enakega obravnavanja.

50. Drugo branje bi lahko bilo lažje združljivo z načelom enakega obravnavanja, kot ga razume in uporablja Sodišče. Po tem stališču cilj niso enaki rezultati. Prav tako tudi cilji pozitivne diskriminacije ne upravičujejo nujno diskriminacije med posamezniki. Splošno velja, da so ukrepi, ki so pogosto vsebinsko povezani z enakostjo in izravnavajo nezadostno zastopanost posameznih skupin (npr. kvote, avtomatično dajanje prednosti), edini, ki lahko vodijo k učinkoviti, dolgoročni enakosti možnosti. Ukrepi, ki dajejo prednost pripadnikom določenim skupinam zato niso mišljeni kot sredstva za zagotavljanje enakosti med skupinami ali enakih rezultatov, ampak veliko bolj kot sredstvo za povečevanje enakih možnosti. Cilj tovrstnih izravnavalnih ukrepov je ponovna vzpostavitev enakih možnosti, tako da se odpravijo učinki diskriminacije in se pospešuje dolgoročna maksimizacija enakih možnosti.[33] Izravnava se v tem primeru nanaša na vzpostavitev ravnovesja med možnostmi, ki jih pripadnikom različnih skupin daje družba.

51. Če bi dopustitev kompenzacijskih oblik pozitivne diskriminacije oprli na enake možnosti, in ne na enake rezultate, bi še vedno enakost med posamezniki imela prednost pred enakostjo med skupinami, bi pa po drugi strani vzpostavila določene meje in pogoje glede oblik izravnavalne pozitivne diskriminacije, ki bi bile sprejemljive v luči člena 141(4). Sprejemljivost takšnih oblik pozitivne diskriminacije bi bila npr. tesno povezana z njeno prehodnostjo.[34] V nasprotnem primeru bi lahko takšne oblike pozitivne

33 — V tem smislu lahko podamo dvoje bistvenih razlogov. Prvič lahko pomeni pozitivna diskriminacija enostavno takšno izboljšanje možnosti žrtev diskriminacije, da se te znajdejo v položaju, kakor da nikoli ne bi bile diskriminirane. Drugič naj bi bila pozitivna diskriminacija edino učinkovito sredstvo za spodbujanje nezadostno zastopanih skupin za investicije v človeški kapital (prekinitev kroga diskriminacije) in se posvečala napakam trga (socialni monopoli in informacijski stroški), ki s krepitvijo obstoječe diskriminacije v družbi preprečujejo najboljšim, da bi bili izbrani. Upoštevati je treba, da je kavzalnost med temi razlogi in posledicami pozitivne diskriminacije velikokrat sporna in predmet mnogih alternativnih strategij. Vsekakor ni stvar Sodišča presojati odlike teh politik, ampak mora zgolj presoditi, ali in v kolikšni meri so združljive z načelom enakega obravnavanja.

34 — To bi bilo mogoče zagotoviti z omejitvenimi klavzulami ali s periodičnim ponovnim preverjanjem zakonodaje.

diskriminacije na dolgi rok ustvarjale utrjene pravice, tudi če prvotni pogoji, ki jih upravičujejo, ne bi več obstajali. To bi dolgoročno ogroziło cilj vzpostavitve učinkovite enakosti možnosti. Preostali pogoji bi bili lahko povezani z naravo in količino bremena, ki so mu podvrženi posamezniki preveč zastopanih skupin, verjetnostjo, s katero boljše možnosti za pripadnike nezadostno zastopanih skupin vodijo k dejanski enakosti možnosti, in zahtevo, naj se nezadostna zastopanost prikazuje ne zgolj v splošnem, ampak v specifičnem sektorju oz. organizaciji, kjer prihaja do oblik pozitivne diskriminacije.

52. V obravnavanem primeru določba, kakršna je vsebovana v členu 8 upoštevnega zakona, ne more biti upravičena na podlagi člena 141(4) Pogodbe ES, saj ni bil predložen noben dokaz o zasledovanju cilja, ki ga ta določa, tako da ni treba ugotavljati, ali so ti pogoji izpolnjeni.

III – Predlog

53. Odgovor na predhodno vprašanje, ki ga je postavilo nacionalno sodišče, je lahko po mojem mnenju:

Direktiva Sveta 76/207/EGS z dne 9. februarja 1976 o izvrševanju načela enakega obravnavanja moških in žensk v zvezi z dostopom do zaposlitve, poklicnega usposabljanja in napredovanja ter delovnih pogojev in člen 141(4) Pogodbe ES nasprotujeta nacionalnim predpisom, kakršen je člen 8 francoskega zakona št. 75-3, kot je bil spremenjen, v delu, v katerem diskriminira med vdovami in vdovci, ki se niso ponovno poročili, glede starostne meje, ki velja za dostop do delovnih mest v upravi, ne da bi bila njegova cilja odprava ali izravnava obstoječih neenakosti.